

**Herausgeber:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Katharina Beckemper, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöllner

**Geschäftsführende Herausgeber:** Prof. Dr. Beate Gsell, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch

**Schriftleitung:** Prof. Dr. Thomas Rotsch

**Redaktion Zivilrecht:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell

**Redaktion Öffentliches Recht:** Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

**Redaktion Strafrecht:** Prof. Dr. Katharina Beckemper, Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Mark Zöllner

**Webmaster:** Prof. Dr. Thomas Rotsch

**Internetauftritt:** René Grellert

**Anzeigenschaltung:** Dominik Stolz

ISSN: 1865-6331

## Inhalt

### AUFSÄTZE

#### *Öffentliches Recht*

**Die Sache, nicht die Schatten – Der Fall zu Guttenberg, die Jurisprudenz als Wissenschaft und die Anforderungen an juristische Prüfungsarbeiten**

Von Dr. Julian Krüper, Düsseldorf 198

**Der Europäische Stabilitätsmechanismus: Eine Analyse der Regelungen und ihrer Vereinbarkeit mit Europarecht**

Von Rechtsreferendar Julian Heß, LL.M., Lübeck 207

#### *Strafrecht*

**Zur Erledigung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB**

Von Rechtsanwalt Dr. iur. habil. Helmut Pollähne, Bremen 216

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

#### *Öffentliches Recht*

**Neue Problemkreise des Versammlungsrechts: Konturierung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG**

Von Wiss. Mitarbeiter Stephan Pötters, Christoph Werkmeister, Bonn 222

#### *Strafrecht*

**Einige materielle und prozessuale Überlegungen zum Fall Demjanjuk**

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock 229

## ÜBUNGSFÄLLE

### Zivilrecht

**Übungsfall: Wenn es schnell gehen muss ... – Probleme unter Kaufleuten**

Von Wiss. Mitarbeiter Marcel Neumair, Akad. Rat a.Z.  
Hans Martin Schellhase, Augsburg 235

**Übungsfall: Der misslungene Markteintritt**

Von Prof. Dr. Patrick Ostendorf, LL.M. (London),  
Wiss. Mitarbeiterin Silke Schulz-Pabst, Bielefeld 242

### Öffentliches Recht

**Übungshausarbeit für Anfänger: Der Atomdeal**

Von Wiss. Mitarbeiter Christoph Krönke, München 250

### Strafrecht

**Übungsfall: Ein Hundeleben**

Von Wiss. Mitarbeiter Marcus Bergmann, Halle 260

**Übungsfall: Der rachsüchtige Waffenfreund**

Von Wiss. Mitarbeiterin Swantje Kreuzner, stud. iur.  
Wiebke Zetzmann, Köln 268

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

### Zivilrecht

**BGH, Urt. v. 13.4.2011 – VIII ZR 220/10  
(Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht)**

(Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld) 274

**BGH, Urt. v. 15.12.2010 – VIII ZR 9/10  
(Kein Schadensersatzanspruch des Mieters bei  
formell rechtsunwirksamer Eigenbedarfskündigung  
des Vermieters)**

(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 277

### Öffentliches Recht

**BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09  
(Erschließungsverträge mit kommunalen  
Eigengesellschaften)**

(Rechtsanwalt Dr. Jan Knöbl, Stuttgart) 279

### Strafrecht

**BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05  
(Nötigung: Errichten eines physischen  
Hindernisses in mittelbarer Täterschaft durch  
eine Straßenblockade – Zweite-Reihe-  
Rechtsprechung)**

(Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück) 283

**BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07;  
BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10  
(Zu den Voraussetzungen des § 306a Abs. 1 Nr. 1  
StGB)**

(Wiss. Assistent Rechtsanwalt Dr. René Börner, Potsdam) 288

**BUCHREZENSIONEN***Zivilrecht*

- Ulrich Foerste, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010**  
(Rechtsanwalt Dr. Jürgen Niebling, München-Pullach) 293

*Öffentliches Recht*

- Alexander Dix u.a. (Hrsg.), Informationsfreiheit  
und Informationsrecht, Jahrbuch 2009, 2009**  
(Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg) 294

*Allgemeines*

- Kathrin Ruhl/Nina Mahrt/Johanna Töbel (Hrsg.),  
Publizieren während der Promotion, 2010**  
(Wiss. Mitarbeiter Sandro Wiggerich, Münster) 295

**VARIA***Allgemeines*

- Typografie für Juristen**  
Von Dr. Kai Engelbrecht, Bad Reichenhall 297
- Zu den Fristproblemen bei der Bewerbung um einen  
Referendariatsplatz nach Ablauf der Sperrfrist des  
§ 12 Abs. 1 S. 4 KapVOjVD-SH und den so genannten  
Rückwärtsfristen im Allgemeinen**  
Von Dr. Sönke Gerhold, Christian Mertsch, Kiel 302
- Die Frankfurter Trinität aus Kapital, Markt und  
Recht**  
**Praktikum bei Norton Rose LLP in Frankfurt am Main**  
Von stud. iur. Aleksandar Savanovic, Konstanz 305

# Die Sache, nicht die Schatten – Der Fall zu Guttenberg, die Jurisprudenz als Wissenschaft und die Anforderungen an juristische Prüfungsarbeiten

Von Dr. Julian Krüper, Düsseldorf\*

## I. Fragen nach dem Fall zu Guttenberg

Am 4.3.2011 um 19:34:06 MEZ war der ebay-Verkäufer „serduszko85“ um ein bindendes Kaufvertragsangebot in Höhe von 1409,09 € reicher. Wer, einschließlich wohl des Verkäufers selbst, hätte je gedacht, dass eine zeitgenössische juristische Doktorarbeit bei einer ebay-Auktion so viel Geld einbringen könnte? Einem Exemplar der Arbeit „Verfassung und Verfassungsvertrag“ ist es gelungen, 2009 im Berliner Wissenschaftsverlag Duncker & Humblot publiziert und vom ehemaligen Verteidigungsminister Karl-Theodor Freiherr von und zu Guttenberg als Autor signiert. Jener ebay-Auktion waren zwei durch höchste politische, wissenschaftliche und mediale Aufmerksamkeit gekennzeichnete Wochen vorausgegangen. Sie wurden eröffnet durch die Berichterstattung der Süddeutschen Zeitung am 16.2.2011 über plagiierte Passagen in der nämlichen Doktorarbeit und beschlossen durch den Rücktritt des Bundesverteidigungsministers am 1.3.2011.

In der Zwischenzeit wurde die Arbeit, akklamiert von Teilen der deutschen Öffentlichkeit, von einer Gruppe Web 2.0-affiner Personen überaus erfolgreich auf weitere Plagiate durchsucht, der Titel seinem Träger durch die Universität Bayreuth aberkannt und die interessierte Öffentlichkeit mit der Frage konfrontiert, wie wichtig die sachliche und urheberschaftliche Originalität von (juristischen) Doktorarbeiten ist.<sup>1</sup>

Kaum überraschend fielen die Antworten auf diese Frage höchst unterschiedlich aus: Eine wissenschaftsfremde „Was sind schon ein paar Fußnoten“-Rhetorik der Politik reichte die Hand der BILD-Zeitung, die dem Minister riet: „Scheiß auf den Doktor“. Die Bundeskanzlerin ließ sich dahingehend ein, sie habe „keinen wissenschaftlichen Assistenten eingestellt“ und die Forschungsministerin gestand, sie schäme sich (auch öffentlich) für den Verteidigungsminister. Die Wogen in Presse und Wissenschaft schlugen demgegenüber hoch, beruhigten sich nach dem Rücktritt des Verteidigungsministers nur zögerlich und wurden durch neue prominente Plagiatsfälle immer wieder aufgepeitscht.

Im Nachgang der Affäre diskutiert die deutsche Rechtswissenschaft heute mit Vehemenz, ob der Fall zu Guttenberg nur die Spitze des Eisbergs einer „Kultur der Kumpanei“<sup>2</sup> in

---

\* Der Autor ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtssoziologie an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; Prof. Dr. Martin Morlok, Dr. Heiko Sauer und Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M. (Yale), danke ich für Durchsicht und kritische Hinweise zum Manuskript.

<sup>1</sup> Vgl. zur Frage nach dem Originalitätsanspruch (studentischer) wissenschaftlicher Arbeiten lesenswert *Johnson/Clerehan*, *Journal of University Teaching & Learning Practice* 2 (2005), 38, abrufbar unter <http://ro.uow.edu.au/jutlp/vol2/iss3/5> (zuletzt abgerufen am 23.5.2011).

<sup>2</sup> So der Titel des Beitrags von *Heinig/Möllers*, F.A.Z. v. 24.3.2011, S. 8.

einem maroden Wissenschaftsbetrieb sei,<sup>3</sup> oder doch eher ein Einzelfall in einem Betrieb von „Hoher Kultur“<sup>4</sup>, „leistungsfähig und vorbildlich“<sup>5</sup>.

Jenseits der Frage der politischen Verantwortlichkeit für eine plagiierte Doktorarbeit; jenseits verwaltungsverfahrenrechtlicher Implikationen des Titelentzugs<sup>6</sup> und jenseits der Diskussion, wie es hätte auffallen können, dass Freiherr von und zu Guttenberg die wissenschaftliche Integrität (nicht nur vorübergehend) hat vermissen lassen, wirft der Fall grundlegendere Fragen auf: Anfragen an die Regeln wissenschaftlicher Praxis, die Sanktionierung ihrer Verletzung und an die wissenschaftliche Natur juristischen Arbeitens selbst.<sup>7</sup>

Es handelt sich dabei nicht um akademische Fragen für ein Kaminfeuersgespräch, sondern um solche, die sich in der juristischen Ausbildung und auch den Jurastudierenden stellen. Sie bilden den Gegenstand dieses Beitrags. Es soll dabei unter II. zunächst darum gehen, welches Bild von wissenschaftlichem Arbeiten der Empörung über den Fall zu Guttenberg zugrunde liegt und inwiefern es Gültigkeit hat für Prüfungsarbeiten im juristischen Studium. Unter III. wird die Frage erörtert, was unter einem Plagiat zu verstehen ist und welche Probleme seine Sanktionierung aufwirft.

## II. Wissenschaft: Ideal und Wirklichkeit

### 1. Die Bedeutung des einzelnen Wissenschaftlers

Der zentrale Vorwurf an den ehemaligen Verteidigungsminister lautet, er habe fremde Texte und damit fremde Gedanken als seine eigenen ausgegeben, indem er jene Texte unverändert, weitgehend unverändert oder aus anderen Sprachen wörtlich übersetzt in den Textteil seiner Arbeit übernommen habe, ohne dies formal durch das Setzen von Anführungszeichen oder grammatikalisch durch die Nutzung des Konjunktivs deutlich zu machen.<sup>8</sup>

Diesen Vorwurf kann teilen, wer ein bestimmtes Bild von Wissenschaft hat. Es ist das Bild von wissenschaftlicher

---

<sup>3</sup> Jüngst auch *Kiesow*, *myops* 12/2011, 38.

<sup>4</sup> So der Titel des Beitrags von *Canaris/Schmidt*, F.A.Z. v. 7.4.2011, S. 8.

<sup>5</sup> So der Titel des Beitrags von *Huber/Radtke*, F.A.Z. v. 7.4.2011, S. 8.

<sup>6</sup> *V. Coelln*, F.A.Z. v. 3.3.2011, S. 8.

<sup>7</sup> Dazu insgesamt auch *Rieble*, *Das Wissenschaftsplagiat*, 2009.

<sup>8</sup> Die Betreiber der im Zuge der Affäre berühmt gewordenen Internetseite <http://de.guttenplag.wikia.com> haben ihrer Untersuchung eine differenzierte Systematik von Plagiatstypen zugrunde gelegt, in der im Wesentlichen nach Komplettplagiaten, Verschleierungen, Übersetzungsplagiaten, Strukturplagiaten, Alibi-Fußnoten und sogenannten „Bauernopfern“ (verzerrende und verfälschende Belegsituation) unterschieden wird (die Urheberschaft für den Begriff des Bauernopfers in diesem Kontext schreibt *Rieble* [Fn. 7], S. 20, *Lahusen*, KJ 39 [2006], 398 zu).

Arbeit als der schöpferischen Eigenleistung des wahrheitssuchenden Individuums: „Daß da eine oder einer denkt, ist durch nichts anderes zu ersetzen“<sup>9</sup>. Wissenschaft ist in diesem Sinne eine subjektive Angelegenheit, die sich dadurch auszeichnet, dass die Früchte des Arbeitsprozesses einer Herkunftsquelle eindeutig zuzuordnen sind. Denn einmal wird es als Gebot moralischer Redlichkeit angesehen, die Früchte fremder Arbeit nicht als die eigenen auszugeben. Für den wissenschaftlichen Betrieb noch wichtiger ist indes ein zweiter Punkt: Es soll immer möglich sein, zu den Quellen zu ziehen, um den Urheber eines Gedankens selbst in Gestalt seines Textes aufsuchen, befragen und prüfen zu können. Es geht in den Worten *Philip Melancthons* in seiner Wittenberger Universitätsrede von 1518 darum, die Sache selbst, nicht aber nur ihre Schatten zu ergründen.<sup>10</sup> Dies gewährleistet einen weiteren Wesenszug der Wissenschaft, nämlich das Nachvollziehen des Forschungsprozesses und die Kontrolle durch andere Wissenschaftler.

Dagegen könnte man einwenden, dass die Übernahme fremder Textbausteine diese zu eigenen Texten macht, gleichsam der Lehre von der Vermischung und Verarbeitung entsprechend, durch welche man Eigentum an einer fremden Sache erwerben kann, §§ 951 ff. BGB. Dies stößt sich jedoch an einer Prämisse, unter der Wissenschaft bis dato betrieben wird: Wir sehen in den von Wissenschaftlern geschriebenen Texten (oder naturwissenschaftlichen Forschungen) geschlossene, von bestimmten Voraussetzungen ausgehende Werke, deren Sinn verlustig geht oder verändert wird, setzt man sie nach der Art einer Collage neu zusammen oder löst sie von ihren expliziten oder impliziten Voraussetzungen. Sie werden dann zu einem potemkinschen Dorf, hinter dem im Kern niemand mehr steht, der die wissenschaftliche Verantwortung für den Text trägt: Aus einem wissenschaftlichen Text wird so die Fassade eines wissenschaftlichen Textes. Deswegen ist die Collage eine Form der Kunst, nicht aber der Wissenschaft.<sup>11</sup>

## 2. Übernehmen vs. Verarbeiten von Texten

Freilich wird damit ein Idealbild wissenschaftlicher Arbeit beschrieben, das davon ausgeht, dass jede Forschung *erste* Forschung ist; Forschung, die nicht bereits auf den Regeln eines Faches aufbaut und von den Früchten früherer Wissenschaftlergenerationen profitieren kann, Forschung also, die

<sup>9</sup> Zacher, in: Großfeld/Sack/Möllers u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 228 (S. 239).

<sup>10</sup> De corrigendis adolescentiae studis 1518, in: Nürnberger (Hrsg.), Melancthons Werke, Bd. 3, Humanistische Schriften, 2. Aufl. 1969, S. 38: „Iungendae Graecae litterae Latinis, ut philosophus, theologos, historicos, oratores, poetas lecturus, quaqua te vortas, rem ipsam assequire, non umbram rerum, velut Ixion cum Iunone congressurus nubem incidit“.

<sup>11</sup> Für einen kunstwissenschaftlichen Standpunkt *Möbius*, Montage und Collage, 2000 sowie aus juristischer Perspektive *Czernik*, Die Collage in der urheberrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunstfreiheit und Schutz des geistigen Eigentums, 2008.

sich ihre Voraussetzungen immer neu erarbeitet. Dies entspricht nicht der Wirklichkeit. Die etablierten akademischen Fächer schauen auf eine Jahrtausende alte Tradition zurück. Aus dem Bereich der Rechtswissenschaft mag der Hinweis auf das römische Recht genügen. Offensichtlicher noch ist die Tradition für die Philosophie, die Theologie und auch die Mathematik. Wie ändert sich aber das beschriebene Idealbild von Wissenschaft durch diesen Umstand? Was bedeutet diese Veränderung für die Regeln wissenschaftlicher Praxis? Und welche Schlüsse lassen sich daraus für eigene, vor allem studentische Arbeiten ziehen?

Es geht wissenschaftlicher Forschung heute immer seltener darum, einen großen Gesamtentwurf eines Lebensbereiches, eine radikale Neudeutung der Wirklichkeit, vorzulegen. Dass die Erde keine Scheibe und der Gesetzgeber nicht allwissend ist, wissen wir. Wissenschaft ist daher überwiegend nicht mehr ‚Städteplanung‘ oder ‚Hausbau‘, sondern bestenfalls ‚Dachdecken‘ oder ‚Fliesenlegen‘. In aller Regel aber ist wissenschaftliche Arbeit heute Arbeit an einem Mosaik der Disziplin, bei der ein Steinchen neu platziert, bearbeitet oder durch ein anderes, passenderes ersetzt wird.

Dies setzt voraus, dass sich eine wissenschaftliche Arbeit des Kontexts vergewissert, in dem sie forscht. Sie wird also nicht mehr allein durch ihren Gegenstand bestimmt, sondern auch dadurch, wie dieser Gegenstand von anderen Wissenschaftlern gesehen wird. Man muss also zur Kenntnis nehmen, wie das Mosaik im unmittelbaren Umfeld, aber auch insgesamt aussieht, welche Arbeiten dort verrichtet werden und wie sich diese auf die eigene Arbeit auswirken. Um darüber in einen Austausch mit anderen Wissenschaftlern treten zu können, ist es notwendig, seine Sicht auf die Umgebung und die Voraussetzungen der eigenen Arbeit offenzulegen und mitzuteilen. Eine Arbeit, die dies *nicht* tut, läuft Gefahr, wissenschaftlich ins Leere zu gehen. Eine Arbeit, die *nur* dies tut, erbringt keine *eigene* wissenschaftliche Leistung. Und eine Arbeit, die fremden Kontext als Eigenes ausgibt, die die Sache mit ihrem Schatten verwechselt, ist keine wissenschaftliche Arbeit.

Diese „context-awareness“ setzt eine Einarbeitung in die relevanten Fakten und die einschlägige Literatur ebenso voraus wie das Erkennen, wo und in welcher Weise Literatur für eigene Forschungen relevant ist. Dabei spricht nichts dagegen, Erkenntnisse anderer für die eigene Arbeit zu nutzen. Im Gegenteil lebt der Wissenschaftsbetrieb von der wechselseitigen Verarbeitung fremder Erkenntnis, denn Wissenschaft ist ein soziales Phänomen,<sup>12</sup> eine ‚Gruppenarbeit‘.

Es besteht allerdings ein Unterschied zwischen plagiierender Übernahme und wissenschaftlich redlicher Verarbeitung fremder Erkenntnisse. Die wissenschaftliche Verarbeitung ist wesentlich gedanklicher Natur und gibt Antworten auf die Frage, warum und wie fremde Erkenntnisse für den eigenen Arbeitsprozess von Bedeutung sind.<sup>13</sup> Seine äußere Erscheinung gewinnt der Verarbeitungsprozess oft durch eine eigene Darstellung fremder Erkenntnisse, jedenfalls aber

<sup>12</sup> Zacher (Fn. 9), S. 239.

<sup>13</sup> Dazu im Hinblick auf die Übernahme von Fußnoten VG Münster, Urt. v. 20.2.2009 – 10 K 1212/07, Rn. 25 ff. (juris).



durch eine eigene Kontextualisierung: In bildlicher Analogie zum Zivilrecht gilt es, fremde Erkenntnis durch den Wolf des eigenen Erkenntnisinteresses zu drehen, sie also zu verarbeiten, ohne die fremde Urheberschaft zu verleugnen. Dies schließt natürlich keineswegs aus, kürzere oder auch längere Passagen fremder Texte im Wortlaut zu übernehmen, wenn dies geboten erscheint. Wörtliche Übernahmen gehören dann als solche gekennzeichnet und ebenso wie sprachlich verarbeitete Übernahmen fremder Texte in einen sachlichen Kontext gestellt.

Hinter dieser Forderung steht der Gedanke, dass es einen unauflösbaren Zusammenhang gibt zwischen der „ownership of words“ und der „ownership of ideas“,<sup>14</sup> vor allem in Fächern, die mit ihrem Medium Sprache gleichzeitig ihren Gegenstand haben. So wird auch anschaulich, warum einige vergessene Fußnoten oder vergessene Anführungszeichen wissenschaftlich betrachtet keine Lappalie sind: Niemand käme auf die Idee, einen durch Anführungszeichen erkennbar zusammengelagerten Text für eine wissenschaftliche Arbeit oder eine durch einen Schein, einen Studienabschluss oder einen akademischen Titel zu würdigende Leistung zu halten. Dessen ungeachtet mag ein solcher Text lesenswert und erkenntnisfördernd sein. Er genügt aber nicht den Anforderungen einer Wissenschaft, die auf individueller Zurechnung von Erkenntnis aufbaut. Ein solcher Text *sui generis* mag im Feuilleton einer Zeitung oder als Kunstwerk in einer Galerie zur Geltung kommen.

### 3. Juristische Arbeit als wissenschaftliche Arbeit

Was bedeuten diese Anforderungen nun für die Arbeit im Jurastudium, im Kontext von Haus- und Seminararbeiten, bei denen in begrenzter Zeit eine eigene Auseinandersetzung mit einer juristischen Fragestellung abgeliefert werden muss? Eine Antwort auf diese Frage muss verschiedene Aspekte auseinander halten:

#### a) Theorie und Dogmatik

##### aa) Praxisbezogenheit des Rechts

Die Praxisbezogenheit des Rechts hat immer schon Zweifel daran genährt, ob es sich bei der Rechtswissenschaft wirklich um eine Wissenschaft und beim Studium des Rechts wirklich um ein wissenschaftliches Studium handelt.<sup>15</sup> In der Tat lässt sich eine scharfe Grenze zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis oft nicht ziehen.<sup>16</sup> Denn die Entscheidungen der Gerichte bilden einerseits einen Fundus für wissenschaftliche

Arbeiten. Diese werden ihrerseits durch die Rechtsprechung rezipiert. Der Austausch zwischen beiden Seiten ist intensiv und drückt sich aus in der gemeinsamen Entwicklung juristischer Dogmatik. *Oliver Lepsius* spricht daher von der Überbrückungsfunktion, die der Dogmatik im Verhältnis zwischen Theorie und Praxis zukomme.<sup>17</sup> Dogmatik ist also der Konsens darüber, wie einzelne Rechtssätze angewendet, also auf einen konkreten Sachverhalt bezogen werden sollen. Das Ergebnis zielt dabei wesentlich auf eine Systembildung innerhalb eines Rechtsgebiets oder eines Gesetzeswerks. Zur Dogmatik zählen daher am Rande auch Definitionen, vor allem aber auch systematische Interpretationsregeln (z.B. die teleologische Reduktion von § 181 BGB bei rein vorteilhaften In-sich-Geschäften und die Erweiterung des Gesetzesvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG auch auf Aspekte der Berufswahl).

Nun ist die Rechtswissenschaft keineswegs das einzige Fach, das sich durch hohen Anwendungsbezug auszeichnet. Die Natur- und Ingenieurwissenschaften verstehen sich oft als praktische Fächer. Anwendungsbezug allein schließt Wissenschaftlichkeit also offenbar nicht aus.<sup>18</sup> Im Gegenteil: Oft kommt dem Denken vom konkreten Rechtsfall ein besonderes Innovationspotential zu.<sup>19</sup> Während aber beispielsweise naturwissenschaftliche Forschung ihren Bezugspunkt außerhalb ihrer selbst hat (in den Naturgesetzen der Chemie, der Physik, der Biologie, der Medizin), forscht und arbeitet die Rechtswissenschaft in einem menschlich generierten System des Rechts. Sie erforscht eine Welt, die, wie die Rechtsvergleichung zeigt, kontingent ist, die also so, aber auch anders sein könnte.<sup>20</sup> Dieser Befund bricht sich an der hehren Vorstellung, nach der Wissenschaft all das ist, „was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“<sup>21</sup>. Wo wird dann aber die Jurisprudenz als Arbeit in einem menschengemachten System zur wahrheitsbezogenen Wissenschaft?

In aller Regel werden die Ausbildung von Rechtsdogmatik oder das Entstehen eines neuen Rechtsgebiets durch eine wissenschaftliche Debatte begleitet, die weniger auf konkrete Rechtsanwendung zielt, sondern systematische Argumente aus dem Rechtssatz oder dem gesamten Gesetzeswerk entwickelt: konzeptionelle Grundentscheidungen eines Rechtskorpus werden angeführt (Privatautonomie im BGB) oder es wird historisch-geistesgeschichtlich argumentiert (christlich-abendländische Prägung der Verfassung, Grundgesetz als

<sup>17</sup> *Lepsius*, F.A.Z. v. 19.5.2011, S. 8.

<sup>18</sup> So aber wohl *Kiesow*, JZ 2010, 585, der in der Arbeit an Rechtsdogmatik keine Wissenschaft im wissenschaftstheoretischen Sinne sieht.

<sup>19</sup> *Larenz/Schmidt*, F.A.Z. v. 7.4.2011, S. 8.

<sup>20</sup> Das schließt freilich nicht aus, dass unterschiedliche Rechtssysteme vergleichbare Probleme ähnlich oder sogar gleich lösen bzw. die Lösungen ein vergleichbares Ergebnis produzieren, nur auf unterschiedlichen Wegen dorthin kommen, was nahelegt, dass es rechtssystemunabhängige Grundsätze gibt, die für die Regelung von Interessenkonflikten universal Anwendung finden.

<sup>21</sup> BVerfGE 35, 79 (113) – Hochschulurteil.

<sup>14</sup> *Johnson/Cleahan*, Journal of University Teaching & Learning Practice 2 (2005), 38 (43).

<sup>15</sup> Berühmt ist der Vortrag des Berliner Staatsanwaltes *von Kirchmann* von 1848, dessen sprechender Titel bis heute bekannt ist: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, als Online-Ressource abrufbar unter <http://edocs.u-b.uni-frankfurt.de/volltexte/2006/6867/pdf/S+16+969.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.5.2011). Zur Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft sehr lesenswert auch *Kiesow*, JZ 2010, 585.

<sup>16</sup> Dazu jetzt auch *Lepsius*, F.A.Z. v. 19.5.2011, S. 8.

Antwort auf den Nationalsozialismus). Fehlen solche Argumente oder bleiben sie unvollständig, werden neue Systematiken entwickelt, mit denen die Auslegung einzelner Normen erfolgen kann. Die Entwicklung der umweltrechtlichen Rechtsprinzipien zählt beispielsweise dazu,<sup>22</sup> aber auch die Deutung des Parteienrechts als eines politischen Wettbewerbsrechts.<sup>23</sup> Diese Auseinandersetzungen und Debatten bilden im Kern das Wesen rechtswissenschaftlicher Forschung.

Hinzu treten selbstverständlich die juristischen Grundlagenfächer, die oft den rechtlichen Ausschnitt anderer Wissenschaftsdisziplinen bilden oder mit ihnen eine gemeinsame Schnittmenge haben. Sie liefern der dogmatischen Diskussion Grundlagen und Argumentationshilfen. Zu diesen Fächern zählen klassisch zum Beispiel die Rechtsphilosophie und die Rechtsgeschichte, aber auch die Rechtstheorie als eigenständige Disziplin, die Rechtssoziologie ebenso wie die Verfassungs- bzw. Staatslehre.<sup>24</sup> Mit gutem Recht wird in diesen Grundlagenfächern von manchen der eigentliche Raum einer Rechtswissenschaft im strengen Sinne gesehen.<sup>25</sup>

#### bb) Dogmatische Arbeiten

Das enge und bisweilen unauflösliche Ineinandergreifen von Rechtsdogmatik und freier wissenschaftlicher Würdigung ist kennzeichnend für juristisches Arbeiten. Im Umgang mit diesen beiden Aspekten muss unter Wissenschaftlichkeitsaspekten differenziert werden: Rechtsdogmatik lebt davon, dass sie allseits und jederzeit einsetzbar ist und von den Kollegen im Gericht, in der Behörde, in der Bibliothek usf. verstanden wird. Sie ist das sprachliche Sediment einer rechtswissenschaftlichen Debatte. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass die sprachlichen Figuren zur Problemlösung („Fremdbesitzerexzess“, „Anscheinsgefahr“) sich von ihren Urhebern unabhängig gemacht haben und ein Eigenleben führen. Dies betrifft vor allem die Grundlagen des Fachs. Dass sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus den Elementen des legitimen Zwecks, der Geeignetheit, Erforderlichkeit und der Angemessenheit zusammensetzt, bedarf deshalb im Regelfall keines Nachweises.<sup>26</sup>

Um das fachliche Gespräch über einen Rechtsfall möglich zu erhalten, ist im Bereich der rein dogmatischen Lösung

einer Rechtsfrage, also im sogenannten „Normfall“,<sup>27</sup> von einer sprachlichen Neufassung dogmatischer Figuren oder Definitionen abzuraten. *Rechtsanwendung* muss *zunächst* nämlich nicht originell, sondern erst einmal richtig sein, d.h. dem aktuellen Stand der juristischen Erkenntnis entsprechen. Die Wissenschaftlichkeit der Falllösung erweist sich an diesem Punkt also nicht in einer eigenständigen sprachlichen Verarbeitung. Hier kommt eine Eigenart der Jurisprudenz zum Ausdruck, die sie mit Philosophie und Theologie teilt, aber beispielsweise von der Literaturwissenschaft unterscheidet: Die Auseinandersetzung mit juristischen Texten produziert immer wieder neue juristische Texte, wohingegen die Auseinandersetzung mit literarischen Texten nicht neue Literatur produziert.<sup>28</sup> Dies bringt eine enge sprachliche Verwandtschaft thematisch naheliegender Fachtexte mit sich.

Je komplexer die Figuren, Begriffe oder Definitionen aber sind, die bei der Lösung zum Einsatz kommen, desto eher sind sie allerdings mit einem Nachweis in Gestalt einer Fußnote zu versehen. In diesem Beitrag mag der verfassungsrechtliche Wissenschaftsbegriff ein Beispiel für einen Grenzfall bilden. Zwar ist die Definition vielen Juristen geläufig, sie ist allerdings viel weniger selbstverständlich als der Umstand, dass ein Vertrag zweier übereinstimmender Willenserklärungen bedarf. Sie bedarf also des Nachweises, woher sie stammt. Es gilt also auch, zwischen bekanntem und voraussetzbarem Wissen und belegsbedürftigem „not-so-common-knowledge“<sup>29</sup> unterscheiden zu lernen.

#### cc) Wissenschaftliche Arbeiten

Anders verhält es sich, wenn das Rechtsproblem des Falls oder das Thema der Arbeit noch nicht ‚abgegangen‘ ist, sich noch keine ‚herrschende‘ Meinung gebildet hat oder eine Rechtsprechungslinie<sup>30</sup> etabliert hat. Der Bearbeiter ist dann gezwungen, eine eigene Meinung zu bilden, Position zu beziehen und auf Grundlage eigener Maßstäbe eine Lösung zu entwickeln, die selbständig sprachlich gefasst sein muss. Dies geschieht oft durch die Übernahme und Adaption von Argumentationsmustern aus den Lösungen anderer Rechtsfragen. Hier ist es eminent wichtig, seine Inspirationsquellen offenzulegen. Dies wertet die eigene Argumentation nicht ab, sondern ermöglicht Dritten, sie anhand der Originalquellen auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen. Dabei ist es in studentischen Arbeiten schon eine gute rechtswissenschaftliche Leistung, parallel gelagerte Argumentationen aufgefunden und verwertet zu haben. Es ist ein grundlegendes Missverständnis über anwendungsorientiertes juristisches Arbeiten, es einem überspannten Originalitätsanspruch zu unterwer-

<sup>22</sup> Überblick bei *Krüper*, *Gemeinwohl im Prozess*, 2009, S. 42 ff.

<sup>23</sup> *Morlok*, in: Häberle/Morlok/Skouris (Hrsg.), *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos zum 70. Geburtstag am 5. Mai 2003*, 2003, S. 408.

<sup>24</sup> Vgl. dazu die Beiträge von *Gierhake* (Rechtsphilosophie), *Noltenius*, *Schuster*, *Roßner* (Rechtsgeschichte), *Funke* (Rechtstheorie), *Stegmaier* (Rechtssoziologie) und *Payandeh* (Allgemeine Staatslehre) in: *Krüper* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2010.

<sup>25</sup> *Kiesow*, *JZ* 2010, 585 (590).

<sup>26</sup> Dies mag man anders beurteilen, wenn es in der Arbeit, z.B. in einer Themenhausarbeit, gerade darum geht, die dogmatisch sedimentierten Grundlagen zu hinterfragen und nach Alternativen zu forschen.

<sup>27</sup> Zum didaktischen Ansatz des Normfalllernens *Haft*, *Das Normfallbuch*, 2010.

<sup>28</sup> Den Hinweis auf diesen Zusammenhang verdanke ich *Dr. Max Grosse*.

<sup>29</sup> Nach dem „Academic Integrity“-Booklet der University of Princeton, vgl. <http://www.princeton.edu/pr/pub/integrity/08/notcommon/> (zuletzt abgerufen am 23.5.2011).

<sup>30</sup> Zur Ordnungsidee eines Argumentation in Rechtsprechungslinien beispielhaft *Rensen/Brink* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009.

fen.<sup>31</sup> Insofern sind die häufig anzutreffenden Hinweise, es gehe in studentischen Arbeiten um eine eigene wissenschaftliche Auseinandersetzung, eher irreführend. Es geht nämlich in aller Regel darum, sich auf dem Boden einer oft über längste Zeiträume tradierten Dogmatik mit einer Rechtsfrage auseinanderzusetzen und einschlägige Literatur und Rechtsprechung *dem eigenen Erkenntnisstand gemäß* zu verarbeiten und als Lösungshilfe heranzuziehen. Je souveräner eine solche Lösung den Stoff verarbeitet und präsentiert, je stärker es gelingt, die Grenzen der gesicherten Dogmatik für den konkreten Fall zu erkennen und zu beschreiben und daraus Konsequenzen zu ziehen, desto besser ist die Leistung.

#### dd) Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Als Ergebnis lässt sich also festhalten: Dogmatische Arbeiten verlangen ebenso wie wissenschaftliche Arbeiten einen soliden Bestand an Nachweisen. Freilich ändert sich die Funktion und damit in der Regel auch die Dichte und die Art der Nachweise. Die dogmatische Arbeit muss die Richtigkeit ihrer Ausführungen belegen, also nachweisen, dass der Rechtsfall nach den allgemein anerkannten Regeln gelöst wurde, soweit Regeln bestehen. Bei stark begriffsgeprägten Fächern wie z.B. dem materiellen Strafrecht kann dies zu einer hohen Nachweisdichte insbesondere aus Gerichtsentscheidungen und der Kommentar- und Lehrbuchliteratur führen.

Verlässt eine Arbeit das bestellte Feld juristischer Gewissheiten, wird sie also in diesem Sinne ‚wissenschaftlicher‘, geht es weniger darum, die Übereinstimmung mit einer bestehenden Dogmatik zu belegen, als darum, einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Diskussion zu leisten. Diese Art der Darstellung unterscheidet sich von der dogmatischen Falllösung in der Regel schon dadurch, dass sie sich aus dem syllogistischen Schlussverfahren (Gutachtenstil) mehr oder weniger weit löst. Sie ist weniger kleinteilig und greift argumentativ weiter aus. Gedanken werden entwickelt und weniger auf ein bestimmtes Ergebnis hin rezipiert. Der schöpferische Eigenanteil des Autors am Text wächst, was in der Regel zur Folge hat, dass die Nachweiszahl abnimmt, die Dichte des einzelnen Nachweises aber zunimmt, um deutlich zu machen, aus welchem Fundus heraus ein Gedanke entwickelt wird. Dabei kann eine wissenschaftliche Argumentation eher als eine dogmatische Arbeit auf bestimmte Nachweise verzichten, also einen größeren Wissensanteil als bekannt und nicht nachweisbedürftig voraussetzen, als es beispielsweise eine Falllösung in einer Anfängerhausarbeit kann. Dies hat auch etwas mit unterschiedlichen Prüfungsanforderungen zu tun (dazu sogleich).

Natürlich ist die Unterscheidung zwischen dogmatischen und wissenschaftlichen Arbeiten eine idealtypische,<sup>32</sup> die daher kaum in Reinform anzutreffen sein wird. Allerdings

<sup>31</sup> Dazu *Johnson/Clerehan*, *Journal of University Teaching & Learning Practice* 2 (2005), 38 (42 f.).

<sup>32</sup> Der Begriff des Idealtypus stammt von *Max Weber*, vgl. *Weber*, *Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher Erkenntnis*, in: *Winckelmann (Hrsg.)*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl. 1988, S. 190 f.

finden sich in Prüfungs- und akademischen Qualifikationsarbeiten zumeist einzelne Teile, die mehr oder weniger stark dogmatisch oder wissenschaftlich orientiert sind und in denen Art und Funktion der Nachweise daher im beschriebenen Sinne veränderlich ist.

#### b) Prüfungszweck

Der Ausbildung in einer anwendungsorientierten Disziplin wie der Rechtswissenschaft geht es darum, Methoden, Strukturen und Terminologien des eigenen Faches zu vermitteln, einzuüben und abzurufen. Sie sind Grundlage einer praktisch verwertbaren Falllösung wie einer wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht. Die Beherrschung der juristischen Methodenlehre ist daher unerlässlich.

Daher geht es in studentischen Prüfungsarbeiten zunächst darum, das Beherrschen des Handwerkszeugs, der Dogmatik, unter Beweis zu stellen. Dazu gehört es, mit juristischen Begriffen und ihren Definitionen, mit systematischen Ordnungen und Konzepten, wie sie Wissenschaft und Praxis entwickelt haben, vertraut zu sein.

Wer nicht weiß, was man unter einem Diebstahl versteht, was der Bruch fremden und die Begründung neuen, aber nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams meint, kann eine Strafrechtsklausur zu Eigentumsdelikten kaum erfolgreich lösen. Wer den Gutachtenstil nicht beherrscht, wird Rechtsprobleme, die ihm nicht bekannt sind, schneller übersehen als jemand, der ordnungsgemäß subsumiert und Dissonanzen im Zusammenspiel zwischen Rechtsnorm und Sachverhalt erkennt und diese harmonisieren kann. Wer die Systematik eines Gesetzes nicht kennt, wird Spezialvorschriften übersehen und auf allgemeinere Rechtssätze zurückgeworfen, die auf komplexe Sachverhalte nicht immer befriedigend Antwort geben, z.B. im Verhältnis zwischen polizeilicher Generalklausel und Standardmaßnahmen einerseits und Sonderordnungsgesetzen andererseits oder im Verhältnis zwischen den Vorschriften zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und den Sondervorschriften für den Erbenbesitz, §§ 985 ff. BGB gegenüber §§ 2018 ff. BGB. Wer schließlich mit Rechtsstreitigkeiten um die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen nicht vertraut ist, wird Schwierigkeiten haben, eine eigenständige Argumentation zu einem unbekanntem Rechtsproblem zu entwickeln. Gerade das macht aber die Arbeit in juristischen Berufen aus (und spannend)!

In der frühen Phase der Ausbildung geht es deshalb darum, die Regeln der Disziplin zu erlernen und anzuwenden, um am rechtswissenschaftlichen Diskurs überhaupt teilnehmen zu können: Wie baut man eine Normprüfung auf? Welche Argumente sind beachtlich, welche nicht? Auf welche Sachverhaltsangaben kommt es an, welche sind nur ‚colorandi causa‘? Eine Anfängerarbeit ist dann qualitativ gelungen, wenn sie unter Beweis stellt, dass das Rechtsproblem erkannt, Lösungsstrategien verstanden und adäquat auf den Sachverhalt angewendet worden sind. Eine besondere Qualität erreichen Arbeiten dort, wo Bearbeiter aufgrund eines Wissenstransfers zu fortgeschrittener Argumentation und Bewertung in der Lage sind.

Der Anteil reiner Dogmatik-Reproduktion in studentischen Prüfungsarbeiten nimmt idealerweise im Verlaufe des



Studiiums ab (oder gewinnt an Komplexität), bleibt aber in falllösungsorientierten Arbeiten immer sehr hoch. Anders ist es zum Teil im Bereich der Seminar- und Schwerpunktbereichshausarbeiten. Hier wird von einer guten Arbeit erwartet, dass sie ein Rechtsproblem oder ein Thema inhaltlich erfasst, strukturiert aufbereitet und auf einer gewissen Abstraktionsstufe argumentativ bearbeitet und löst. Greifbar wird dies besonders im eigenständig zu entwickelnden Gliederungsaufbau, der nicht den Regeln juristischer Dogmatik folgt. Anknüpfungspunkt für eine Bewertung ist dabei insbesondere die Qualität der Begründung von juristischen Wertungen.

Gänzlich eigenständige Lösungen werden aber auch hier in aller Regel nicht erwartet: „[...] what lecturers do want to see in undergraduate writing, along with clarity, brevity and precision is not simply a ‚conversion‘ of source material into equivalent – but different – phrasing, but summary (with some paraphrases) and dialogue with sources integrated into a coherent, organised answer to a specific question“<sup>33</sup>. In dieser Formulierung kommt dasjenige Element wissenschaftlicher Arbeit zum Vorschein, das in der Anknüpfung eigenen Schreibens an andere Arbeiten besteht. Zwar arbeiten Wissenschaftler oft allein und unabhängig, aber sie arbeiten als Teil einer sozialen Gruppe an der Fortschreibung wissenschaftlicher Erkenntnis, die notwendig auch eine Fortschreibung fremder Erkenntnis ist. Das heißt, dass auch die rechtswissenschaftliche Arbeit im engeren Sinne zum Teil von Reproduktion lebt.

Der selbständige Zugriff wird in einer akademischen Qualifikationsarbeit wie der Dissertation dann in einem erheblich gesteigerten Maße erwartet. Das behandelte Problem oder das vorgestellte Modell müssen auf einer höheren Abstraktionsebene entwickelt und kontextualisiert werden; Lösungen müssen verifiziert und bisweilen auch interdisziplinär unterfüttert werden. *Eigene* Lösungsansätze und eine *kritische* Auseinandersetzung mit Rechtswissenschaft und Rechtspraxis werden erwartet. Die Bedeutung des Handwerks der Rechtsanwendung im Sinne der Falllösung tritt gegenüber einer Arbeit am und im System stärker in den Hintergrund. Daher ist eine juristische Doktorarbeit eine wissenschaftliche Qualifikationsarbeit *aus eigenem Recht* und nicht als Eintrittskarte in eine Anwaltskanzlei oder ein Unternehmen misszuverstehen.

### III. Plagiate und Plagiatsfolgen

Die Rücknahme eines übersteigerten wissenschaftlichen Originalitätsanspruchs an studentische Arbeiten bedeutet freilich nicht eine Zurücknahme der wissenschaftlich-handwerklichen Standards, ganz im Gegenteil: Die Rücknahme des Originalitätsanspruchs in der Sache wertet die Bedeutung des wissenschaftlichen Handwerks vielmehr auf. Hinreichende, richtige und sinnvolle Nachweisteknik, die bei Plagiaten fehlt, ist unentbehrlich.

<sup>33</sup> Johnson/Cleahan, *Journal of University Teaching & Learning Practice* 2 (2005), 38 (43).

#### 1. Was ist ein Plagiat?

Im Fall zu Gutenberg kreiste die öffentliche Diskussion lange Zeit um quantitative Fragen der Art „Wie viel darf von 400 Seiten eines Texts abgeschrieben sein, damit es noch eine gültige Doktorarbeit ist?“. Diese Frage (nach den Sanktionen eines Plagiats) setzt aber bereits voraus, dass man sich über den Begriff des Plagiats klar ist.

Die Antwort auf die Plagiatsfrage scheint offenbar nicht einfach zu geben und abhängig davon zu sein, aus welcher Perspektive man auf den Begriff schaut.<sup>34</sup> Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) selbst rät in ihren „Empfehlungen zu guter wissenschaftlicher Praxis“ den Hochschulen, Tatbestände wissenschaftlichen Fehlverhaltens selbst zu definieren und nennt dabei als Beispiel das Plagiat.<sup>35</sup>

Entscheidend für eine Begriffsbestimmung ist dabei: „[to] always distinguish your own words and ideas from the words and ideas of others“<sup>36</sup>. Es geht also um die Kenntlichmachung von *Text-* und *Gedankenübernahmen* innerhalb eines eigenen Werkes. Plagiate sind also nicht allein gekennzeichnet durch vergessene Anführungszeichen, einen unterlassenen Konjunktiv oder eine unterbliebene Fußnote. Auch die unausgewiesene Übernahme von Ideen oder Gedankenstrukturen (beispielsweise einer Gliederung) stellt ein Plagiat dar, ebenso die *unausgewiesene Paraphrase* eines fremden Textes. Diese kann zwar der Versuch der Verarbeitung und Aneignung wissenschaftlicher Erkenntnis sein, entbindet aber nicht von der Verpflichtung, den paraphrasierten Urtext als Quelle anzugeben.<sup>37</sup> Entsprechendes gilt für Inhaltsangaben, die Beziehung zusätzlicher Daten und Fakten und das Bereitstellen weitergehender Informationen.<sup>38</sup>

#### 2. Prüfungsrecht als *sedes materiae*

Unterbleibt die kunstgerechte Praxis des Nachweises, finden sich in einer Arbeit also Plagiate in kleinerem oder größerem Umfang, stellt sich die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen. Regelmäßig tragen die betroffenen Kandidaten in solchen Situationen vor, es habe jedenfalls an einem Täuschungsvorsatz gefehlt und hoffen, dass ihre Plagiate deshalb sanktionslos bleiben.

<sup>34</sup> Sehr differenziert Rieble (Fn. 7), S. 60 ff., 70 ff.

<sup>35</sup> DFG (Hrsg.), *Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis*, 1998, S. 13.

<sup>36</sup> Abrufbar unter <http://www.princeton.edu/pr/pub/integrity/08/original/> (zuletzt abgerufen am 23.5.2011).

<sup>37</sup> Dies kann durchaus in der Art erfolgen, dass nach einem längeren paraphrasierten Absatz eine Fußnote eingefügt wird, in der auf die paraphrasierende Übernahme hingewiesen wird, beispielsweise durch die Formulierung „So im Ganzen...“ und die Ergänzung durch Autor und Werk, aus dem die Passage übernommen wurde.

<sup>38</sup> Untergliederung übernommen von <http://www.princeton.edu/pr/pub/integrity/08/original/> (zuletzt abgerufen am 23.5.2011).

## a) Täuschung und Täuschungsabsicht

Der ehemalige Verteidigungsminister zu Guttenberg hat am 23.2.2011 vor dem Deutschen Bundestag auf Anfrage der Abgeordneten Krista Sager ausgeführt, es könne nur der Beschuldigte beurteilen, ob subjektiv eine Täuschungsabsicht vorgelegen habe.<sup>39</sup> Im Sinne einer psychischen Introspektion mag dies richtig sein, unter juristischem Blickwinkel ist es allerdings Unsinn. Wollte die Rechtsordnung nur in den Fällen zum Vorwurf eines vorsätzlichen Fehlverhaltens einer Person kommen, in denen der Vorwurf im Sinne eines naturwissenschaftlichen Vollbeweises nachgewiesen wird, würde sie sich selbst abschaffen; kaum ein Straftäter könnte noch wegen vorsätzlicher Deliktsbegehung verurteilt werden.

Es geht im Zusammenhang universitärer Prüfungen nicht, wie im Rahmen der Causa zu Guttenberg immer wieder der Eindruck erweckt wurde, vorrangig um strafrechtliche Verantwortlichkeit, die allenfalls eine Folgefrage ist.<sup>40</sup> Auch arbeits- oder beamtenrechtliche Konsequenzen stehen nicht im Vordergrund der Plagiatssanktionen, sind aber möglich und im Einzelfall erheblich.<sup>41</sup> Es geht vielmehr um die Beurteilung des Plagiats nach *Maßgabe des Prüfungsrechts*.

Das VG Karlsruhe hat vor kurzer Zeit noch die tragenden prüfungsrechtlichen Grundsätze im Umgang mit Täuschungen prägnant formuliert:

„Täuschung im Sinne des Prüfungsrechts [...] ist die Vor Spiegelung einer eigenständigen und regulär erbrachten Prüfungsleistung, um bei dem Prüfer über die ihr zugrunde liegenden Kenntnisse und Fähigkeiten einen Irrtum zu erregen. [...] Die Prüfungsbehörde bzw. das für die Leitung der Prüfung zuständige Prüfungsorgan trägt die materielle Beweislast dafür, dass die von ihr bzw. ihm angenommenen Voraussetzungen einer Täuschung vorliegen. [...] Allerdings können die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Täuschungsversuchs durch den Beweis des ersten Anscheins bewiesen werden, wenn sich aufgrund der feststehenden Tatsachen bei verständiger Würdigung der Schluss aufdrängt, dass der Prüfungsteilnehmer getäuscht hat. So kann je nach den Umständen des Einzelfalles mit den Mitteln des Anscheinsbeweises sowohl der Nachweis einer Regelverletzung als auch der Nachweis des Täuschungsvorsatzes geführt werden [...]. Spricht der erste Anschein für das Vorliegen einer Regelverletzung oder des Täuschungsvorsatzes, so ist es Sache des Prüfungsteilnehmers, die Schlussfolgerung, auf der dieser Anschein beruht, zu entkräften. Hierfür reicht es nicht aus, die Denkmöglichkeit eines dem Anschein nicht entsprechenden Ablaufs aufzuzeigen. Vielmehr muss der Prüfungsteilnehmer nachvollziehbar und in sich stimmig die Tatsachen schildern und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines vom Regelfall abwei-

chenden Verlaufs ergibt. Gelingt dies, so obliegt der Prüfungsbehörde der sog. Vollbeweis“.<sup>42</sup>

Daraus ergibt sich für die prüfungsrechtliche Praxis, dass wesentliche textliche Übereinstimmungen von Klausuren mit Gerichtsentscheidungen, Lehrbüchern, Kommentaren oder Lösungsskizzen regelmäßig den Anschein eines Täuschungsversuchs begründen, den der Prüfling widerlegen muss und nur selten wird widerlegen können. Finden sich in einer häuslichen Arbeit (Seminar-, Schwerpunktbereichshausarbeit oder der Doktorarbeit) Plagiate im dargestellten Sinne, wird ebenfalls der Beweis des ersten Anscheins für eine Täuschung erbracht sein, der nicht durch den Verweis auf fehlerhaften Umgang mit den eigenen Unterlagen oder persönliche und zeitliche Überforderung entkräftet werden kann. In diesem Sinne hat auch die Kommission „Selbstkontrolle der Wissenschaft“ der Universität Bayreuth in ihrem Abschlussbericht zum Fall zu Guttenberg keinen Zweifel am Täuschungsvorsatz des ehemaligen Verteidigungsministers gehabt.<sup>43</sup>

## b) Sanktionen

Welche Sanktionsmöglichkeiten sich aus dem Nachweis eines Täuschungsversuchs ergeben, hängt von der jeweilig einschlägigen Prüfungsordnung ab. Klausuren, die durch Täuschung, beispielsweise unter Zuhilfenahme von Lehrbüchern oder Kommentaren erstellt worden sind, gelten in aller Regel als nicht bestanden.

Schwieriger ist die Frage nach den möglichen Sanktionen zu beantworten, wenn ein Prüfling in einer häuslichen Arbeit nicht nach den – freilich nirgendwo rechtsverbindlich kodifizierten – Regeln guter wissenschaftlicher Praxis gearbeitet, beispielsweise Nachweise nicht gesetzt oder auch „im großen Stil“ plagiiert hat.

Der verwaltungsrechtlich geprägte Blick scheint hier zunächst eine differenzierte, vor allem verhältnismäßige Bewertung nahelegen, die den Eigenanteil des Prüflings der Arbeit ins Verhältnis setzt zu plagiierten Stellen.<sup>44</sup> Dies würde bei nur geringfügigen Verstößen beispielsweise nach Absenkung der Note, nach einer Wiederholung der Prüfung oder einer offiziellen Verwarnung verlangen. Schwerere Verstöße müssten das endgültige Nichtbestehen der Prüfung und er-

<sup>42</sup> VG Karlsruhe, Urt. v. 24.3.2010 – 7 K 1873/09, Rn. 14 ff. (juris) m.w.N.

<sup>43</sup> Der Abschlussbericht der Kommission ist abrufbar unter [http://www.uni-bayreuth.de/presse/info/2011/Bericht\\_der\\_Kommission\\_m\\_Anlagen\\_10\\_5\\_2011.pdf](http://www.uni-bayreuth.de/presse/info/2011/Bericht_der_Kommission_m_Anlagen_10_5_2011.pdf) (zuletzt abgerufen am 23.5.2011).

<sup>44</sup> In diese Richtung geht das Urteil des VG Berlin, Urt. v. 25.6.2009 – 3 A 319.05, vor allem Rn. 41 ff. (juris), wenn es darauf abstellt, eine für eine Dissertation verwendete, aber nicht zitierte Diplomarbeit sei „maßgeblich verwendet“ worden und es bestünden „erhebliche Übereinstimmungen“; das VG München, Urt. v. 27.10.2008 – M 3 K 07.4893, Rn. 37 f. (juris) will demgegenüber bloß Bagatellfälle vom strengen Sanktionsregime der (in diesem Fall einschlägigen) Promotionsordnung ausschließen (im Anschluss an BayVGh, Urt. v. 4.4.2006 – 7 BV 05.388, Rn. 13 [juris]); vgl. zur Problematik auch *Zimmerling/Brehm* (Fn. 40), S. 192.

<sup>39</sup> BT-Prot., 17. WP, 92. Sitzung, S. 10367.

<sup>40</sup> *Zimmerling/Brehm*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, S. 191: „Auf Verschulden kommt es nicht an“; freilich ergeben sich strafrechtlich erhebliche Vorwürfe in Plagiatsfällen ggf. in Anknüpfung an § 106 UrhG.

<sup>41</sup> Dazu *Rieble* (Fn. 7), S. 88 ff.

hebliche Verstöße, vor allem bei Studienabschlussarbeiten und Promotionen, den Entzug des Abschlusses oder des Titels zur Folge haben.

In der Praxis werden allerdings überwiegend<sup>45</sup> strengere und an der Eigenlogik der Wissenschaft orientierte Regeln angelegt,<sup>46</sup> die bei Verstößen gegen die Wissenschaftsregeln grundsätzlich erhebliche Konsequenzen verlangen. Auch rechtlich sind solche strengen Maßstäbe im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit, vor allem aber den verfassungsrechtlich durch Art. 3 Abs. 1 GG abgestützten prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit zu vertreten. Er verlangt aufgrund der Grundrechtsrelevanz universitärer Prüfungen strenge Beachtung.

Ein staatlicher Eingriff in die Grundrechte eines täuschenden Prüflings durch Sanktionierung seiner Täuschung muss sich daher nicht nur vor dessen Grundrechten, namentlich Art. 12 Abs. 1 und ggf. Art. 2 Abs. 1 GG rechtfertigen, sondern ist durch die Grundrechte anderer Prüflinge gerechtfertigt, um deren Chancengleichheit zu wahren. Zwischenprüfungen, Seminare, Staatsexamen, Diplome und Dissertationen sind bedeutsam für den beruflichen Werdegang eines Menschen, gerade im Vergleich zu konkurrierenden Ko-Absolventen. Zwischen all diesen Prüfungsleistungen muss also Vergleichbarkeit bestehen, um einen fairen Wettbewerb zu garantieren. Universitäten und Fakultäten haben daher einen vergleichsweise weiten Einschätzungsspielraum bei der Aufstellung ihrer Prüfungsordnungen, wenn es um die Festlegung von scharfen Sanktionen gegen Täuschungshandlungen im Prüfungsverfahren geht. So sieht § 63 Abs. 5 S. 2 HG NRW beispielsweise die Möglichkeit vor, gegen einen täuschenden Prüfling eine Geldbuße von bis zu 50.000 € zu verhängen.

Unter welchen Begriffen die Sanktionierung z.B. des Plagiats im Einzelfall erfolgt, hängt von der jeweiligen Prüfungsordnung ab. Fällt das Plagiat noch vor der Bewertung auf, wird – vor allem in Doktorarbeiten – die Erteilung des Titels daran scheitern, dass eine Voraussetzung seiner Erteilung, nämlich die eigene wissenschaftliche Leistung fehlt. Ob die Prüfungsordnung diesen Umstand zu diesem Zeitpunkt als Täuschung bezeichnet oder nicht, ist dabei rechtlich unerheblich, ebenso regelmäßig die Frage, ob das Plagiat vorsätzlich geschah. Fällt das Plagiat erst nach Abschluss des Prüfungsverfahrens auf und wird rückwirkend die Prüfungsleistung für nicht erbracht erklärt (oder der Titel entzogen), spricht man in aller Regel von Täuschung. Entscheidend ist aber hier wie dort, ob der zuständigen Behörde, beispielsweise dem Fakultätsprüfungsausschuss, der (Anscheins-)Beweis gelingt, dass ein wissenschaftlicher Regelverstoß vorliegt.

<sup>45</sup> Zu Abweichungen in der Rechtsprechung *Rieble* (Fn. 7), S. 13 mit Hinweis auf eine Entscheidung des VG Bremen.

<sup>46</sup> *Rieble* (Fn. 7), S. 79 ff. plädiert ausdrücklich für einen wissenschaftsrechtlichen Plagiatsbegriff, der den Eigengesetzlichkeiten des Wissenschaftsbetriebs ausdrücklich Rechnung trägt.

### 3. Zwei Juristen – ein Gedanke

Eine Sondersituation liegt dann vor, wenn ein Gedanke eigenständig entwickelt und sogar vertieft begründet wird, der sich später dann bei einem anderen Autor findet. Klar ist, dass das anderweitige Auftauchen desselben Gedankens in der Literatur in einer redlichen wissenschaftlichen Arbeit nicht unterschlagen werden kann. Allerdings muss der eigene schöpferische Anteil an diesem Gedanken auch nicht vollständig unter den Tisch fallen. Man wird aber nach der Art des Gedankens, um den es geht, differenzieren müssen:

Man kann – vor allem wenn es um ‚kleinere Ideen‘ geht – beispielsweise durch die Wendung „So auch...“, „Ähnlich auch...“ in den Fußnoten zum Ausdruck bringen, dass der Gedanke nicht einfach übernommen wurde. Betritt man mit dieser Idee weitgehend juristisches Neuland, kann auch die eigene sprachliche Fassung einer ‚kleinen Idee‘ bereits ein hinreichendes Maß an Eigenständigkeit aufweisen, das es erlaubt, den Gedanken als jedenfalls ‚auch eigenen‘ auszuweisen.

Bei komplexeren Argumentationen, bei ‚großen Ideen‘ bietet es sich an, den eigenen und den aufgefundenen Gedankengang im Hinblick auf den herangezogenen Kontext, den Gang der Argumentation, die Art der Argumentation und das gefundene Ergebnis synoptisch zu vergleichen und nach „differences that make a difference“ (*G. Bateson*) zu suchen. Selten nur wird der gleiche Gedanke auch derselbe Gedanke sein. Vielmehr wird es zumeist Unterschiede im Detail geben, werden Begründungen auf eine bestimmte Problemkonstellation hin zugeschnitten, die auf andere Konstellationen nicht passen; das Ergebnis kann gleich, die Begründungen können aber verschieden sein. Der Stellenwert der eigenen Idee ändert sich damit: An die Stelle des Malens eines neuen Bildes tritt der Versuch, sich von einem bereits vorgefundenen geistigen Bild ‚farblich‘ abzuheben. Dies kann sehr interessant und weiterführend sein, ein Rest an enttäuschem Schöpferehrgeiz bleibt aber natürlich trotzdem.

Letztlich verweist die Frage nach dem Umgang mit dem ‚Zwei Juristen – ein Gedanke‘-Problem auf die Standards der Literaturlauswertung. Diese variieren zwischen den literarischen Skalenendpunkten einer Anfängerhausarbeit auf der einen Seite und der großen juristischen Monographie auf der anderen Seite. Schon von einer guten Anfängerhausarbeit wird man allerdings erwarten, dass sie verschiedene Literaturgattungen zum Thema konsultiert, neben Lehrbüchern, Aufsätzen, Rechtsprechung und Kommentaren eben auch die eine oder andere einschlägige Monographie, Festschriftenaufsätze oder Beiträge aus den großen Quartalszeitschriften wie dem AcP, dem AöR, der ZStW, dem Wissenschaftsrecht usw.

Monographisch angelegte Arbeiten greifen nicht wesentlich über diese Gattungen hinaus, erweitern ihren Horizont aber oft in den Bereich fachfremder Literatur. Vor allem aber wird von ihren Autoren ein größerer Überblick über die prinzipiell unübersehbare Flut an Literatur erwartet. Mängel der Literaturkenntnis sind für ihre Autoren daher in größerem Maße vorwerfbar, als es bei Prüfungshausarbeiten von Studienanfängern der Fall ist, die oftmals eine Konsultation sehr tiefgehender Literatur gar nicht verlangen. Vollständigkeit

der Literaturlauswertung ist allerdings hier wie dort ein hehres Ziel, das praktisch kaum (noch) erreichbar sein wird.

#### IV. Resümee

Die Affäre um die Doktorarbeit des Karl-Theodor von und zu Guttenberg hat neben ihrer politischen Dimension auch rechtliche und wissenschaftliche Aspekte. Sie hat den Blick auf die copy and paste-Verführungen des Internetzeitalters und deren Bedeutungen gerade auch für (rechts-)wissenschaftliches Arbeiten gelenkt.<sup>47</sup>

Dabei ist deutlich geworden, dass wissenschaftliches Arbeiten heute in viel stärkerem Maße durch die Arbeiten anderer Wissenschaftler kontextualisiert ist, als es ein idealisiertes Bild von Wissenschaft nahelegt. Vieles wurde bereits so oder ähnlich gedacht und geschrieben. Das ‚erlöst‘ Studierende von den übersteigerten Ansprüchen an die inhaltliche Originalität eigener Prüfungsarbeiten. In der Rechtswissenschaft als dogmatikgeprägter Disziplin, die stets zwischen Theorie und Praxis steht, gilt dies in besonderer Weise.

Gleichzeitig wächst aber den Regeln guter wissenschaftlicher Praxis als den ‚akademischen Anstandsregeln‘ größere Bedeutung zu. Ein quellenbewusster und quellenredlicher Umgang mit eigenen und fremden Erkenntnissen ist notwendig. Der Wert einer wissenschaftlichen Arbeit erweist sich nämlich bislang nicht in einer ebay-Auktion, sondern an ihrer handwerklichen Solidität und ihrer inhaltlichen Anschlussfähigkeit an das wissenschaftliche Gespräch, das auf akademische Redlichkeit weniger denn je verzichten kann.

---

<sup>47</sup> Dazu auch *Rieble* (Fn. 7), S. 50 ff., der sich unter dem Blickwinkel der Plagiatsprävention auch kritisch zur sog. open access-Bewegung äußert, passim.

# Der Europäische Stabilitätsmechanismus: Eine Analyse der Regelungen und ihrer Vereinbarkeit mit Europarecht

Von Rechtsreferendar **Julian Heß**, LL.M., Lübeck\*

## I. Einleitung

Die aktuelle Schulden- und Haushaltskrise einiger Mitgliedstaaten der Euro-Zone hat das mit dem Vertrag von Maastricht etablierte System der Währungsunion – verstanden als eine über die Stabilitätskriterien und den Stabilitätspakt definierte Solidargemeinschaft – erodieren lassen.<sup>1</sup> Wie konnte es dazu kommen?

### 1. Konsolidierung mit Geburtsfehlern

Die Ursachen für diese Entwicklung sind vielfältig. Die Währungsunion, die entgegen den ursprünglichen Vorstellungen Deutschlands weder eine echte Politische Union werden durfte<sup>2</sup> noch – anders als der Wortlaut des Vertrages (vgl. nur Art. 3 Abs. 4 EUV) vermuten lässt – eine Wirtschaftsunion im strengen Sinne wurde,<sup>3</sup> ist mit diversen Geburtsfehlern belastet.

In langwierigen Verhandlungen konnten sich die teilnehmenden Mitgliedstaaten lediglich auf eine unabhängige Europäische Zentralbank (EZB) sowie Stabilitätskriterien samt Stabilitätspakt einigen. Letzterer war ein entscheidender Pfeiler der Wirtschafts- und Währungsunion. Verabschiedet wurde der Stabilitäts- und Wachstumspakt durch den Europäischen Rat im Jahr 1997.<sup>4</sup> Er ergänzte die Vertragsbestimmungen, in deren Rahmen die Währungsunion nach Art. 105 EGV als Stabilitätsgemeinschaft konzipiert wurde<sup>5</sup> und zielte auf die Einhaltung der Haushaltsdisziplin durch die Mitgliedstaaten ab. Man vertraute darauf, dass betroffene Mitgliedstaaten angesichts sich verschlechternder Finanzierungsbedingungen an den Märkten rechtzeitig Haushaltssanierungen vornehmen würden.

Während die Geld- und Wechselkurspolitik fast vollständig auf die Gemeinschaftsebene übertragen wurde, liegt die wirtschafts- und haushaltspolitische Verantwortung weiterhin in den Händen der Mitgliedstaaten. Angesichts dieser „Konstruktionsfehler“ musste man zwangsläufig auf die Sicherung der mitgliedstaatlichen Haushaltsdisziplin durch das Korrektiv der Märkte setzen. Dieses Regulativ, das bei Mitgliedsta-

ten mit zu hohem Defizit und daher größerem Risiko die Kreditgewährung verteuern oder beschränken sollte,<sup>6</sup> hat versagt.

### 2. Jüngste Reformbemühungen

Die dramatischen Entwicklungen der Jahre 2010 und 2011 in Ländern wie Griechenland, Irland und Portugal verdeutlichten auf drastische Weise, dass die unionsrechtliche Aufsicht über die nationalen Schuldenpolitiken im Rahmen des Stabilitätspaktes einerseits und die Märkte als Sanktionsmechanismus andererseits nicht mehr ausreichen, um die Stabilität der gemeinsamen Währung zu sichern.

Zunächst verständigte sich der Europäische Rat auf seiner Tagung vom 28. und 29. Oktober 2010 darauf, die bisherige Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) ab 1. Januar 2013 durch einen dauerhaften Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) abzulösen.<sup>7</sup>

Auf seiner Tagung am 24. und 25. März 2011 beschloss der Europäische Rat daher die Änderung des Art. 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) im Wege des Vereinfachten Änderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist.<sup>8</sup> Dem Art. 136 AEUV wird folgender Absatz hinzugefügt:

„Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“

Den Vereinbarungen vom 24. und 25. März 2011 folgend werden in den nächsten Monaten auf Ebene der Mitgliedstaaten der Euro-Zone der völkerrechtliche Vertrag zur Errichtung des ESM sowie die Änderungen des EFSF-Rahmenvertrags ausgearbeitet.

Dieser Beitrag analysiert die rechtliche Ausgestaltung des ESM und geht der Frage nach, ob in dem angekündigten Vorgehen, den ESM in Form eines völkerrechtlichen Vertrags zu errichten, eine unzulässige Umgehung des Art. 48 EUV liegt.

\* Der *Autor* ist Rechtsreferendar am Landgericht Lübeck. Er studierte an der Universität Passau Rechtswissenschaften und absolvierte am Europa-Institut der Universität des Saarlandes den Magisterstudiengang „Europäische Integration“.

<sup>1</sup> *Calliess*, „Das europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro – Von der Rechtsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft?“, FCE 01/11, S. 60 ([www.whi-berlin.eu/documents/Rede\\_Calliess.pdf](http://www.whi-berlin.eu/documents/Rede_Calliess.pdf) [zuletzt abgerufen am 24.5.2011]).

<sup>2</sup> *Von Kyaw*, Auf der Suche nach Deutschland, 2009, S. 277.

<sup>3</sup> *Calliess* (Fn. 1), S. 60.

<sup>4</sup> Der Pakt besteht aus der Entschließung des Europäischen Rates vom 17.6.1997 über den Stabilitäts- und Wachstumspakt und zwei Ratsverordnungen, VO EG/1446/97 und VO EG/1467/97.

<sup>5</sup> *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl. 2009, § 19 Rn. 22 ff.

<sup>6</sup> *Bandilla*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, 40. Lfg. 2009, Art. 103 EGV Rn. 1.

<sup>7</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 28./29.10.2010, EUCO 25/1/10 REV 1, CO EUR 18, CONCL 4, S. 2.

<sup>8</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 16./17.12.2010, EUCO 30/10, CO EUR 21, CONCL 5, S. 6.



## II. Die Regelungen des Vertrages zur Errichtung eines ESM

Der auf Grundlage des Art. 136 Abs. 3 AEUV n.F. zu schaffende ESM wird sich in seiner Funktionsweise an dem noch bis 2013 bestehenden EFSF<sup>9</sup> orientieren.<sup>10</sup>

### 1. Institutionelle Form

Der ESM wird durch einen Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets als zwischenstaatliche Organisation nach dem Völkerrecht eingerichtet werden.<sup>11</sup> Die Satzung des ESM wird in einem Anhang zum ESM-Vertrag enthalten sein.

Höchstes Entscheidungsorgan wird ein „Verwaltungsrat“ sein, dem die Finanzminister der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets als stimmberechtigte Mitglieder sowie der Wirtschafts- und Währungskommissar und der Präsident der EZB als (nicht stimmberechtigte) Beobachter angehören. Er entscheidet im gegenseitigen Einvernehmen<sup>12</sup> über die Gewährung von Finanzhilfen, die Bedingungen unter denen diese gewährt werden, die Darlehenskapazität des ESM und etwaige Änderungen des Instrumentariums.<sup>13</sup>

Mitgliedstaaten, die dem Euro-Währungsgebiet in Zukunft beitreten, werden zudem automatisch Mitglied des ESM mit sämtlichen Rechten und Pflichten.<sup>14</sup>

### 2. Verfahren

Finanzhilfen des ESM werden stets nur auf Ersuchen eines Mitgliedstaats an die anderen Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets aktiviert (Antragsprinzip).<sup>15</sup>

Der Zugang zu einer Finanzhilfe des ESM soll nur unter „strengen Auflagen“ im Rahmen eines makroökonomischen Anpassungsprogramms gewährt werden.

So begrüßenswert diese deutliche Formulierung auch ist, die Erfahrungen der vergangenen Jahre zeigen, dass sich solche Vereinbarungen schnell als wirkungslos entlarven, wenn es am politischen Willen der Mitgliedstaaten zu ihrer Durchsetzung und der konsequenten Sanktionierung von Verstößen fehlt. So war bereits die Gewährung von Finanzhilfen im Rahmen des EFSF rechtlich höchst umstritten<sup>16</sup> und im Ergebnis wohl mit dem Unionsrecht, insbesondere den Regelungen der Art. 122 und 125 AEUV, nicht vereinbar. Rechtsgrundlage für den „Euro-Rettungsschirm“ soll Art. 122 Abs. 2 AEUV sein, der jedoch nicht passt,<sup>17</sup> da die Überschuldung eines Mitgliedstaats selbst dann, wenn ein Staatsbankrott droht, weder eine Naturkatastrophe darstellt noch ein „außergewöhnliches Ereignis, das sich der Kontrolle des Staates entzieht“ im Sinne der Norm. Die umfassende Machtbefugnis, die jeder Staat für sich in Anspruch nimmt, reicht stets sowohl zur Steigerung der Staatseinnahmen, etwa durch Anhebung der Steuerlast, als auch zur rechtzeitigen Rückführung finanzwirksamer staatlicher Aufgaben aus. Ein Mitgliedstaat muss sich Verfehlungen seiner Wirtschafts- und Budgetpolitik als verantwortlich entgegenhalten lassen.<sup>18</sup>

Auch der Stabilitätspakt wurde durch die wiederholten, nicht sanktionierten Verstöße Deutschlands und Frankreichs faktisch außer Kraft gesetzt und im Zuge seiner Reform im Jahr 2005 rechtlich erheblich abgeschwächt. Dies zeigt deutlich die erschwerte Durchsetzbarkeit rechtlicher Sanktionsmechanismen im Krisenfall infolge des politischen Charakters der Währungsunion.

Die Entscheidungen über die Gewährung von Finanzhilfen durch den Verwaltungsrat des ESM werden detaillierte Faktenkenntnis und -analyse erfordern. Maßgebliche Grundlage wird die Schuldentragfähigkeitsanalyse sein, die gemeinsam von der Kommission und dem Internationalen Währungsfonds (IWF) in Absprache mit der EZB erstellt wird.<sup>19</sup> Die strengen politischen Bedingungen, die mit einer gemeinsamen Unterstützung durch ESM und IWF verbunden sind,

<sup>9</sup> Herzstück des bisherigen Rettungsschirms ist die koordinierte zwischenstaatliche Kreditgewährung. Diese findet ihre Grundlage in einem Beschluss der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen des Euro-Währungsgebietes vom 10.5.2010 zur Übernahme abgestimmter Kreditausfallbürgschaften in Höhe von bis zu 440 Mrd. Euro (vgl. Rats-Dok. 9614/10). Daneben wurde ein Stabilisierungsfonds in Höhe von 80 Mrd. Euro durch die Mitgliedstaaten der Euro-Zone eingerichtet, der auf der gem. Art. 122 Abs. 2 AEUV erlassenen VO EU/407/2010 beruht.

<sup>10</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 16./17.12.2010 (Fn. 8), S. 1.

<sup>11</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011, EUCO 10/11, CO EUR 6, CONCL 3, S. 22.

<sup>12</sup> Ein im gegenseitigen Einvernehmen gefasster Beschluss ist ein Beschluss, der mit Einstimmigkeit der an der Abstimmung teilnehmenden Mitgliedstaaten gefasst wird, d.h. Stimmenthaltungen verhindern nicht die Annahme des Beschlusses.

<sup>13</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 23.

<sup>14</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 24.

<sup>15</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 27.

<sup>16</sup> Vgl. zum Streitstand: *Bandilla* (Fn. 6), Art. 103 EGV Rn. 3 ff.; *Gnan*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 103 EGV Rn. 9 ff.; *Hattenberger*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 103 EGV Rn. 1; *Häde*, EuZW 2009, 399 (402); *Herrmann*, EuZW 2010, 413 (415); *Fassbender*, NVwZ 2010, 799 (801); *Frenz/Ehlenz*, EWS 2010, 65 (67); *Jeck/Van Roosebeke/Voßwinkel*, „Keinen Euro nach Athen tragen – Warum ein Bail-out Griechenlands ökonomisch abzulehnen und juristisch unzulässig ist“, Studie des Centrums für Europäische Politik vom März 2010, S. 13,

[http://www.cep.eu/fileadmin/user\\_upload/Weitere\\_Themen/CEP\\_Studie\\_Keinen\\_Euro\\_nach\\_Athen\\_tragen.pdf](http://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Weitere_Themen/CEP_Studie_Keinen_Euro_nach_Athen_tragen.pdf) (zuletzt abgerufen am 24.5.2011).

<sup>17</sup> *Seidel*, EuZW 2011, 241.

<sup>18</sup> *Seidel*, EuZW 2011, 241.

<sup>19</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 26.

sollen gemeinsam von der Kommission und dem IWF in Absprache mit der EZB und dem antragstellenden Mitgliedstaat ausgehandelt werden. Dass hierbei die Mitgliedstaaten nicht eingebunden sind, ist begrüßenswert. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Verhandlungen politisch interessengesteuert würden. Bereits im Rahmen des Stabilitätspaktes konnte man sehen, wie es sich auswirkt, wenn Sünder über Sünder richten sollen.

### 3. Handlungsinstrumente

Primäre Aufgabe des ESM wird die Gewährung von kurz- oder mittelfristigen Stabilitätshilfen (ESS) an Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets sein, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben.<sup>20</sup> Diese Finanzhilfen sollen nur unter strenger Konditionalität gewährt werden.

In der bisherigen rechtswissenschaftlichen Debatte wurde der ökonomischen Dimension der Problematik wenig Beachtung geschenkt. Auch dieser Beitrag kann dies nicht leisten, möchte jedoch einige politökonomische Probleme aufzeigen. Das noch im Vertrag von Maastricht verankerte Prinzip, wonach die Mitgliedstaaten der Euro-Zone für ihre Haushaltspolitik und damit auch für die Bedingungen ihrer Refinanzierung selbst verantwortlich sind, wird durch die Einführung des ESM faktisch aufgehoben. Der ESM schafft vielmehr eine Gefahrenlage für den Euro, deren Abwendung er eigentlich dienen soll, indem er die Unabhängigkeit der EZB gefährdet und damit die Glaubwürdigkeit ihrer auf Geldwertstabilität ausgerichteten Geldpolitik erschwert.<sup>21</sup> Auf lange Sicht ist es allein die Inflationsneigung einer Zentralbank, welche die Stärke oder Schwäche einer Währung maßgeblich bestimmt.<sup>22</sup> Bisher war der Track-Record der EZB diesbezüglich hervorragend. Es bleibt abzuwarten, ob dies auch in Zukunft so bleibt. Die Überschuldung Griechenlands oder der Quasi-Bankrott der irischen Banken können dem Euro nicht nachhaltig schaden. Wer dies behauptet, verkennt grundlegende ökonomische Zusammenhänge.<sup>23</sup> Weder eine Umschuldung in Griechenland noch der Staatsbankrott eines peripheren Euro-Landes oder dessen Austritt aus der Währungsunion würden dem Euro auf lange Sicht schaden, solange insbesondere die EZB an ihrem stabilitätsorientierten Kurs festhält. Einzig kurzfristige Wechselkurschwankungen wären die Folge.

Eine weitere Gefahrenquelle für den Euro stellt das Rettungspaket des ESM selbst dar. Wann immer umfangreiche Rettungsaktionen nötig werden und die wettbewerbsfähigen Länder der Euro-Zone deswegen größere Beträge entrichten müssen, könnte dies die Verschuldungssituation auch von Kernländern der Euro-Zone wie Deutschland und Frankreich

so stark verschlechtern, dass an der Wirtschaftskraft der Euro-Zone als Ganzes Zweifel aufkämen.<sup>24</sup>

Weiterhin soll der ESM künftig die Anleihen eines Mitgliedstaats, der schwerwiegende Finanzierungsprobleme hat, am Primärmarkt ankaufen können. Damit setzt er den „stabilitätspolitischen Sündenfall“ der EZB fort, auf dem Sekundärmarkt Staatsanleihen von Mitgliedstaaten der Euro-Zone aufzukaufen.

Ab Juli 2013 werden in alle neuen Staatsschuldtitel des Euro-Währungsgebiets mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr Umschuldungsklauseln (Collective Action Clauses)<sup>25</sup> aufgenommen.<sup>26</sup> Diese Umschuldungsklauseln erlauben es, private Wertpapiergläubiger im Fall einer Staatsinsolvenz zu einem gemeinsamen Handeln zu vereinigen, wodurch ein mögliches Umschuldungsverfahren eines Mitgliedstaates von vornherein in geordnete Bahnen geleitet werden kann.

Eine weitere Neuerung ist die unter dem ESM nun mögliche, aber nur „fallweise“ vorgesehene Beteiligung privater Gläubiger im Fall einer finanziellen Notlage. Nur in dem „unwahrscheinlichen“ Fall, dass ein Mitgliedstaat aufgrund der von der Kommission, dem IWF und der EZB vorgenommenen Schuldentragbarkeitsanalyse als insolvent befunden wird, hat er mit seinen privaten Gläubigern einen Restrukturierungsplan auszuhandeln.<sup>27</sup> Bei der Gewährung von Finanzhilfen durch den IWF gehört diese Gestaltungsmöglichkeit zum „Standardrepertoire“. Dagegen sollen private Anleger gemäß den – unverbindlichen – Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 24. und 25. März 2011 „ermutigt werden“, sich an Schuldenumstrukturierungen zu beteiligen, bzw. es wird „je nach Einzelfall eine Beteiligung des Privatsektors in angemessener und verhältnismäßiger Form erwartet“<sup>28</sup>. Festzustellen bleibt demnach, dass eine Beteiligung privater Investoren auch im Rahmen des ESM nur unzureichend erfolgen soll.

Der ESM schwächt im Ergebnis die Glaubwürdigkeit des Euro-Raums, schafft Anreize zu einer undisziplinierten Haushaltspolitik. Die fundamentalen Strukturprobleme einiger Mitgliedstaaten kann er ohnehin nicht lösen.

### 4. Volumen

Der ESM hat ein gezeichnetes Kapital von insgesamt 700 Mrd. EUR. Davon werden 80 Mrd. EUR von den Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets ab Juli 2013 in fünf gleichen jährlichen Tranchen eingezahlt.<sup>29</sup> Darüber hinaus ver-

<sup>20</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 25.

<sup>21</sup> Jeck/Van Roosebeke/Voßwinkel (Fn. 16), S. 13.

<sup>22</sup> Neue Zürcher Zeitung, „Die Mär von der Euro-Rettung“, [http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/die\\_maer\\_von\\_der\\_euro-rettung\\_1.10160242.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/die_maer_von_der_euro-rettung_1.10160242.html) (zuletzt abgerufen am 7.5.2011).

<sup>23</sup> Neue Zürcher Zeitung (Fn. 22).

<sup>24</sup> Neue Zürcher Zeitung (Fn. 22).

<sup>25</sup> Umschuldungsklauseln stellen ein Bündel verschiedener Klauseln dar, die die Rechte der Gläubiger von Staatsanleihen festhalten und gewisse Regelungen zum Schutze der Investoren beinhalten, sollte es zu einer Restrukturierung (Umschuldung) kommen.

<sup>26</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 31.

<sup>27</sup> Calliess (Fn. 1), S. 61.

<sup>28</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 30.

<sup>29</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 24.

fügt der ESM über eine Kombination aus gebundenem abrufbarem Kapital und Bürgschaften der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets in Höhe von insgesamt 620 Mrd. EUR. Nur eine Übersicherung des Kapitals ermöglicht es dem ESM, die höchste Bonitätseinstufung (AAA-Rating) der wichtigsten Kreditratingagenturen zu erhalten und zu bewahren, um zinsgünstig am internationalen Finanzmarkt agieren zu können.

Der Beitragsschlüssel für die Anteile der einzelnen Mitgliedstaaten der Euro-Zone am gezeichneten Gesamtkapital des ESM richtet sich nach dem Aufteilungsschlüssel für das eingezahlte Kapital der EZB.<sup>30</sup> Mit der Ratifizierung des Vertrags zur Einrichtung des ESM verpflichten sich die Mitgliedstaaten rechtlich, ihren Anteil am gezeichneten Gesamtkapital bereitzustellen.

Die Darlehenskapazität des ESM soll nach Möglichkeit durch die Beteiligung des IWF an Finanzhilfemaßnahmen ergänzt werden. Die Beteiligung des IWF unterstreicht dessen traditionelle Rolle als „Lender of Last Resort“ für Staaten mit Zahlungseingipfen.<sup>31</sup> Daneben können sich auch Mitgliedstaaten, die dem Euro-Währungsgebiet nicht angehören, auf Ad-hoc-Basis beteiligen,<sup>32</sup> was das Vereinigte Königreich, Dänemark und Schweden im Rahmen der Finanzhilfen für Irland bereits getan haben.<sup>33</sup>

### III. Umgehung des Art. 48 EUV

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Kodifizierung des ESM im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrages durch die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Euro-Zone eine unzulässige Umgehung des Art. 48 EUV darstellt. Die Europäische Union (EU) hat schon früher flexibilisierte Integration betrieben. Möglicherweise handelt es sich beim ESM um ein den Schengener Verträgen<sup>34</sup> oder dem Prümer Vertrag<sup>35</sup> vergleichbares Vorgehen. Diesen Verträgen ist gemein, dass es sich um völkerrechtliche Verträge handelt, in deren Rahmen eine auf völkerrechtlichen Grundsätzen

basierende Zusammenarbeit realisiert wurde, die erst zu einem späteren Zeitpunkt „vergemeinschaftet“ wurde.<sup>36</sup>

#### 1. Verstärkte Zusammenarbeit gem. Art. 20 EUV i.V.m. Art. 326 ff. AEUV

Mitgliedstaaten, die untereinander eine Verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen der nicht ausschließlichen Zuständigkeit der Union begründen möchten, können dies nach Maßgabe der Art. 20 EUV und der Art. 326 ff. AEUV tun. Da sich der ESM diverser EU-Organe bedient (u.a. des EuGH, der Europäischen Kommission und der EZB) und die Weiterentwicklung eines Politikbereiches der EU zum Inhalt hat, könnte eine Verstärkte Zusammenarbeit vorliegen. Fraglich ist, ob deren Voraussetzungen erfüllt sind:

Nach Art. 329 Abs. 1 AEUV ist eine verstärkte Zusammenarbeit in Bereichen, für welche die EU die ausschließliche Zuständigkeit hat, unzulässig. Zur ausschließlichen Zuständigkeit der Union gehört nach Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV auch die Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist. Zu prüfen ist daher, ob davon auch die Regelungen erfasst sind, die der Vertrag zur Errichtung des ESM enthalten soll.

Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV meint Währungspolitik, einschließlich der Geldpolitik, der Überwachung der Stabilitätskriterien für den Euro und der Ausgabe der Euro-Währung entsprechend den Vorschriften des AEUV.<sup>37</sup> Damit sind insbesondere die Rechtsgrundlagen in Art. 128, Art. 129, Art. 132 und Art. 133 AEUV erfasst, ferner die Art. 136 ff. AEUV, die besondere Bestimmungen für Mitgliedstaaten enthalten, deren Währung der Euro ist.<sup>38</sup> Aufgabe des ESM wird es sein, Finanzmittel zu mobilisieren und den Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben, Finanzhilfen bereitzustellen. Zumindest von seinem Sinn und Zweck ist der Vertrag zur Errichtung des ESM damit der gemeinsamen Währungspolitik im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV zuzuordnen. Gesunde öffentliche Finanzen zählen zu den Grundvoraussetzungen der gesamten Wirtschafts- und Währungsunion (vgl. Art. 119 Abs. 3 AEUV) und damit auch der Stabilität der Unionswährung.<sup>39</sup>

Andererseits lässt sich auch argumentieren, die Regelungen zum ESM seien systematisch der „Wirtschaftspolitik“ zuzuordnen. Dafür spricht zum einen, dass sie eine dauerhafte Fixierung des EFSF bewirken sollen, dessen Rechtsgrundlage bisher Art. 122 Abs. 2 AEUV und das entsprechende

<sup>30</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 24.

<sup>31</sup> Thym, EuZW 2011, 167 (169).

<sup>32</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 33.

<sup>33</sup> Die Welt, „Irland bekommt 85 Milliarden von der EU“, <http://www.welt.de/wirtschaft/article11274881/Irland-bekommt-85-Milliarden-von-der-EU.html> (zuletzt abgerufen am 5.5.2011).

<sup>34</sup> S. konsolidierte Zusammenfassung des „Schengen-Besitzstandes“, ABl. EG Nr. L 239 v. 22.9.2000, S. 1 ff.

<sup>35</sup> Vertrag vom 27.5.2005 zwischen dem Königreich Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, dem Großherzogtum Luxemburg, dem Königreich der Niederlande und der Republik Österreich über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration (Prümer Vertrag), BGBl. II 2006, S. 626.

<sup>36</sup> Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam 1997 erfolgt der Beitritt zum Schengener Abkommen gem. Art. 8 des EUV Protokolls 2 automatisch mit einem Beitritt zur EU. Die Regelungen des Prümer Vertrags wurden durch Beschluss der Justiz- und Innenminister der Mitgliedstaaten der EU vom 15.2.2007 in das EU-Recht überführt.

<sup>37</sup> Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 3 AEUV, Rn. 4.

<sup>38</sup> Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Kommentar zum EUV/AEUV, 41. Lfg. 2010, Art. 3 AEUV Rn. 17.

<sup>39</sup> Faßbender, NVwZ 2010, 799 (800).

Sekundärrecht<sup>40</sup> darstellt. Gegen eine solche Einordnung kann allerdings angeführt werden, dass sich die Staats- und Regierungschefs bewusst dagegen entschieden haben, die Rechtsgrundlage für den ESM in den Art. 120 ff. AEUV über die Wirtschaftspolitik anzusiedeln; vielmehr wurde diese in Art. 136 AEUV im Kapitel 4 über die „Besonderen Bestimmungen für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist“, geschaffen. Zudem werden die Mitgliedstaaten der Euro-Zone durch den ESM hinsichtlich der Bewertung ihrer Bonität nicht mehr konsequent den Kapitalmärkten ausgesetzt. Damit setzt der ESM einen der wesentlichen Eckpunkte des Stabilitätsprinzips der Währungspolitik außer Kraft und entwickelt Letztere weiter. Überzeugender erscheint es daher, einen Eingriff in die ausschließliche Zuständigkeit der EU zu bejahen.

Weiterhin erfordert die Zulässigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit, dass diese gem. Art. 20 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EUV darauf gerichtet ist, die Ziele der EU zu fördern, ihre Interessen zu schützen und diesen zu dienen sowie den Integrationsprozess zu stärken. Zumindest die Intention, die Euro-Zone und damit eines der Kernprojekte der Europäischen Integration nachhaltig zu stärken, kann man den handelnden Staats- und Regierungschefs nicht absprechen. Ob ein derartiges Handeln für die Stabilität des Euro eine größere Gefahr bedeutet als z.B. die kontrollierte Staatsinsolvenz eines Mitgliedstaates der Euro-Zone, stellt eine wirtschaftspolitische Frage dar, deren Beantwortung eine rechtlich nicht überprüfbare Prognoseentscheidung voraussetzt.

Die Regelungen des ESM stellen aber ferner eine unzulässige Behinderung oder Diskriminierung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten gem. Art. 326 S. 3 AEUV dar und verzerren die Wettbewerbsbedingungen. Die Regeln über den Wettbewerb gelten grds. auch zwischen den Mitgliedstaaten der EU. Die europäischen Verträge enthalten eine politökonomische Systemausrichtung hin zur wirtschaftlichen Integration, sprich der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes und eines Binnenmarktes möglichst frei von Handelshemmnissen.<sup>41</sup> In Art. 119 AEUV verpflichtet sich die EU dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb. Diese Ausrichtung gilt gem. Art. 120 und 127 AEUV auch für die Wirtschafts- und Währungspolitik. Die Regeln einer Marktwirtschaft gelten daher auch für die Mitgliedstaaten, will man Gemeinsamen Markt (mit gemeinsamer Währung) und Binnenmarkt als „Märkte“ im klassischen Sinne verstehen.<sup>42</sup>

Es stellt sich die Frage, ob durch die finanzielle Solidarität für überschuldete Staaten in der Währungsunion „ein effizienter Einsatz der Ressourcen“ im Sinne des Wettbewerbsbegriffs ermöglicht und gefördert wird. Sofern ein Staat seine Haushaltskrise selbst (mit-)verschuldet hat, wird man das kaum annehmen können.<sup>43</sup> Wenn laxer Fiskalpolitik und eine dauerhafte Überforderung des Haushaltes unter Verstoß

gegen die geltenden Maastricht-Kriterien des Stabilitäts- und Wachstumspaktes zu einer Finanzkrise führen, erweisen sich Finanzhilfen als Wettbewerbsverzerrung.

Schließlich dürfte eine verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 EUV nur als letztes Mittel für den Fall aufgenommen werden, dass der Rat zu dem Schluss gelangt, die mit der Zusammenarbeit verfolgten Ziele könnten von der EU in ihrer Gesamtheit nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraumes verwirklicht werden. Auch an dieser Voraussetzung fehlt es. Eine zulässige Form der verstärkten Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten der Euro-Zone stellt die Unterzeichnung des Vertrages zur Errichtung des ESM also aus mehreren Gründen nicht dar.

## 2. Protokoll zum EUV/AEUV

Möglicherweise handelt es sich beim ESM-Vertrag um ein Protokoll zu den europäischen Verträgen. Protokolle zum EUV und AEUV sind gem. Art. 51 EUV gleichrangiger Teil des europäischen Primärrechts. Ihre Rechtsnatur bestimmt sich grundsätzlich nach der Wiener Konvention zum Recht der Verträge (WVRK). Sie unterfallen demnach dem Begriff der Übereinkünfte im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. a WVRK und sind definiert als „eine in Schriftform geschlossene und vom Völkerrecht bestimmte internationale Übereinkunft zwischen Staaten, gleichviel ob sie in einer oder in mehreren zusammengehörigen Urkunden enthalten sind [...]“. Bei den Protokollen zu den europäischen Verträgen handelt es sich um völkerrechtliche Übereinkünfte der Mitgliedstaaten, die neben den Gründungsverträgen eigenständige Absprachen enthalten.<sup>44</sup> Zweckmäßig ist diese Handlungsform insbesondere, wenn die Protokolle den Wortlaut des Vertrages ergänzen sollen, wie dies z.B. bei Protokoll Nr. 12 über das Verfahren bei übermäßigem Defizit und das Protokoll Nr. 13 über die Konvergenzkriterien nach Art. 140 AEUV der Fall ist.

Für eine Einordnung des ESM-Vertrages als Protokoll zu den europäischen Verträgen spricht, dass die Bedingungen und Modalitäten für die Finanzhilfen des ESM in Ratsbeschlüssen festgehalten werden, wodurch eine Übereinstimmung mit dem Rahmen der multilateralen Überwachung der EU herbeigeführt werden kann.<sup>45</sup> Die im Zuge einer verstärkten Überwachung oder eines makroökonomischen Anpassungsprogramms festgelegten politischen Auflagen des ESM sollen im Einklang mit dem Überwachungsrahmen der EU stehen<sup>46</sup>. Sie müssen zudem die Einhaltung der EU-Verfahren garantieren. Auch beim ESM-Vertrag könnte man an ein solches Vorgehen denken.

<sup>44</sup> Schwartz, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 16), Art. 311 EGV Rn. 1.

<sup>45</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 28.

<sup>46</sup> Zu diesem Zweck beabsichtigt die Kommission, eine Verordnung vorzuschlagen, in der die erforderlichen Verfahrensschritte nach Artikel 136 des Vertrags zur Verankerung der politischen Auflagen in Beschlüssen des Rates und zur Gewährleistung der Übereinstimmung mit dem Rahmen der multilateralen Überwachung der EU präzisiert werden.

<sup>40</sup> Insbesondere die VO EU/407/2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus.

<sup>41</sup> Sonder, ZRP 2011, 33 (34).

<sup>42</sup> Sonder, ZRP 2011, 33 (35).

<sup>43</sup> Sonder, ZRP 2011, 33 (34).



Für die Protokolle gilt jedoch ebenfalls, dass sie als integraler Bestandteil des europäischen Primärrechts nur im Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV beschlossen oder geändert werden können.<sup>47</sup> Da sie zum primären Gemeinschaftsrecht gehören, gelten für sie dieselben Auslegungs-, Anwendungs- und Abänderungsregeln wie für die europäischen Verträge selbst.

Außerdem ist ein Protokoll im Sinne des Art. 51 EUV nur gegeben, wenn die vertragliche Nebenregelung ausdrücklich als solches gekennzeichnet ist und sich aus dem gegenseitigen Einverständnis der Mitgliedstaaten die Absicht ergibt, dass die Vereinbarung Bestandteil des Vertrags werden sollen.<sup>48</sup> Genau diese Absicht fehlt beim völkerrechtlichen Vertrag zur Einrichtung des ESM. Die Mitgliedstaaten haben bewusst das intergouvernementale Vorgehen gewählt.

### 3. Vertragsänderungsverfahren, Art. 48 EUV

Zu untersuchen ist weiter, ob im Hinblick auf den Abschluss des Vertrags zur Errichtung des ESM überhaupt der Anwendungsbereich des Art. 48 EUV eröffnet ist.

Änderungen der vertraglichen Grundordnung der EU durch Ausdehnung oder Verringerung der übertragenen Kompetenzen erfolgen ausschließlich durch ordentliches Änderungsverfahren nach Art. 48 EUV.<sup>49</sup> Der Systematik des Art. 48 EUV liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die Verfahrensanforderungen umso höher sind, je bedeutender die Vertragsänderung ist.<sup>50</sup> Änderungsgegenstand sind die europäischen Verträge mit allen ihren Bestandteilen. Der Begriff der Änderung erfasst alle Änderungen des Wortlautes (z.B. durch Ergänzungen, Aufhebung oder Hinzufügen neuer Vorschriften) und des Inhalts.<sup>51</sup>

Ein völkerrechtlicher Vertrag über den ESM stellt eine Fortentwicklung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten der Euro-Zone dar, ohne dass der Wortlaut der vertraglichen Grundlagen geändert wird. Kompetenzen und Handlungsinstrumentarien der Mitgliedstaaten der Euro-Zone im Rahmen der Währungs- und Wirtschaftspolitik werden durch den ESM erweitert (s.o.). Der geplante ESM betrifft die grundlegende Ausrichtung der Wirtschafts- und Währungsunion, indem er überschuldete Euro-Staaten gerade nicht mehr konsequent den Zinsmechanismen der Finanzmärkte aussetzt, wie es die Art. 123 bis 125 AEUV vorsehen.<sup>52</sup> Weiterhin lässt sich anführen, dass der ESM einen Schritt hin zu einer vertieften Integration im wirtschaftspolitischen Bereich bedeutet, hin zu einer „Wirtschaftsregierung“. Derartige Ände-

runge durch eigenständige völkerrechtliche Verträge im Dunstkreis der EU müssen nach Art. 48 EUV vorgenommen werden, soweit sie inhaltlich im Gegensatz zum geltenden Unionsrecht stehen.<sup>53</sup>

Der völkerrechtliche Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten der Euro-Zone zur Errichtung des ESM weist einen hinreichend engen Bezug zu den europäischen Verträgen auf. Die Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV n.F. verdeutlicht, dass die Regelungen eines ESM bisher keine ausdrückliche Rechtsgrundlage in den Verträgen fanden.<sup>54</sup> Dafür spricht auch, dass jeder weitere Mitgliedstaat, der dem Euro-Währungsgebiet beitrifft, automatisch Mitglied des ESM mit sämtlichen Rechten und Pflichten werden soll.<sup>55</sup> Die vorzunehmenden Regelungen des ESM ändern das Unionsrecht und stehen im Gegensatz zu diesem. Damit ist der Anwendungsbereich des Art. 48 EUV eröffnet.

### 4. Nicht-förmliche Änderungsverfahren

Problematisch ist das Verhältnis förmlicher Vertragsänderungen nach Art. 48 EUV zu nichtförmlichen nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen. Gemäß Art. 40 Abs. 1 WVRK richtet sich das Verfahren zur Änderung von Gründungsverträgen internationaler Organisationen nach den in solchen Verträgen enthaltenen besonderen Vorschriften.<sup>56</sup> Damit haben sich die Mitgliedstaaten der EU – das völkerrechtliche Vertragsschlussverfahren derogierend – unionsrechtlich selbst verpflichtet, ihre vertragsändernde Gewalt nur in den besonderen Formen des Art. 48 EUV auszuüben.<sup>57</sup>

Trotzdem besitzen die Mitgliedstaaten weiterhin die Fähigkeit, wirksame völkerrechtliche Änderungsverträge auch jenseits des Art. 48 EUV abzuschließen. Da weder der EUV noch der AEUV den Mitgliedstaaten die Möglichkeit des Vertragsschlusses in Angelegenheiten der Union außerhalb des Verfahrens nach Art. 48 EUV entzogen haben, können die Staaten als „Herren der Verträge“ entsprechende nicht-förmliche Verträge über die Änderung oder Ergänzung der Gründungsverträge treffen.<sup>58</sup> Auch stellt das in Art. 48 EUV geregelte Verfahren keine Kodifikation von „ius cogens“ des allgemeinen Völkerrechts gem. Art. 53 WVRK dar. Nur dann wäre eine Umgehung des Art. 48 EUV unzulässig.

Die Mitgliedstaaten der Euro-Zone können den ESM also durch völkerrechtlichen Vertrag abschließen. Allerdings stellt sich dann die Frage nach den rechtlichen Folgen eines solchen Vorgehens.

<sup>47</sup> Schwartz, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 16), Art. 311 EGV Rn. 5.

<sup>48</sup> Folz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 6), Art. 311 EGV Rn. 1.

<sup>49</sup> Rathke, in: v. Arnould/Hufeld (Hrsg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2011, S. 188 Rn. 14.

<sup>50</sup> Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, S. 42.

<sup>51</sup> Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur (Fn. 35), Art. 48 AEUV Rn. 2.

<sup>52</sup> Calliess (Fn. 1), S. 62.

<sup>53</sup> Vedder/Folz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 6), Art. 48 EUV Rn. 7.

<sup>54</sup> Bandilla (Fn. 6), Art. 100 EGV Rn. 10 ff.; a.A. Häde, EuZW 2009, 399 (401).

<sup>55</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 24./25.3.2011 (Fn. 11), S. 24.

<sup>56</sup> Vedder/Folz (Fn. 53), Art. 48 EUV Rn. 47; a.A. Schermers/Blokker, International Institutional Law, 3. Aufl. 1995, Rn. 51163.

<sup>57</sup> Rathke (Fn. 49), S. 190 Rn. 18.

<sup>58</sup> Pechstein, in: Streinz (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, 2003, Art. 48 EUV Rn. 9.



## 5. Rechtsfolgen einer Umgehung des Art. 48 EUV

### a) Europarechtliche Rechtsfolgen

Zu unterscheiden ist zwischen der völkerrechtlichen Zulässigkeit einer solchen völkerrechtlichen Vereinbarung und deren Wirkung im Unionsrecht. Innerhalb der Unionsrechtsordnung sind Rechtsakte, die unter Umgehung des Art. 48 EUV ergehen, rechtswidrig.<sup>59</sup> Die Vereinbarungen gehören innergemeinschaftlich nicht zum anwendbaren Recht. Auch in den nationalen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten sind solche unter Umgehung des Art. 48 EUV vorgenommenen Änderungen wegen dessen Vorrang unanwendbar.<sup>60</sup>

Der EuGH kann einen außerhalb des Verfahrens nach Art. 48 EUV geschlossenen Vertrag zwar nicht aufheben, wohl aber einen Vertragsverstoß durch die Mitgliedstaaten in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV feststellen<sup>61</sup>. Dies erfordert eine im Ermessen der Kommission stehende Klage. Der EuGH könnte im Rahmen eines solchen Verfahrens jedoch nicht über die materielle Gültigkeit der Primärrechtsänderung entscheiden, da ihm nach Art. 19 Abs. 1 und Abs. 3 EUV nur die Auslegung und Anwendung der Verträge anvertraut ist; ferner überwacht er, ob die Handlungen der Organe rechtmäßig sind. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit durch den EuGH beseitigt also im Ergebnis nicht die völkerrechtliche Wirksamkeit einer auf Vertragsänderung zielenden völkerrechtlichen Vereinbarung der Mitgliedstaaten.<sup>62</sup>

### b) Verfassungsrechtliche Rechtsfolgen

Aufgrund der Unanwendbarkeit des völkerrechtlichen Vertrages in den nationalen Rechtsordnungen, stellt sich in Deutschland zudem die Frage einer Überprüfbarkeit durch das BVerfG. Die Zulässigkeit früherer Verfassungsbeschwerden beruhte auf möglichen Verletzungen des Wahlrechts. Das erlaubte dem BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde die „Ultra-Vires-Kontrolle“.<sup>63</sup> Dies könnte auch beim Ratifikationsgesetz zum Vertrag über die Errichtung des ESM erfolgen.<sup>64</sup>

Die EU und die Mitgliedstaaten der Euro-Zone setzen sich mit dem aktuellen Vorgehen über Verbote hinweg, die das BVerfG im Maastricht-Urteil noch als Grundlage und Gegenstand des deutschen Zustimmungsgesetzes zur Einführung einer Wirtschafts- und Währungsunion bezeichnet hatte,<sup>65</sup> obwohl das Gericht bereits damals warnte: „Sollte die Währungsunion die bei Eintritt in die dritte Stufe vorhandene Stabilität nicht kontinuierlich im Sinne des vereinbarten Stabilisierungsauftrages fortentwickeln können, so würde sie die vertragliche Konzeption verlassen“<sup>66</sup>. Als Ultima Ratio für einen solchen Fall nannte das BVerfG das Ausscheiden aus

der Euro-Zone.<sup>67</sup> Die „Ultra-Vires-Kontrolle“ greift allerdings nicht, wenn Deutschland außerhalb des EU-Rahmens bilaterale Finanzhilfen auf Grund intergouvernementaler Absprachen gewährt.<sup>68</sup> Bei einer koordinierten Kreditvergabe im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrages geht es weder um den Erlass von EU-Sekundärrecht noch um die Übertragung von Hoheitsrechten. Dies galt im Rahmen des EFSF und nun auch beim Stabilitätsmechanismus.<sup>69</sup> Eine „Ultra-Vires-Kontrolle“ besitzt damit keine Aussicht auf Erfolg. Erwägen könnte man allenfalls eine Verletzung der Verfassungsidentität, die das BVerfG aus der Ewigkeitsklausel und dem Demokratieprinzip ableitet.<sup>70</sup> So ist z.B. die Errichtung einer supranationalen Wirtschaftsregierung durch das Grundgesetz verboten. Ob eine solche mit dem ESM-Vertrag bereits vorliegt, erscheint zweifelhaft.

Möglicherweise besteht die Möglichkeit einer Organklage: Bundestag und Bundesrat kommen nämlich im Rahmen eines Ratifikationsverfahrens nach Art. 59 Abs. 1 S. 2 GG eingeschränkte Beteiligungsrechte zu als im Rahmen des im Falle von Art. 48 EUV anwendbaren Art. 23 Abs. 1 GG, denn Art. 59 GG erfordert lediglich ein Einspruchsgesetz, Art. 23 Abs. 1 GG hingegen ein Zustimmungsgesetz. Diese Umgehung parlamentarischer Mitwirkungsrechte könnten die Organe Bundestag und Bundesrat geltend machen.

Über ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV würde schließlich der Weg zum EuGH führen.<sup>71</sup> Eine mögliche Vorlage an den EuGH hätte zudem den Vorteil, dass bei der Überprüfung des Unionsrechts eine gesamteuropäische Betrachtung durch das Gericht erfolgen würde. Ob es zu einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung des deutschen Ratifikationsgesetzes zum völkerrechtlichen Vertrag über die Errichtung des ESM kommt, bleibt abzuwarten.

## 6. Ergebnis

Die Einrichtung des ESM im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrages stellt eine unzulässige Umgehung des Art. 48 EUV dar. Dies hat zur Folge, dass ein Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV durchgeführt werden müsste, um einen (unionsrechtlich) rechtmäßigen Zustand herzustellen.

## IV. Ausblick und weitere Reformen

### 1. Rechtliche Konsequenzen

Im Rahmen der Tagung des Europäischen Rates im März 2011 wurden über die geplante Vertragsänderung hinausgehende Reformvorschläge für die Wirtschafts- und Währungsunion diskutiert. Unter anderem wurde dabei ein „Pakt für Wettbewerbsfähigkeit“ vorgestellt.<sup>72</sup> In diesem sollen Regeln

<sup>59</sup> Pechstein (Fn. 58), Art. 48 EUV Rn. 9.

<sup>60</sup> Vedder/Folz (Fn. 53), Art. 48 EUV Rn. 47.

<sup>61</sup> Vedder/Folz (Fn. 53), Art. 48 EUV Rn. 48.

<sup>62</sup> Vedder/Folz (Fn. 53), Art. 48 EUV Rn. 49.

<sup>63</sup> BVerfGE 123, 267 (353).

<sup>64</sup> Faßbender, NVwZ 2010, 799 (801).

<sup>65</sup> BVerfGE 89, 155 (205).

<sup>66</sup> BVerfGE 89, 155 (205).

<sup>67</sup> BVerfGE 89, 155 (206).

<sup>68</sup> Thym, EuZW 2011, 167 (169).

<sup>69</sup> Thym, EuZW 2011, 167 (169).

<sup>70</sup> BVerfGE 123, 267 (361).

<sup>71</sup> Faßbender, NVwZ 2010, 799 (803).

<sup>72</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel, 4.2.2011, EUCO 2/11, CO EUR 2, CONCL 1. Dort heißt es: „[...] eine[r] neue[n] Qualität der wirtschaftspolitischen Ko-

aufgestellt werden, mit denen die Unterschiede der Mitgliedstaaten der Euro-Zone in der Lohnpolitik, der Steuerpolitik, der Sozialpolitik und der Haushaltspolitik verringert werden.<sup>73</sup> Grundsätzlich gehen die Vorschläge in die richtige Richtung. Das latente Defizit der europäischen Währungsunion, nämlich die fehlende Flankierung durch eine Wirtschaftsunion, die diesen Namen auch verdient, würde behoben.<sup>74</sup>

Sinnvoll wäre die Übertragung substantieller Befugnisse in der Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik auf die gemeinschaftliche Ebene, denn solange die nationalen Wirtschafts- und Haushaltspolitiken primär nach innerstaatlichen politischen Kriterien gesteuert werden, sind Krisen der Währungsunion vorprogrammiert. Erfolgen könnte dies durch Schaffung einer „Wirtschaftsregierung der Euro-Zone“. Dieser sollten Instrumente und Mechanismen zur Verfügung stehen, um Fehlentwicklungen in Mitgliedstaaten rechtzeitig und wirkungsvoll entgegen zu wirken, ähnlich den bereits bestehenden, rechtlich unverbindlichen „Grundzügen der Wirtschaftspolitik“,<sup>75</sup> welche die nationalen Wirtschaftspolitiken, einschließlich der nationalen Fiskal- und Haushaltspolitiken abdecken.<sup>76</sup> Neben der frühzeitigen Kontrolle nationaler Haushaltspläne, der Überwachung wesentlicher Strukturdaten und der Kürzung von Subventionen für Defizitsünder sind weitere Aufgaben einer solchen Euro-Wirtschaftsregierung denkbar. Dabei müssen die handelnden Politiker jedoch immer beachten, dass ein Mehr an zentraler Wirtschaftsplanung auch schädliche Auswirkungen haben kann. So sind den Mitgliedstaaten der Euro-Zone bereits einige klassische Reaktionsmechanismen bei Haushaltsschwierigkeiten genommen. Der durch den Binnenmarkt intensivierte Wettbewerb der Steuersysteme beschränkt das zukünftige Steuererhöhungspotential eines Staates.<sup>77</sup> Eines der fundamentalen Prinzipien des Gemeinsamen Marktes ist der Wettbewerb. Diese war über viele Jahre Motor für Wohlstand und Wachstum in der EU und muss das auch in Zukunft bleiben.

---

ordinierung im Euro-Währungsgebiet zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit [...]“.

<sup>73</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung, „Merkels Planwirtschaft“, <http://www.faz.net/s/Rub4D8A76D29ABA43699D9E59C0413A582C/Doc~E9F9BA8A6D7444155AA51613F83671ED7~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (zuletzt abgerufen am 11.5.2011).

<sup>74</sup> Calliess (Fn. 1), S. 64.

<sup>75</sup> Art. 120 AEUV sieht vor, dass die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik in der Art ausrichten, dass sie im Rahmen der in Art. 121 Abs. 2 AEUV genannten Grundzüge der Wirtschaftspolitik zur Verwirklichung der Ziele der Union beitragen. Die Grundzüge der Wirtschaftspolitik sind das Hauptinstrument zur Koordinierung der nationalen Wirtschaftspolitiken auf Gemeinschaftsebene. Die Grundzüge werden in Form einer Empfehlung verabschiedet und sind weder rechtsverbindlich noch einklagbar. Sie werden jedoch durch den Europäischen Rat gebilligt und erhalten so ein gewisses politisches Gewicht.

<sup>76</sup> Bandilla (Fn. 6), Art. 199 EGV Rn. 13.

<sup>77</sup> Gnan (Fn. 16), Art. 103 EGV Rn. 3.

Auf dem Weg zu einer Wirtschaftsregierung des Euro-Währungsraums stellt die „Euro-Gruppe“ einen weiteren wichtigen Zwischenschritt dar. Der Vertrag von Lissabon hat die bestehende „Euro-Gruppe“ primärrechtlich in Art. 137 AEUV verankert. Das den Verträgen beigefügte Protokoll betreffend die „Euro-Gruppe“ ist ein wichtiger Schritt hin zu einer besseren Abstimmung unter den Mitgliedstaaten der Euro-Zone.<sup>78</sup>

Wünschenswert ist schließlich auch die Regelung eines Verfahrens der Staatsinsolvenz für Mitgliedstaaten der Euro-Zone. Dieser Fall ist weder in den europäischen Verträgen noch im Völkerrecht allgemein geregelt.<sup>79</sup> Eine mögliche Staateninsolvenz samt Gläubigerbeteiligung könnte ein weiterer ökonomischer Anreiz für die Finanzmärkte sein, frühzeitig marktgerecht zu reagieren.<sup>80</sup> Die von diversen Seiten genannte Option einer Beendigung der Mitgliedschaft in der Euro-Zone ist dagegen rechtlich nur mit erheblichen Schwierigkeiten herbeizuführen und mit gravierenden ökonomischen Konsequenzen für den betroffenen Mitgliedstaat behaftet.<sup>81</sup>

Die Kunst bei der Bewältigung der aktuellen Krise wird darin bestehen, den notwendigen Zusammenhalt der Euro-Zone zu wahren und zu stärken, gleichzeitig jedoch die sichtbar gewordenen Defizite innerhalb der Wirtschafts- und Währungsunion zu beseitigen und für den bisher unregelmäßig Krisenfall einen effektiven und abschreckenden Mechanismus zu entwickeln.<sup>82</sup>

## 2. Politische Konsequenzen

Welche politischen Konsequenzen sich aus der Krise der Währungsunion ergeben, lässt sich schwer abschätzen. Problematisch ist angesichts der integrationspolitischen Bedeutung der Maßnahmen des ESM zunächst, dass diese ohne Beteiligung des Europäischen Parlaments durchgeführt werden. Auch mit Blick auf die dem Deutschen Bundestag und Bundesrat zukommende Integrationsverantwortung besteht noch Klärungsbedarf.

Überhaupt erwachsen existentielle Gefahren für die EU nicht aus Finanzkrisen in peripheren Mitgliedstaaten der Euro-Zone. Die weitaus größere Gefahr besteht in einer zunehmenden Europaskepsis in Bevölkerungen und Regierungen. Der Wahlerfolg der eurokritischen Partei „Wahre Finnen“ bei den finnischen Parlamentswahlen im Frühjahr 2011 hat diese Gefahr drastisch verdeutlicht. Nur wenn die europäischen Entscheidungsträger transparent über die künftige Umgestaltung der EU beraten und die Bevölkerung über mögliche Alternativen aufklären, kann man Menschen in Entscheidungsprozesse einbinden und das Projekt „Europa“ auch in Zukunft erfolgreich gestalten.

---

<sup>78</sup> Häde, EuR 2009, 200 (217).

<sup>79</sup> Gnan (Fn. 16), Art. 101 EGV Rn. 3.

<sup>80</sup> Calliess (Fn. 1), S. 60.

<sup>81</sup> Herrmann, EuZW 2010, 413 (416).

<sup>82</sup> Herrmann, EuZW 2010, 413 (418).

**V. Ergebnis**

Das intergouvernementale Vorgehen der Mitgliedstaaten der Euro-Zone erscheint vor dem Hintergrund, dass so kurz nach der Einigung über den Vertrag von Lissabon eine neuerliche Vertragsänderung in den Mitgliedstaaten politisch wohl nicht durchsetzbar wäre, pragmatisch.<sup>83</sup> Rechtlich einwandfrei ist es meines Erachtens nicht.

Wie der ESM aus ökonomischer Sicht zu bewerten ist, ist eine andere Frage, die das Europa- und Völkerrecht nicht beantworten kann. Vielmehr überlassen die europäischen Verträge diese Beurteilung bewusst den politischen Entscheidungsorganen. Wenn das Vorhaben schiefgehen sollte, werden indes nicht diese, sondern die europäischen Steuerzahler die Konsequenzen zu tragen haben.

---

<sup>83</sup> *Calliess* (Fn. 1), S. 64.

# Zur Erledigung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB

Von Rechtsanwalt Dr. iur. habil. **Helmut Pollähne**, Bremen

## I. Einleitung

Am 1.1.2011 ist das „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ in Kraft getreten.<sup>1</sup> Was auch immer man sonst von diesem Gesetz halten mag<sup>2</sup> und wie seine Mindesthaltbarkeitsdauer in Anbetracht der jüngsten Entscheidungen des EGMR und des BVerfG zu beurteilen ist,<sup>3</sup> gibt es gegen den allgemeinen kriminalpolitischen Trend des „in dubio pro securitate“ immerhin einen Lichtblick: Die Anordnungsvoraussetzungen für die „klassische“ Sicherungsverwahrung in § 66 Abs. 1 StGB sind beschränkt worden, um dem proklamierten Ziel, die Sicherungsverwahrung auf „schwerste Fälle“ zu reduzieren, gerecht zu werden.<sup>4</sup> Die Kritik an der Halbherzigkeit dieses Vorhabens in dem Gesetzentwurf vom 26.10.2010 wurde vom Rechtsausschuss des Bundestages aufgegriffen und führte noch „auf den letzten Metern“ der parlamentarischen Beratungen zu einer deutlich weiter gehenden Einschränkung des Anwendungsbereichs.<sup>5</sup>

Obwohl sich dies im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung – zumal in Anbetracht der anhaltenden Diskussionen um die Reichweite des Rückwirkungs- und Verschlechterungsverbots<sup>6</sup> – nicht von selbst versteht, er-

schien es dem Gesetzgeber (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Regelung des Art. 313 EGStGB von 1974) als ein „Gebot der Gerechtigkeit“ und des „Rechtsgefühls“<sup>7</sup>, für die „Altfälle“ eine Erledigungsregelung vorzusehen: Soweit eine Sicherungsverwahrung nach geltender Rechtslage (§ 66 StGB i.d.F. v. 22.12.2010) mangels formeller Voraussetzungen zukünftig nicht mehr angeordnet werden könnte, sollen auch rechtskräftige Anordnungen gem. § 66 StGB a.F. (unabhängig davon, ob Sicherungsverwahrung bereits vollstreckt wird oder die Vollstreckbarkeitsentscheidung gem. § 67c Abs. 1 StGB noch aussteht) von Rechts wegen durch Richterspruch beseitigt werden, wenn sie aus formellen Gründen aktuell nicht mehr angeordnet werden könnten, weil die Delikte nicht mehr als „sicherungsverwahrungswürdig“ angesehen werden.<sup>8</sup>

Während die Neufassung des § 66 Abs. 1 StGB für sich genommen nur wenige Probleme bereitet, weshalb sie hier nur in ihrer Bedeutung für die Erledigungsentscheidung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB zu untersuchen ist (s.u. II.), wirft der Wortlaut jener Erledigungsregelung eine Reihe von Fragen auf, die umgehend geklärt werden müssen (s.u. III.), da die Betroffenen bis spätestens 1.7.2011 zu entlassen sind (dazu u. V.). Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen diese Fragen hier gestellt und Antworten gesucht werden; außerdem geht es um das Erledigungsverfahren (s.u. IV.) und Rechtsschutzprobleme (s.u. VI.).

## II. Zur Neufassung des § 66 Abs. 1 StGB

### 1. Beschränkung der Anlasstaten

Der Katalog der sog. Anlasstaten wurde in § 66 Abs. 1 StGB (mit Wirkung auch für die Abs. 2 und 3<sup>9</sup>) dahin gehend eingeschränkt, dass nur noch Verurteilungen (zu mindestens zwei Jahren) wegen vorsätzlicher Straftaten aus dem 13., 16., 17. oder 18. Abschnitt<sup>10</sup> sowie – bei Strafandrohungen im Höchstmaß von mindestens zehn Jahren – aus dem 1., 7., 20. oder 28. Abschnitt<sup>11</sup> die Anordnung einer Sicherungsverwahrung, die weiteren Voraussetzungen unterstellt, legitimieren können. Oder negativ formuliert (in Anknüpfung an die a.F., die lediglich auf „vorsätzliche Straftaten“ abstellte): Verurteilungen insb. wegen gewaltloser Eigentums- und Vermögens-

Rechtssicherheit“ zu loben (ebenda), entbehrt nicht eines gewissen Zynismus (krit. auch *Koller*, DRiZ 2011, 127 [128]).

<sup>7</sup> BT-Drs. 17/4062, S. 81 unter Verweis auf BT-Drs. V/4094, S. 66 und BT-Drs. VI/1552, S. 38.

<sup>8</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 81.

<sup>9</sup> Vgl. *Peglau* (Fn. 5), S. 2.

<sup>10</sup> Also die §§ 174-174c, 176-180a, 181a, 182, 184a-c; 211-213, 216, 218, 218a, 221, 223-227, 231, 232-233a, 234-236, 238-239b, 240, 241a StGB, jew. auch i.V.m. §§ 145a, 323a StGB.

<sup>11</sup> Also die §§ 80-83, 89a, 129a, 129b, 249-252, 255, 306-306d, 307-309, 313-315, 316a, 316c StGB sowie aus dem BtMG die §§ 29a-30a und aus dem VStGB die §§ 6-12, jew. auch i.V.m. §§ 145c, 323a StGB.

<sup>1</sup> BGBl. I 2010, S. 2300.

<sup>2</sup> Vgl. insb. *Kinzig*, NJW 2011, 177 sowie *Koller*, DRiZ 2011, 127.

<sup>3</sup> EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360 und 6587/04 sowie 17792 und 42225/07; dazu hatte die BT-Fraktion Bündnis 90/Die Grünen am 26.1.2011 bereits einen Gesetzentwurf zu einer „menschenrechtskonformen Reform der Sicherungsverwahrung“ eingebracht (BT-Drs. 17/4593); BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 und 2 BvR 2365/09 sowie 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10 und 2 BvR 1152/10. Deshalb schon das „Ende der Sicherungsverwahrung“ zu prophezeien (so *Sonnen*, Neue Kriminalpolitik 2011, 43), ist aber wohl eher Wunschdenken.

<sup>4</sup> Vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 22 unter Bezugnahme auf *Dünkel u.a.*, DRiZ 2010, 54 (57).

<sup>5</sup> BT-Drs. 17/4062 v. 1.12.2010, S. 17 f., unter Verweis auf mehrere Experten der Anhörung v. 10.11.2010, krit. *Peglau*, jurisPR-StrafR 1/2011 Anm. 1 S. 2.

<sup>6</sup> Exemplarisch dazu bereits *Mushoff*, KritV 2004, 137 m.w.N.; vgl. auch *Pollähne*, KJ 2010, 255; *Radtke*, NStZ 2010, 537 und *Greger*, NStZ 2010, 36; etwas kurios mutet in diesem Zusammenhang an, dass der Gesetzgeber mehrfach betont (BT-Drs. 17/3403, S. 2, 23, 32 f., 78 f.), alle Neuregelungen gälten ausdrücklich nur für Taten, die nach Inkrafttreten begangen wurden (zu Art. 316e Abs. 1 und 2 EGStGB s.u. III. und *Peglau* [Fn. 5], S. 3), um „von vorneherein Rückwirkungsprobleme zu vermeiden“, und mit einer solchen „Stichtagsregelung“ u.a. die Beibehaltung der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Altfälle begründen will (unter expliziter Verneinung der sog. Meistbegünstigungsvorgabe, BT-Drs. 17/3404, S. 79) – das als „hohes Maß an

delikte können keine Sicherungsverwahrung mehr begründen; dass dies – entgegen anderer kriminalpolitischer Beteuerungen – auch in jüngster Vergangenheit immer wieder vorkam, ist in dem Gesetzentwurf nachzulesen.<sup>12</sup>

Gefordert wird von § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (vor lit. a) StGB eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer der genannten (vorsätzlichen) Straftaten, so dass im Rahmen einer Gesamtstrafenbildung unter Einbeziehung von Nichtkatalogtaten (wie auch schon bisher) festgestellt werden muss, dass für mindestens eine Katalogtat eine Einzelstrafe von mindestens zwei Jahren angesetzt wurde.<sup>13</sup> Für die Beurteilung als Katalogtat i.S.d. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB gilt im Übrigen § 12 Abs. 3 StGB, was das Höchstmaß der Strafandrohung von mindestens zehn Jahren betrifft (also insbesondere in puncto besonders oder minder schwere Fälle, vgl. § 66 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB).<sup>14</sup>

## 2. Einschränkung der formellen Sicherungsverwahrungsvoraussetzungen

Die Einschränkungen des Straftaten-Katalogs „aus Gründen der Verhältnismäßigkeit“<sup>15</sup> gelten nicht nur für das Anlassdelikt, sondern auch für die Vortaten gem. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und die erforderliche(-n) Vorverbüßung(-en) gem. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB.<sup>16</sup> Dies ist konsequent, da es insgesamt darum ging, die „formellen Voraussetzungen“ der Sicherungsverwahrungsanordnung zu begrenzen, die Hürden also zu erhöhen – und das hat ebenso Bedeutung für Art. 316e Abs. 3 StGB (s.u. III.).<sup>17</sup> Hat der Verurteilte also zwar aktuell eine Katalogtat begangen, für die er mit wenigstens einer Einzelstrafe von mindestens zwei Jahren belegt wurde, so kann Sicherungsverwahrung gleichwohl nicht angeordnet werden, wenn er nicht auch wegen solcher (vor der neuen Katalogtat begangener) Katalogtaten bereits zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden war und für eine oder mehrere „dieser“ Katalogtaten für die Zeit von mindestens zwei Jahren eine Freiheitsstrafe verbüßt<sup>18</sup> hat; ob es sich dabei zum Zeitpunkt der Verurtei-

lung bzw. Verbüßung um Katalogtaten gem. § 66 Abs. 1 StGB a.F. gehandelt hat, ist ohne Bedeutung. Auch insoweit muss ggf. nachträglich festgestellt werden, ob im Rahmen von „älteren“ Gesamtstrafen<sup>19</sup> wenigstens eine der „neuen“ Katalogtaten mit einer Einzelstrafe von mindestens einem Jahr belegt worden war.<sup>20</sup>

## 3. Änderung der materiellen Sicherungsverwahrungsvoraussetzungen

Die Änderung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, die sich im Übrigen wegen der offenen Klausel der „erheblichen Straftaten“ nicht so restriktiv auswirkt, wie die Streichung der Klausel „namentlich“ zu solchen Straftaten, durch welche „schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“, vermuten ließ,<sup>21</sup> schlägt jenseits der ggf. vorliegenden eingeschränkten formellen Voraussetzungen (s.o.) nicht mehr zu Buche, insbesondere nicht für Art. 316e Abs. 3 EGStGB (s.u. III.).<sup>22</sup>

Welche Auswirkungen die Änderungen des § 66 StGB (die gem. § 66a Abs. 1 StGB i.V.m. § 66 Abs. 3 StGB i.V.m. § 66 Abs. 1 S. 1 StGB auch für den Sicherungsverwahrungsvorbehalt Bedeutung erlangen)<sup>23</sup> auf die Anordnungszahlen haben werden, steht dahin. Einige derer, gegen die auch in jüngerer Vergangenheit Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, würden jetzt jedenfalls keinen „66er“ mehr erhalten<sup>24</sup> – für sie erlangt die Erledigungsregelung in Art. 316e Abs. 3 EGStGB Bedeutung.

Gesamtstrafe – auch bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung – als eine einzige Verurteilung bzw. Strafe gilt (§ 66 Abs. 4 S. 1 StGB); zur Auslegung bei tateinheitlichem Zusammentreffen von Katalog- mit Nichtkatalogtaten vgl. *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178) m.w.N.

<sup>19</sup> Im Hinblick auf Jugendstrafen gilt, was schon zu § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. entwickelt wurde, vgl. *Fischer* (Fn. 13), § 66 Rn. 7 m.w.N.

<sup>20</sup> Besondere Probleme kann (insb. im Falle früherer Strafrestaussetzungen) die nachträgliche Feststellung bereiten, ob der Angeklagte wegen einer oder mehrerer „dieser Taten“ – also Einzel-(Katalog-)taten – gem. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB n.F. für die Zeit von „mindestens zwei Jahren“ Freiheitsstrafe verbüßt oder in einer freiheitsentziehenden Maßregel verbracht hat.

<sup>21</sup> BT-Drs. 17/4062, S. 18, dazu *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178) und *Koller*, DRiZ 2011 127 (128), krit. *Peglau* (Fn. 5), S. 2 („unstimmig“).

<sup>22</sup> Dies gilt auch für die Ausweitung der sog. „Rückfallverjährung“ in § 66 Abs. 4 S. 3 StGB n.F. für Sexualdelinquenten, dazu BT-Drs. 17/3403, S. 80/81, krit. *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178).

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. 17/3403, S. 82.

<sup>24</sup> *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178) zählt bezogen auf die Strafvollzugsstatistik für das Jahr 2010 immerhin 45 Personen (= 8,4 % aller in Sicherungsverwahrung einsitzenden), die nun nicht mehr „verwahrungsfähig“ wären.

<sup>12</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 36, vgl. auch *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178).

<sup>13</sup> Dazu *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 66 Rn. 6 m.w.N.

<sup>14</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 13), § 12 Rn. 9 ff. m.w.N. im Hinblick auf die – für § 66 StGB bedeutungslose – Festlegung des Deliktstypus als Vergehen bzw. Verbrechen; dies gilt auch für obligatorische und fakultative Milderungen gemäß des AT.

<sup>15</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 24.

<sup>16</sup> Laut BT-Drs. 17/4062, S. 18 und S. 38 „im Interesse eines einheitlichen Regelungsansatzes“, krit. *Peglau* (Fn. 5), S. 2; die Einschränkung ergibt sich bei Nr. 3 (wortgleich mit § 66 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.) nur indirekt aus der Bezugnahme auf „diese Taten“.

<sup>17</sup> In BT-Drs. 17/3403, S. 80 ist explizit die Rede von dem „eingeschränkten Katalog von Anlass- und Vortaten“.

<sup>18</sup> Vgl. *Kinzig*, NJW 2011, 177 (178); dem gleichgestellt ist eine Unterbringung von mindestens zwei Jahren gemäß §§ 63, 64 StGB. Wie bisher gilt, dass eine Vorverurteilung zu



### III. Die Reichweite der Erledigungsregelung

#### 1. Zwingende Altfallregelung

Gem. Art. 316e Abs. 3 S. 1 EGStGB n.F. ist eine nach § 66 StGB a.F. – also vor dem 1.1.2011 – angeordnete Sicherungsverwahrung für erledigt zu erklären (bis spätestens 1.7.2011, s.u. V.), wenn die Anordnung „ausschließlich auf Taten beruht“, die nach § 66 StGB n.F. „nicht mehr Grundlage für eine solche Anordnung sein können“. Die Erledigung bezieht sich auf alle Anordnungen der Sicherungsverwahrung, die vor dem 1.1.2011 rechtskräftig geworden sind, unabhängig davon, ob sie bereits vollstreckt bzw. vollzogen werden.<sup>25</sup> Sollte eine ausgesprochene Sicherungsverwahrungsanordnung zu diesem Zeitpunkt (insbesondere während eines laufenden Revisionsverfahrens) noch nicht rechtskräftig geworden sein, hat der BGH die neue Rechtslage der Revisionsentscheidung zugrunde zu legen (vgl. § 354a i.V.m. § 354 StPO); im Hinblick auf vor dem Stichtag begangene Anlasstaten gilt bei neuen Anordnungen im Übrigen Art. 316e Abs. 2 EGStGB.<sup>26</sup>

Die Erledigung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB ist zwingend, lediglich der Zeitpunkt „kann“ – wenn auch nur unter den in S. 2 genannten Voraussetzungen (s.u. V.) – bis zum 1.7.2011 hinausgeschoben werden (zum Verfahren und zur Rechtskraft s.u. IV. und VI.). „Alte Sicherungsverwahrungen“, die jetzt wegen des eingeschränkten Anlasstatenkataloges „nicht mehr angeordnet werden dürfen“, sind – so *Peglau* unmissverständlich – „umgehend zwingend (!) für erledigt zu erklären“.<sup>27</sup>

#### 2. Anwendungsbereich

Indem die Erledigung darauf abstellt, dass „die Anordnung“ gem. § 66 StGB a.F. „ausschließlich auf Taten beruht“, die nach § 66 StGB n.F. „nicht mehr Grundlage für eine solche Anordnung sein können“, stellen sich mehrere Fragen: Soll „ausschließlich“ heißen, dass nur eine der für die formellen Voraussetzungen gemäß § 66 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 StGB n.F. erforderlichen Taten eine „neue“ Katalogtat sein muss? Auf welcher Tat bzw. auf welchen Taten „beruht(e)“ die vor dem 1.1.2011 rechtskräftig gewordene Anordnung?<sup>28</sup>

<sup>25</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 81; zur evtl. Anwendung auf Fälle des § 66a StGB vgl. BT-Drs. 17/3404, S. 82.

<sup>26</sup> Vgl. *Peglau* (Fn. 5), S. 3 zur „Günstigkeitsprüfung“; dabei wird sich § 66 StGB n.F. (etwa i.V.m. § 145a StGB und der reduzierten Rückfallverjährung, zu Recht krit. *Kinzig*, NJW 2011, 177 [178]) nicht in allen Fällen als „das mildere Gesetz“ erweisen, was hier aber nicht ausgeführt werden muss.

<sup>27</sup> Vgl. *Peglau* (Fn. 5), S. 6.

<sup>28</sup> Diese Fragen waren im BT-Rechtsausschuss praktisch kein Thema: Der Sachverständige Prof. *Kinzig* (Tübingen), bewertet die Erledigungsregelung in seiner schriftlichen Stellungnahme ohne weitere Ausführungen als „folgerichtig“ (nachzulesen unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/02\\_Sicherungsverwahrung/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhörungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/index.html), 17.5.2011); für den BGH-Richter *Graf* (Karlsruhe) ist die Regelung „zu begrüßen“; Prof. *Radtke* (Hannover) äußert sich dazu sowohl in seiner Stellungnahme als auch im Aus-

#### a) Typisierende Verwirrung

Der Gesetzentwurf spricht in diesem Zusammenhang (fast) durchweg von den „Anlass- und Vortaten“ und von „den formellen Voraussetzungen“<sup>29</sup>, problematisiert aber zugleich sog. „Mischfälle“, bei denen „nicht mehr im Wege einer typisierenden Betrachtung angenommen werden“ könne, der Täter sei „allein im Hinblick auf die Begehung solcher Taten rückfallgefährdet“, die nach neuem Recht die Anordnung nicht mehr gestatten würden.<sup>30</sup> Das ist kaum klarer als der Wortlaut.

Was soll die Bezugnahme auf eine „typisierende Betrachtung“ bedeuten? Dass der Betroffene aktuell wegen (mindestens) einer „neuen“ Katalogtat zu einer (Einzel-)Strafe von mehr als zwei Jahren verurteilt wird, ohne dass es in der Vergangenheit zu entsprechenden einschlägigen Verurteilungen oder sogar Verbüßungen gekommen ist, „typisiert“ (nach neuem Recht) gar nichts. Oder um einen anderen Fall zu bilden: Dass der Betroffene in der Vergangenheit bereits mindestens wegen einer „neuen“ Katalogtat verurteilt wurde, „typisiert“ ebenso wenig, wenn aktuell nur eine „alte“ Katalogtat abgeurteilt wird. Ob der Täter „allein“ im Hinblick auf die Begehung solcher Taten rückfallgefährdet ist, die nach neuem Recht „die Sicherungsverwahrungsanordnung nicht mehr gestatten würden“<sup>31</sup>, ist die falsche Frage, denn wenn nicht alle formellen Anordnungsvoraussetzungen erfüllt sind, gilt eine qualifizierte Ungefährlichkeitsvermutung. Der Entwurf stellt treffend – wenn auch in sich widersprüchlich – darauf ab, dass die „Anlass- und Vortaten“ nach allgemeiner Meinung „symptomatisch sowohl für den Hang als auch für die Gefährlichkeit des Täters sein müssen“; wenn dann jedoch der „notwendige Symptomcharakter aller Anlass- und Vortaten“<sup>32</sup> bemüht wird, um die „Mischfälle“ (s.u.) aus dem Anwendungsbereich der Erledigungsregelung zu nehmen, so belegt das nur umso deutlicher das Missverständnis über die Bedeutung der formellen Anordnungsvoraussetzungen, in das sich der Entwurf hier verstrickt hat.

Es scheint, der Gesetzgeber hat sich sowohl im Gesetzestext („ausschließlich“) als auch in der Begründung („alle Taten“) „vergaloppiert“.<sup>33</sup> Es wird vermeintlich eine neue Zwischenkategorie formeller Sicherungsverwahrungsvoraus-

schuss auf Nachfrage (RA-Prot 28, S. 15) dahingehend, er halte die gesamte Erledigungsregelung für „überflüssig“, da eine „Unverhältnismäßigkeitsprüfung“ ausgereicht hätte; Leitender Oberstaatsanwalt *Heuer* (Osnabrück) schließlich erwähnt in seiner Stellungnahme „nur am Rande“, die in Art. 316e Abs. 3 S. 1 EGStGB liegende „Begünstigung“ sei „nicht unbedingt nachvollziehbar“, ohne dass die von ihm dafür gelieferte Begründung allerdings nachvollziehbar wäre (alles ebenda nachzulesen).

<sup>29</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 81 f. (*Hervorhebungen* durch den Verf.).

<sup>30</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 82.

<sup>31</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 81.

<sup>32</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 81 und 82.

<sup>33</sup> Dies mag dem großen „Zeitdruck“ zuzuschreiben sein, dem sich das Parlament ausgesetzt hat (vgl. BT-Drs. 17/4062, S. 17).

setzungen kreiert, die es so bisher nicht gab und nach neuem Recht (§ 66 StGB n.F.) auch nicht gibt: Ein Verurteilter, der nur eine der drei qualifizierten formellen Voraussetzungen (Anlassstat, Vorverurteilung, Vorverbüßung) erfüllt, und bei dem trotzdem die materiellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrungsanordnung geprüft werden – darauf scheinen jedenfalls die Ausführungen zu den sog. „Mischfällen“ hinzudeuten.<sup>34</sup>

#### b) Streitfall „Mischfälle“

In diesen „Mischfällen“ soll sich die Strafvollstreckungskammer, so der Entwurf, „auf der Grundlage einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose“ Gewissheit darüber verschaffen, ob sich „trotz der indiziellen Wirkung zum Teil schwererer Anlass- oder Vortaten“ eine weiterhin bestehende Rückfallgefahr „nur (noch) auf solche Taten bezieht, die nach neuem Recht nicht mehr taugliche Anlass- oder Vortaten“ sein könnten;<sup>35</sup> dann könne die weitere Vollstreckung der Sicherungsverwahrung „in absehbarer Zeit zumindest“ nach § 67d Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden, denn den „Wertungen der Neuregelung“ könne „mittelbar“ entnommen werden, dass eine solche Gefahr „zumindest grundsätzlich nicht mehr“ als ausreichend angesehen wird, um auf Dauer eine weitere Freiheitsentziehung zu rechtfertigen.<sup>36</sup> Auch das ist alles andere als klar.

Die „ohnedies gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung“<sup>37</sup>, auf die der Gesetzentwurf in diesem Zusammenhang hinweist, ist nach neuem Recht bei Fehlen auch nur einer der formellen Anordnungsvoraussetzungen eben gerade nicht „geboten“, weil eine Sicherungsverwahrungsanordnung (und damit die Prüfung gem. § 62 StGB) von vornherein ausscheidet. Dasselbe gilt für die Erledigung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB, die bei Vorliegen der Voraussetzungen zwingend ist und keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf.

Das alles liefe letztlich doch darauf hinaus, und erste Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern lassen dies erkennen,<sup>38</sup> Menschen in der Sicherungsverwahrung zu belassen, die nach neuem Recht dort nicht mehr „landen“ wür-

den, was von den Autoren des Gesetzentwurfes einleitend noch als unvereinbar mit dem „Gebot der Gerechtigkeit“ gewertet wurde – zu Recht! Dort hieß es auch, der neue „engere Anwendungsbereich“ solle „auch denen zugute kommen“, gegen die die Sicherungsverwahrung nach altem Recht rechtskräftig angeordnet wurde; und es wurde auf die „grundsätzliche Wertung“ des Entwurfs verwiesen, wonach bestimmte Delikte „die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr sollen rechtfertigen können“, was auch „zugunsten derjenigen Personen durchgreifen“ solle, bei denen Sicherungsverwahrung bereits vollzogen wird oder denen dies bevorsteht. Denn, so der Entwurf weiter, wenn „bestimmte Delikte – und wegen ihres notwendigen Symptomcharakters damit auch die darauf bezogene Wiederholungsgefahr – die Sicherungsverwahrung nicht mehr rechtfertigen können“, dann erscheine es eben als ein „Gebot der Gerechtigkeit“, die Sicherungsverwahrung in solchen Fällen auch „grundsätzlich“ nicht mehr zu vollstrecken!<sup>39</sup> Was kann das anderes bedeuten, als dass zu prüfen ist, ob die „formellen Voraussetzungen“ noch vorliegen, ob also die „Anlass- und Vortaten“ eine Sicherungsverwahrung noch legitimieren? Zu klären ist also, so auch der Entwurf, ob „die damaligen Anlass- und Vortaten“ auch vom neuen Katalog des § 66 StGB-E „erfasst wären“.<sup>40</sup>

Bedenklich wäre in diesem Zusammenhang übrigens auch die willkürliche Grenzziehung der Rechtskraft: War sie vor dem 1.1.2011 noch nicht eingetreten, ist eine revisionsgerichtliche Korrektur i.S.d. neuen Rechts möglich (s.o.), für Anordnungen nach dem Stichtag gilt die restriktive Neuregelung ohnehin uneingeschränkt – davor rechtskräftig gewordene Anordnungen würden jedoch (ohne innere Legitimation) weiter vollstreckt: Dass eine solche Stichtagsregelung mit „einem hohen Maß an Rechtssicherheit“ verbunden wäre,<sup>41</sup> werden die von einer solchen Altfallregelung Betroffenen kaum unterschreiben können.

#### c) Wegfall der formellen Sicherungsverwahrungsvoraussetzungen

Die Erledigungsregelung ergibt – dem „Gebot der Gerechtigkeit“ folgend – nur dann einen Sinn, wenn sie wie folgt ausgelegt wird: Liegen nach neuem Recht die formellen Voraussetzungen gem. § 66 Abs. 1 StGB n.F. nicht (mehr) vor, so dass Sicherungsverwahrung nicht (mehr) angeordnet werden könnte, ist die „alte“ Sicherungsverwahrungsanordnung für erledigt zu erklären. Selbstverständlich reicht es aus, dass eine von ggf. mehreren Anlassstaten eine „neue“ Katalogtat ist, so wie es ausreicht, dass zwei von ggf. mehreren qualifizierten Vorverurteilungen wegen mindestens einer „neuen“ Katalogtat (neben evtl. anderen Nichtmehrkatalogtaten) vorliegen und dass nur wegen einer dieser „neuen“ Katalog-Vorverurteilungen mindestens zwei Jahre Freiheitsentzug verbüßt wurde – nicht mehr und nicht weniger sagt Art. 316e Abs. 3 EGStGB, wenn darauf abgestellt wird, ob die (alte)

<sup>34</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 82.

<sup>35</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 82; dass hier unvermittelt von „Anlass- oder Vortaten“ die Rede ist (*Hervorhebungen durch Verf.*), erscheint bezeichnend für die entstandene Verwirrung.

<sup>36</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 82.

<sup>37</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 82.

<sup>38</sup> Exemplarisch LG Marburg, Beschl. v. 22.02.2011 – 7 StVK 105/11 (unveröff.), wo darauf verwiesen wird, in Art. 316e Abs. 3 EGStGB werde „nur auf die *Art der Tat* abgestellt“, weswegen es nicht zutrefte (wie dort von der Verteidigung vorgetragen), dass die Vorschrift so zu verstehen sei, es sei nur zu prüfen, ob gegen den Betroffenen nach der ab 1.1.2011 geltenden Fassung des § 66 StGB „überhaupt“ die Sicherungsverwahrung angeordnet werden könnte, vielmehr komme es nur darauf an, ob er „wegen der abgeurteilten *Tat*“ untergebracht werden könnte (*Hervorhebungen im Original*); die sofortige Beschwerde wurde vom OLG Frankfurt mit Beschl. v. 23.3.2011 – 3 Ws 283/11 (unveröff.) verworfen.

<sup>39</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 81.

<sup>40</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 81.

<sup>41</sup> So der Entwurf (BT-Drs. 17/3403, S. 79) im Kontext des Art. 316e Abs. 1 EGStGB n.F.

Anordnung „ausschließlich“ auf Taten „beruht“, die nach neuem Recht nicht mehr Grundlage für eine Anordnung gem. § 66 StGB sein können.<sup>42</sup>

#### IV. Das Erledigungsverfahren

Zuständig ist die Strafvollstreckungskammer gem. §§ 454, 462a Abs. 1 StPO (vgl. Art. 316e Abs. 3 S. 3 EGStGB), also das Gericht im Zuständigkeitsbereich der JVA, in der der Betroffene (noch) seine Parallelstrafe verbüßt oder (schon) seine Sicherungsverwahrung. Den Fall, dass der Betroffene trotz Rechtskraft der Sicherungsverwahrungsanordnung noch nicht einmal seine Parallelstrafe verbüßt (z.B. wegen Strafaufschub o.Ä.), hielt der Gesetzgeber offenkundig für so unrealistisch, dass dies nicht geregelt wurde (in diesem Fall wäre gem. § 462a StPO noch keine Strafvollstreckungskammer zuständig).

Das Verfahren orientiert sich an dem der einfachen Strafrestaussetzung gem. § 454 Abs. 1, 3 und 4 StPO (vgl. Art. 316e Abs. 3 S. 4 Hs. 1 EGStGB), was stimmig ist, denn eines Gutachtens gem. § 454 Abs. 2 StPO bedarf es nicht.<sup>43</sup> Die Vollstreckungsbehörde hat die Akten unverzüglich (das sollte also längst geschehen sein) an die Staatsanwaltschaft des zuständigen Landgerichts zu senden, die diese (gewissermaßen als „Botin“) der Strafvollstreckungskammer „zur Entscheidung übergibt“; warum die Akten von der Vollstreckungsbehörde nicht direkt an die Strafvollstreckungskammer zu senden sind, erschließt sich nicht.<sup>44</sup> Über die Erledigung ist „zeitnah“ zu entscheiden, damit alle Beteiligten „möglichst frühzeitig Klarheit“ darüber erhalten, ob der Betroffene unter die Altfallregelung fällt und wann er entlassen wird.<sup>45</sup>

Gem. Art. 316e Abs. 3 S. 5 EGStGB tritt mit der Entlassung aus dem Vollzug Führungsaufsicht ein. An diese Auto-

matik hat man sich gewöhnt<sup>46</sup> und trotzdem stellt sich die Frage, worin dies seine innere Legitimation findet (zumal noch nicht einmal eine Ausnahmeregelung wie in § 67d Abs. 6 S. 3 oder in § 68f Abs. 2 StGB vorgesehen ist).<sup>47</sup> Nach neuem Recht würde der Betroffene nicht nur keine Sicherungsverwahrung erdulden müssen, sondern allenfalls bei Vollverbüßung gem. § 68f Abs. 1 StGB unter Führungsaufsicht fallen, dann aber eben mit der Entfallens-Option des § 68f Abs. 2 StGB (s.o.). Dabei darf nicht vergessen werden, dass es nicht „nur“ um einige Jahre Aufsicht und Bewährungshilfe geht, sondern der Betroffene mit Weisungen gem. § 68b Abs. 1 StGB zusätzlich dem Ungehorsamsstrafrecht des § 145a StGB unterworfen wird, von den ausgeweiteten Befugnissen der Aufsichtsstellen gem. § 463a StPO ganz zu schweigen.<sup>48</sup>

#### V. Die Fristenregelung

Die Erledigung gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB hat bis spätestens 1.7.2011 zu erfolgen (S. 2). Die Frist darf allerdings nur ausgeschöpft werden, wenn dies „zur Durchführung von Entlassungsvorbereitungen geboten“ ist, wobei der Strafvollstreckungskammer eine Ermessensentscheidung obliegt („kann [...] festlegen“). Der Gesetzeswortlaut und die Systematik der Vorschrift sprechen zudem dafür, dass der Aufschub des Erledigungszeitpunkts die Ausnahme sein soll, während im Übrigen zu erledigen ist. In anderen Fällen muss die Erledigung, also die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung, mithin unverzüglich erfolgen (zur „Rechtskraft“ s.u.). Im Übrigen ist die Dauer des Wiedereingliederungsvollzuges individuell zu bestimmen, die oben genannte Höchstfrist darf also nicht pauschal ausgeschöpft werden.

Die Legitimation einer solchen Freiheitsentziehung erscheint fraglich: Zwar sei das Ziel der Vorbereitung eines Inhaftierten auf seine Entlassung „in hohem Maße akzeptabel“, so der Bundesrichter *Graf* vor dem Rechtsausschuss, eine „Festsetzung über die zulässige Dauer der Freiheitsentziehung hinaus dürfte aber bereits verfassungsrechtlich schwerlich gedeckt sein“.<sup>49</sup> Das „Übergangsmanagement“<sup>50</sup> ist zu einem modernistischen Schlüsselbegriff Erfolg versprechender Vorbereitungen zur Entlassung aus und Wiedereingliederung nach dem Freiheitsentzug geworden,<sup>51</sup> er taugt

<sup>42</sup> So wohl auch *Graf*, RA-Prot 28, S. 5; unklar *Radtke*, RA-Prot 28, S. 23, der den „sehr schmalen“ Anwendungsbereich auf die vergleichbar schmale Formel bringen will: „alle Anlasstaten außerhalb des neu vorgeschlagenen § 66 StGB-E“.

<sup>43</sup> Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drs. 17/3403, S. 84) kann allenfalls ausnahmsweise zu der Frage ein Gutachten einzuholen sein, ob die Erledigung bis spätestens zum 1.7.2011 aufgeschoben wird und welche Maßnahmen zur Entlassungsvorbereitung ggf. erforderlich sind.

<sup>44</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 84 geht davon aus, dass dies ohnehin die Ausnahme ist, weil die Staatsanwaltschaft des zuständigen Strafvollstreckungskammer-Gerichts i.d.R. auch die Vollstreckungsbehörde ist; die Regelung an § 275a Abs. 1 StPO anzulehnen (so der Entwurf ebenda), liegt neben der Sache, weil die Staatsanwaltschaft gem. Art. 316e Abs. 3 S. 4 Hs. 2 EGStGB keine Vorprüfungscompetenz hat, sondern die Akten der Strafvollstreckungskammer „umgehend zur Entscheidung“ übergeben muss (der Verweis auf die §§ 53, 36 Abs. 2 StVollstrO – ebenda – liegt deshalb ebenfalls daneben; lediglich § 36 Abs. 2 S. 5 StVollstrO verdient Beachtung).

<sup>45</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 84.

<sup>46</sup> Vgl. dazu u.a. *Pollähne/Böllinger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 67 Rn. 47 ff. sowie § 67d Rn. 30, 37, 42, 52 und 60.

<sup>47</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 85 verweist (ohne weitere Problematisierung) auf § 67d Abs. 3 S. 2 StGB, krit. zu jener Regelung auch *Pollähne/Böllinger* (Fn. 46), § 67d Rn. 52.

<sup>48</sup> Kritisch dazu *Pollähne*, KritV 2007, 408; eine Weisung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB n.F.) scheidet gemäß § 68b Abs. 1 S. 2 StGB n.F. allerdings aus.

<sup>49</sup> Vgl. *Graf*, RA-Prot 28, S. 5.

<sup>50</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 82/83.

<sup>51</sup> Exemplarisch *Matt*, Neue Kriminalpolitik 2010, 34, und *ders.*, Forum Strafvollzug 2007, 26, sowie *Grosser/Himbert*, Forum Strafvollzug 2010, 259.

aber nicht zur Rechtfertigung solchen Freiheitsentzuges ohne das Integrationskonzept zu desavouieren und aus der Sicht des weiterhin Verwahrten ins Zynische kippen zu lassen.<sup>52</sup> Nicht akzeptabel ist jedenfalls, die Verwahrten selbst für solchen „Freiheitsentzug jenseits der Gerechtigkeit“ verantwortlich zu machen, so aber der Gesetzentwurf: Die Betroffenen selbst hätten „durch ihre Straftaten die Ursache für die Sicherungsverwahrungsanordnung gesetzt“, die nunmehr „so erledigt werden“ müsse, wie es „dem Schutz der Allgemeinheit zuträglich“ sei.<sup>53</sup>

In seltenen Fällen mag der Beginn der Sicherungsverwahrungsvollstreckung (Rechtskraft der Vollstreckbarkeitsentscheidung gem. § 67c Abs. 1 StGB) unmittelbar bevorstehen: Die Vorstellung, den Strafgefangenen, der einen Erledigungsanspruch gem. Art. 316e Abs. 3 EGStGB hat, zur Einleitung von Entlassungsvorbereitung nach Endstrafe extra noch in die Sicherungsverwahrung aufzunehmen, um ihn dort auf die Entlassung vorzubereiten, mutet doch recht abenteuerlich an.<sup>54</sup>

## VI. Rechtsschutz

Gegen die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer haben der Betroffene im Falle der Erledigungsverweigerung und die Vollstreckungsbehörde im Falle der Erledigung das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (Art. 316e Abs. 3 S. 4 EGStGB i.V.m. § 454 Abs. 3 S. 1 StPO). Gegen die gestreckte Erledigung gem. § 454 Abs. 3 S. 2 StPO soll dem Betroffenen offenbar ebenfalls die sofortige Beschwerde zustehen, wenn er die sofortige Entlassung erreichen will.<sup>55</sup> Ob im umgekehrten Fall die Vollstreckungsbehörde die sofortige Erledigung mit dem Ziel soll angreifen können, einen späteren Entlassungszeitpunkt zu erreichen, lässt das Gesetz nicht erkennen.<sup>56</sup>

Es kann der Vollstreckungsbehörde nicht gestattet sein, die Frist (1.7.2011) durch Einlegung der sofortigen Beschwerde auszuhebeln. Wegen der entsprechenden Anwendung des § 454 Abs. 3 S. 2 StPO gilt aber auch, dass – im Gegensatz zur sofortigen Beschwerde des Betroffenen gegen die Verweigerung der Erledigung – die Beschwerde der Vollstreckungsbehörde aufschiebende Wirkung hätte. Was schon im allgemeinen Vollstreckungsrecht zu kritisieren ist, nämlich ein Verstoß gegen Art. 104 Abs. 2 GG, weil dort die

Staatsanwaltschaft über die Fortdauer einer Freiheitsentziehung entscheidet, die ein Gericht für beendet erklärt hat,<sup>57</sup> gilt im Falle des Art. 316e Abs. 3 EGStGB um so mehr: Wenn das zuständige Gericht feststellt, dass die Erledigungsregelung des Art. 316e Abs. 3 S. 1 EGStGB für den Betroffenen gilt, dass er also unter die Altfallregelung fällt, dann ist er zu entlassen, weil jeder weiteren Freiheitsentziehung damit nicht nur die richterliche, sondern zugleich die gesetzliche Grundlage fehlt (Art. 104 GG). Die Vollstreckungsbehörde mag anderer Ansicht sein, weshalb ihr das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zusteht; das Recht, die Entlassung unmittelbar aufzuhalten, steht ihr legitimerweise jedoch nicht zu.

<sup>52</sup> Im Gesetzesentwurf (BT-Drs. 17/3403, S. 83) wird – wenn auch „nur ergänzend“ – darauf verwiesen, eine solche „Gestaltung“ (damit ist fortdauernder Freiheitsentzug gemeint) diene „letztlich auch den Interessen des Betroffenen“.

<sup>53</sup> BT-Drs. 17/3403, S. 83.

<sup>54</sup> So aber BT-Drs. 17/3403, S. 83 f.

<sup>55</sup> Das ist nicht ganz klar, weil Art. 316e Abs. 3 S. 4 Hs. 1 EGStGB auch auf § 454 Abs. 4 S. 1 StPO verweist, der seinerseits „im Übrigen“ u.a. auf § 453 StPO verweist, der wiederum in Abs. 2 S. 1 die einfache Beschwerde vorsieht, etwa in puncto Dauer der Bewährung.

<sup>56</sup> Der Gesetzentwurf widmet sich der Begründung und Ausgestaltung der gestreckten Erledigung auf breitem Raum (BT-Drs. 17/3403, S. 84-86), erwähnt den Rechtsschutz aber mit keinem einzigen Wort!

<sup>57</sup> Vgl. *Pollähne*, in: *Pollähne/Rode* (Hrsg.), *Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen*, 2010, S. 85.

# Neue Problemkreise des Versammlungsrechts: Konturierung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG

Von Wiss. Mitarbeiter **Stephan Pötters, Christoph Werkmeister**, Bonn\*

## I. Einleitung

Eine Vielzahl versammlungsrechtlicher Fälle zeichnet sich derzeit durch eine besonders hohe politische Brisanz aus: Ob Versammlungen von Neonazis mit den üblichen Gegendemonstrationen und Ausschreitungen seitens linker Autonomer, friedliche Proteste gegen das Projekt Stuttgart 21 oder die Hamburger Schulpolitik, Aktionen gegen Castortransporte, Bildungsstreiks oder Montagsmärsche – all diese Versammlungen waren in letzter Zeit stets von einer großen Medienaufmerksamkeit begleitet worden. Zum Teil hatte der dadurch entstandene öffentliche Druck auch durchaus politische Folgen gezeitigt. Die aktuellen Ereignisse in zahlreichen Ländern wie Algerien, Ägypten und Libyen haben eindrucksvoll gezeigt, was der „Druck der Straße“ zu bewirken vermag.

Wie wichtig die Versammlungsfreiheit im Rahmen eines demokratisch-liberalen Rechtsstaates ist<sup>1</sup>, wird seitens des BVerfG zu Recht in fast jedem entsprechenden Verdikt nahezu gebetsmühlenartig wiederholt. So betonte das BVerfG etwa im berühmten Brokdorf-Beschluss<sup>2</sup>, dass das Recht des Bürgers, durch Ausübung der Versammlungsfreiheit aktiv am politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess teilzunehmen, zu den „unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens“ gehöre. Die Versammlungsfreiheit gelte als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit und als eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt, welches für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung konstituierend sei. In einer Demokratie müsse die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen und nicht umgekehrt verlaufen.<sup>3</sup> Versammlungen sind daher eine wesentliche Möglichkeit, um außerhalb der Wahlen Einfluss auf die Politik nehmen zu können.<sup>4</sup> Im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat ist eine Versammlung „sowohl Aggregatzustand des Politischen als auch kritischer Kontrapunkt zur

repräsentativen Demokratie“<sup>5</sup>. Wie bei anderen Kommunikationsgrundrechten<sup>6</sup> ist auch die Ausübung der Versammlungsfreiheit auf Wirkung nach außen angelegt und damit in besonderem Maße konfliktträchtig. Häufig kommt es daher zu komplexen Abwägungsproblemen, die sich natürlich ideal als Klausurprobleme eignen. All dies ist Anlass genug, sich intensiv mit versammlungsrechtlichen Problemen zu beschäftigen.

Insbesondere die Definition des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG bereitet dem Studenten aufgrund seiner Vielschichtigkeit Probleme. Das BVerfG hatte indes in drei neueren Entscheidungen die Chance, den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG weiter zu konturieren. Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die aktuellen Entwicklungen bieten und zudem mögliche neuartige Problemkreise erörtern. Hierfür sollen zunächst der klassische Versammlungsbegriff und seine Standardprobleme erläutert werden (II.). Im Anschluss bezieht sich der Gang der Untersuchung auf die Konkretisierung bestimmter Modalitäten des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG, die bereits in Grundzügen im berühmten Brokdorf-Beschluss des BVerfG anerkannt wurden, nämlich den geschützten Versammlungsort (III.), -zeitpunkt (IV.) und den Inhalt der Versammlung (V.).<sup>7</sup>

## II. Grundsätzliches zum Schutzbereich des Art. 8 GG in der Klausur

Allgemein kann zunächst konstatiert werden, dass das Grundrecht der Versammlungsfreiheit die Freiheit des Einzelnen schützt, sich mit anderen zu versammeln und versammelt zu bleiben, um gemeinsame Zwecke wahrzunehmen.<sup>8</sup> Bevor jedoch diskutiert werden kann, welche Verhaltensweisen von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt werden, ist es notwendig, zu elaborieren, ob überhaupt eine Versammlung im verfassungsrechtlichen Sinne vorliegt. Das BVerfG definiert den Begriff der Versammlung üblicherweise als eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung.<sup>9</sup> Bei dieser Standarddefinition ist allerdings eine Vielzahl von Merkmalen hoch umstritten, so dass in einer Klausur Diskussionsbedarf besteht.

\* Der *Erstautor* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherung der Universität Bonn (Lehrstuhl Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.) und LL.M.-Student in Cambridge. Der *Zweitautor* ist ebenfalls LL.M.-Student in Cambridge. Beide *Autoren* sind Betreiber des Law-Blogs [www.juraexamen.info](http://www.juraexamen.info).

<sup>1</sup> Allgemein zur Bedeutung der Versammlungsfreiheit im demokratischen Rechtsstaat *Schneider*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 8 Rn. 1; *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: November 2006, Art. 8 Rn. 1 ff., 29 ff.; *Kniesel*, NJW 1992, 857.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (343); instruktiv zum Brokdorf-Beschluss *Frowein*, NJW 1985, 2376.

<sup>3</sup> Vgl. grundlegend bereits BVerfG, Beschl. v. 19.7.1966 – 2 BvF 1/65 = BVerfGE 20, 56.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (345).

<sup>5</sup> *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 4.

<sup>6</sup> Zu den Parallelen zwischen Versammlungs- und Meinungsfreiheit grundlegend BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315, vgl. ferner *Kniesel*, NJW 1992, 857.

<sup>7</sup> Wie das BVerfG in dieser Entscheidung feststellte, garantiert Art. 8 GG nämlich den Grundrechtsträgern ein Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung, BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (343).

<sup>8</sup> *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 44.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 = BVerfGE 104, 92.



### 1. Anzahl der Versammlungsteilnehmer

Umstritten ist zum einen, wie viele Personen eine Versammlung ausmachen; zwei, drei (wohl h.M.) oder gar mehr sind hier die geforderten Mindestteilnehmerzahlen.<sup>10</sup> Bereits nicht mit dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 GG vereinbar ist jedenfalls die Bildung einer Versammlung durch eine Einzelperson.<sup>11</sup> Aus normenhierarchischen Gründen verbietet es sich ebenso, den Verfassungsbegriff des Art. 8 GG mithilfe des einfachgesetzlichen § 56 BGB zu konkretisieren, wonach sieben Personen zur Gründung eines Vereins notwendig sind. Dem Zweck des Art. 8 Abs. 1 GG, nämlich die kollektive Ausübung der Meinungsfreiheit, wäre am ehesten Genüge getan, wenn bereits zwei Personen ausreichen. Auch hat – wie bei allen Freiheitsrechten – ein weites Schutzbereichsverständnis den rechtsstaatlich erheblichen Vorteil, dass Einschränkungen der Freiheit auf der Eingriffs- und Rechtfertigungsebene diskutiert werden müssen, also jeweils begründungsbedürftig sind. Für die wohl h.M. spricht, dass erst ab einer Anzahl von drei Personen ein gewisser Koordinations- und Organisationsaufwand entsteht.

### 2. Gemeinsamer Zweck

Das nächste wichtige Definitionselement des Versammlungsbegriffs besteht darin, dass die Personengruppe durch einen gemeinsamen Zweck innerlich verbunden sein muss.<sup>12</sup> Die gemeinsame Zweckverfolgung unterscheidet die Versammlung von der bloßen Ansammlung.<sup>13</sup> Was genau im Hinblick auf das gemeinsame Anliegen zu fordern ist, wird ebenfalls kontrovers diskutiert.

Das BVerfG vertritt die Ansicht, dass Versammlungen und Aufzüge – im Unterschied zu bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen – als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung geschützt sind.<sup>14</sup> Gemeinsamer Zweck der Versammlungsteilnehmer ist nach dem BVerfG die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung. Die Karlsruher Richter schließen sich damit dem sogenannten Versammlungsbegriff an.<sup>15</sup> Diese Entwicklung hat sich im Zuge einer Vielzahl problematischer Grenzfälle abgezeichnet, insbesondere im Hinblick auf den Versammlungscharakter von Großevents wie der Love Parade<sup>16</sup>, die zwar noch eine gewisse politische Aussage für sich in Anspruch

nehmen, bei denen allerdings der Spaßcharakter im Vordergrund steht.<sup>17</sup> Die Anerkennung als Versammlung hat für die Veranstalter solcher Riesenparties diverse Vorteile. Sie brauchen für ihre Musikwagen aufgrund des gem. Art. 8 GG gebotenen Schutzes keine Sondernutzungsgenehmigung und ersparen sich die Kosten für Straßennutzung und Müllbeseitigung.<sup>18</sup> Das BVerfG hat hier dem Missbrauch einen Riegel vorgeschoben und das Vorliegen einer Versammlung grundsätzlich verneint<sup>19</sup>, zumindest wenn der schlichte Spaßcharakter der Veranstaltung eindeutig im Vordergrund stand. Eine Musik- und Tanzveranstaltung werde nicht allein dadurch insgesamt zu einer Versammlung, dass bei ihrer Gelegenheit auch Meinungskundgaben erfolgen.

Das die Teilnehmer verbindende Ziel muss folglich die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung sein. Eine Versammlung ist nach Ansicht des BVerfG nicht schon dann anzunehmen, wenn die Teilnehmer bei ihrem gemeinschaftlichen Verhalten durch irgendeinen Zweck miteinander verbunden sind, wie etwa schlicht dem gemeinschaftlichen Party-Erlebnis bei der Love-Parade und vergleichbaren Veranstaltungen. Hiergegen richten sich weitere Ansätze, nach denen jedwede Form der kollektiven Meinungsäußerung – ohne einen zwingenden Bezug zu öffentlichen Belangen – oder gar sonstige gemeinsame Zwecke als verbindendes Element zwischen den Teilnehmern ausreichen sollen.<sup>20</sup>

### 3. Friedliche Zusammenkunft

Von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt sind nur Versammlungen, die friedlich und waffenlos durchgeführt werden. Es handelt sich hierbei um eine Beschränkung des Schutzbereichs und nicht etwa um eine Schranke (wie Art. 8 Abs. 2 GG), die im Rahmen der Rechtfertigung heranzuziehen wäre. Dabei dürfen an das Merkmal der „Friedlichkeit“ keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden. Versammlungen sind gerade durch eine besondere Gruppendynamik und ein gewisses Unruhepotential gekennzeichnet. Insbesondere kann nicht jede Rechtsverletzung den Vorwurf der Unfriedlichkeit begründen.<sup>21</sup> Bei einer anderen Ansicht würde der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG leerlaufen, da beinahe jede Versammlung unter freiem Himmel durch mindestens geringfü-

<sup>10</sup> Vgl. überblicksartig zum Meinungsstand *Schneider* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 3; *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 44.

<sup>11</sup> Vgl. *Huba*, JZ 1988, 394.

<sup>12</sup> S. etwa BVerwG, Urt. v. 21.4.1989 – 7 C 50/88 = NJW 1989, 2411 (2412).

<sup>13</sup> Vgl. *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 46.

<sup>14</sup> So das BVerfG (K) in einer aktuellen Entscheidung v. 10.12.2010 – 1 BvR 1402/06, Rn. 19 (juris); hierzu ausführlich die folgenden Ausführungen unter Abschnitt IV.

<sup>15</sup> Es werden im Wesentlichen drei Ansätze vertreten: ein enger, ein erweiterter und ein weiter Versammlungsbegriff, vgl. hierzu die Übersicht bei *Bredt*, NVwZ 2007, 1358 (1360 f.); vgl. auch *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 46 f.

<sup>16</sup> Hintergrund ist hier vor allem die Frage, wer die Kosten für die Beseitigung der anfallenden Abfallberge trägt.

<sup>17</sup> S. etwa BVerfG, Beschl. v. 2.7.2001 – 1 BvQ 28/01, 1 BvW 30/01 = NJW 2001, 2459; BVerfG, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 = BVerfGE 104, 92; hierzu kritisch *Sachs*, JuS 2001, 1223; *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 47; *Tschentscher*, NVwZ 2001, 1243; zustimmend hingegen *Bredt*, NVwZ 2007, 1358; vgl. ferner *Deger*, NJW 1997, 923; *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274.

<sup>18</sup> *Tschentscher*, NVwZ 2001, 1243.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 2.7.2001 – 1 BvQ 28/01, 1 BvW 30/01 = NJW 2001, 2459.

<sup>20</sup> Einen weiteren Versammlungsbegriff als das BVerfG vertreten etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 8 Rn. 24; *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 46 f.; *Gusy*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 8 Rn. 16; *Tschentscher*, NVwZ 2001, 1243.

<sup>21</sup> *Schneider* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 11.

gige Beeinträchtigungen der Rechte Dritter gekennzeichnet ist. Wenn bereits jede Versammlung, die etwaige Rechtsverletzungen und Ausschreitungen impliziert, unfriedlich wäre, käme es gar nicht mehr zur Prüfung der Schranke des Art. 8 Abs. 2 GG auf der Rechtfertigungsebene. Unfriedlich ist eine Versammlung daher erst, „wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht schon, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt.“<sup>22</sup> Zu Gewalttätigkeiten Einzelner oder von Teilgruppen äußerte sich das BVerfG wie folgt: „Würde unfriedliches Verhalten Einzelner für die gesamte Veranstaltung und nicht nur für die Täter zum Fortfall des Grundrechtsschutzes führen, hätten diese es in der Hand, Demonstrationen umzufunktionieren.“<sup>23</sup> Aus diesem Grund entfällt das Merkmal der Friedlichkeit erst dann, wenn ein überwiegender Teil der Versammlung zu aggressiven Ausschreitungen neigt.

### III. Der örtliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit

#### 1. Die Entscheidung des BVerfG in der Sache *Fraport*

In der Klausur würde im Rahmen der Eröffnung des Schutzbereichs somit zuvorderst der Begriff der Versammlung als solcher definiert und subsumiert, wobei die o.g. Problemfelder eine Rolle spielen können. Da es sich allerdings um altgediente Standardprobleme handelt, ist es für den Klausurersteller weitaus interessanter, atypische Konstellationen abzurufen. Solche Probleme stellen sich im Hinblick auf das „wo“, „wie“ und „wann“ der Versammlung; der Versammlungsbegriff hat also nicht bloß eine inhaltliche, sondern auch eine örtliche sowie zeitliche Dimension.

Ein Problemkreis, der sich hervorragend für die Implementierung in einen Klausursachverhalt eignet, wurde kürzlich durch eine neuere Entscheidung des BVerfG zur örtlichen Dimension der Versammlungsfreiheit begründet.<sup>24</sup> Daneben beschäftigte sich diese Entscheidung mit einem anderen Problemschwerpunkt, nämlich der Frage der Grundrechtsbindung eines von der öffentlichen Hand beherrschten gemischtwirtschaftlichen Unternehmens in Privatrechtsform.<sup>25</sup>

*Sachverhalt (vereinfacht):* Der Flughafen Frankfurt a.M. wird von der Fraport AG betrieben, die zu 70% im Eigentum der öffentlichen Hand steht. Die Beschwerdeführerin (B) ist Mitglied einer „Initiative gegen Abschiebungen“, die sich gegen die Abschiebung von Ausländern unter Mitwirkung privater Fluggesellschaften wendet. Nachdem sie mit fünf weiteren Mitgliedern in der Abflughalle des

Frankfurter Flughafens an einem Abfertigungsschalter Flugblätter verteilt hatte, erteilte ihr die Fraport AG ein „Flughafenverbot“, wonach ihr Meinungskundgabe und Demonstrationen untersagt wurden. Das Verbot bezog sich dabei auch auf die Bereiche des Flughafens, die frei zugänglich sind (Einkaufsgeschäfte, Gastronomiebetriebe etc.). Die hiergegen gerichtete zivilrechtliche Klage der B blieb letztinstanzlich erfolglos. Die B erhebt hiergegen Verfassungsbeschwerde.

Das BVerfG stellte zunächst fest, dass der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nicht nur das Recht beinhaltet, sich mit anderen zu versammeln und versammelt zu bleiben, um gemeinsame Zwecke wahrzunehmen, sondern darüber hinaus auch das Recht zu bestimmen, wann, wo und unter welchen Modalitäten die Versammlung stattfindet.<sup>26</sup>

Der im Brokdorf-Beschluss postulierte Grundsatz der freien Ortswahl wurde vom BVerfG nunmehr eingeschränkt: Die freie Ortswahl ist danach nur für allgemein zugängliche Plätze gewährleistet.<sup>27</sup> Man kann sich also nicht in Bezug auf jeden Veranstaltungsort auf die Versammlungsfreiheit berufen. Anders verhält es sich hingegen bei der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG. Deren Schutzbereich ist in jedwedem Fall einer Meinungsäußerung eröffnet – einen Raumbezug gibt es insofern nicht.<sup>28</sup> Auf die Meinungsfreiheit kann somit im Gegensatz zur Versammlungsfreiheit immer zurückgegriffen werden, unabhängig davon, wo man sich gerade befindet.<sup>29</sup>

#### a) Kriterien

Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet dem BVerfG zufolge den Bürgern für die Verkehrsflächen allgemein zugänglicher Orte das Recht, das Publikum mit politischen Auseinandersetzungen, gesellschaftlichen Konflikten oder sonstigen Themen zu konfrontieren. Solche Möglichkeiten, Aufmerksamkeit zu erzielen, seien als Grundlage der demokratischen Willensbildung mit der Versammlungsfreiheit gewollt und würden ein konstituierendes Element der demokratischen Staatsordnung bilden.<sup>30</sup> Das BVerfG führte hierzu aus: „Dort wo öffentliche Kommunikationsräume eröffnet werden, kann der unmittelbar grundrechtsverpflichtete Staat nicht unter Rückgriff auf

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 = NJW 2002, 1031 (1032).

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (361).

<sup>24</sup> Sachverhalt nach BVerfG, Urte. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201.

<sup>25</sup> Allgemein zur Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume *Fischer-Lescano/Maurer*, NJW 2006, 1393.

<sup>26</sup> BVerfG, Urte. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 64 = NJW 2011, 1201; Dies entspricht dem bereits oben zitierten Ansatz im Brokdorf-Beschluss des BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (342).

<sup>27</sup> Das BVerfG rekurriert hierbei auf das Leitbild des öffentlichen Forums, was insbesondere im amerikanischen und kanadischen Recht Anwendung findet, vgl. etwa Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, (1991) 1 S. C. R. 139.

<sup>28</sup> *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 1), Art. 5 Rn. 9: „Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Meinungsäußerung und -verbreitung in einem umfassenden Sinne“.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG, Urte. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 98 = NJW 2011, 1201.

<sup>30</sup> BVerfG, Urte. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 70 = NJW 2011, 1201.

frei gesetzte Zweckbestimmungen oder Widmungsentscheidungen den Gebrauch der Kommunikationsfreiheiten aus den zulässigen Nutzungen ausnehmen: Er würde sich damit in Widerspruch zu der eigenen Öffnungsentscheidung setzen.“<sup>31</sup> Von dieser Definition erfasst sind – unabhängig von einfachrechtlichen Bestimmungen des Straßenrechts – zunächst öffentliche Straßen. Die Straßen seien das natürliche und geschichtlich leitbildprägende Forum, auf dem Bürger ihre Anliegen besonders wirksam in die Öffentlichkeit tragen und hierüber die Kommunikation anstoßen können.<sup>32</sup>

Ausgenommen sind neben nicht öffentlich zugänglichen Plätzen darüber hinaus allerdings auch Plätze, die zwar öffentlich zugänglich sind, in denen aber schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt werden kann (genannt seien hier etwa öffentliche Schwimmbäder und Krankenhäuser).<sup>33</sup> Wenn Orte in tatsächlicher Hinsicht ausschließlich oder ganz überwiegend nur einer bestimmten Funktion dienen, kann somit in ihnen die Durchführung von Versammlungen nach Art. 8 Abs. 1 GG nicht begehrt werden.

Zudem ist als drittes Kriterium erforderlich, dass der Inhaber des Platzes grundrechtsgebunden ist. Von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen unterliegen ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, einer unmittelbaren Grundrechtsbindung. Die Nutzung zivilrechtlicher Formen enthebt die staatliche Gewalt nämlich nicht von ihrer Bindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>34</sup>

Das BVerfG geht zudem davon aus, dass auch bei Plätzen in Privateigentum eine mittelbare Grundrechtswirkung in Betracht kommt. Nach dieser Ansicht müssten öffentlich zugängliche Plätze, selbst wenn sie in privater Hand liegen, für Versammlungen zugänglich gemacht werden. Unter welchen Bedingungen ein solcher privatrechtlicher Anspruch auf Zulassung zur Nutzung einer Fläche für eine Versammlung bestehen kann, lässt das BVerfG hingegen offen, da im entschiedenen Fall schon die unmittelbare Wirkung des Grundrechts durchgriff. Es bleibt in diesen privatrechtlichen Konstellationen somit fraglich, wann ein „öffentlich zugänglicher Platz“ vorliegt, der auch von seiner Zweckbestimmung her für Versammlungen nutzbar ist. Ein solcher Fall wäre denkbar, wenn etwa großflächige Plätze in privatem Besitz sind und den einzigen denkbaren Ort für eine Versammlung dar-

stellen (man denke zum Beispiel an große Parkplatzflächen).<sup>35</sup>

Es ergibt sich für die Prüfung des örtlichen Schutzbereichs somit das folgende Prüfungsschema:

- Vorliegen eines allgemein zugänglichen Platzes.
- Kein Platz, der nach seiner Zweckbestimmung nicht für Versammlungen geeignet ist.
- Unmittelbare oder mittelbare Grundrechtsbindung des Inhabers.

#### b) Konkrete Anwendung im Fall

Für den vorliegenden Fall bedeutet diese Auslegung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit, dass diejenigen Bereiche des Flughafens, die öffentlich zugänglich sind, vom örtlichen Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst sind.<sup>36</sup> Wenn hingegen eine individuelle Eingangskontrolle, wie hier eine Sicherheitsschleuse zum Abflugbereich, vorliegt, so haben nur bestimmte Personen Zutritt. Dieser Teil des Flughafens ist dem allgemeinen Verkehr somit nicht eröffnet. Die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit kann an solchen Orten nach Auffassung des BVerfG nicht beansprucht werden.<sup>37</sup> Im Fraport-Fall hatte dies zur Folge, dass die B sich hinsichtlich der öffentlich zugänglichen Teile des Flughafens auf Art. 8 Abs. 1 GG berufen konnte. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung galt es dann, die Sicherheitserfordernisse, die insbesondere den Grundrechten Dritter dienen, mit der Versammlungsfreiheit der B abzuwägen. Das BVerfG beurteilte die Betriebsstörungen in den Eingangshallen des Flughafens als lediglich geringfügig.<sup>38</sup> Insofern wurde eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 GG festgestellt, so dass die Verfassungsbeschwerde der B erfolgreich war.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Im Gegensatz zur Begründung des BVerfG ist der Anwendungsbereich des zur Konkretisierung herangezogenen amerikanischen Konzepts des public forum (s. Fn. 30) lediglich auf Fälle beschränkt, die in Deutschland der unmittelbaren Grundrechtsbindung unterfallen würden. Zum Konzept des public forum etwa Supreme Court of the United States, *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983).

<sup>36</sup> Interessant hierzu die abweichende Meinung des Richters *Schluckebier* in Rn. 118 ff., wonach die Abfertigungshallen eines Großflughafens vom Schutzbereich auszunehmen gewesen seien, weil sie ganz überwiegend nur einer bestimmten Funktion dienten, nämlich der Abfertigung von Flugreisenden.

<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 70 = NJW 2011, 1201.

<sup>38</sup> Hierzu die (gut vertretbare) abweichende Meinung von Richter *Schluckebier* in Rn. 86 ff., der davon ausgeht, dass selbst eine bloß geringfügige Beeinträchtigung in den Abfertigungshallen eines Großflughafens schnell in eine erhebliche, weitgreifende Betriebsstörung umschlagen könne.

<sup>39</sup> Daneben beschäftigte sich das BVerfG noch mit einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG, die ebenso – allerdings deutlich unproblematischer – vorlag, vgl. BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 96 = NJW 2011, 1201.

<sup>31</sup> BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 68 = NJW 2011, 1201.

<sup>32</sup> BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 67 = NJW 2011, 1201.

<sup>33</sup> BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, Rn. 65 = NJW 2011, 1201.

<sup>34</sup> Ein solches grundrechtsgebundenes Unternehmen liegt nach der Rechtsprechung des BVerfG vor, wenn die öffentliche Hand mehr als 50% der Anteile hält, vgl. BVerwG, Urt. v. 18.3.1998 – 1 D 88/97 = NVwZ 1998, 1083 (1084); a.A. die abweichende Meinung des Richters *Schluckebier* in der besprochenen Entscheidung, Rn. 113.

## 2. Virtuelle Versammlungen

Eine weitere – bisher von der Rechtsprechung des BVerfG nicht entschiedene – Dimension des örtlichen Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 GG stellen sog. virtuelle Versammlungen dar. Im Zeitalter von Facebook, Twitter und Internetforen stellt sich die Frage, ob virtuelle Zusammenkünfte ebenfalls vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG erfasst sind. Die in der Sache *Fraport* entschiedene Konstellation konkretisiert zwar die Dimension des Schutzbereichs im Hinblick auf den Zugang zu öffentlich zugänglichen Plätzen. Sie lässt jedoch die Frage offen, ob eine Versammlung auch dann vorliegt, wenn sich Menschen lediglich über das Internet zusammenfinden. Es handelt sich bei dieser Frage um eine Streitigkeit, die bereits bei der Definition des Versammlungsbegriffs (II.) anzusprechen wäre; aufgrund der Nähe zur Problematik des örtlichen Schutzbereichs soll dieser Problemschwerpunkt jedoch an dieser Stelle behandelt werden. Wenn nämlich die Versammlungsqualität bei Internetzusammenkünften zu bejahen wäre, hätte dies automatisch auch eine Ausweitung des örtlichen Schutzbereichs für diese Fälle zur Folge.

Zunächst gilt es für diesen Problemkreis festzustellen, dass der Versammlungsbegriff des Grundgesetzes grundsätzlich offen in Bezug auf die Modalitäten der Versammlung ist.<sup>40</sup> Fraglich ist jedoch, ob der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG auch die physische Präsenz der Zusammenkunft erfordert. *Depenheuer* legt dar, dass virtuelle Treffen mangels Körperlichkeit keine Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG darstellen. Eine Versammlung erfordere unabdingbar die gleichzeitige körperliche Anwesenheit mehrerer Personen an einem Ort. Dies werde schon durch den Begriff „sich versammeln“ impliziert; der Zusammenhang mit dem Subjekt „alle Deutschen“ mache klar, dass Menschen körperlich präsent sein müssten. Im körperlichen Fernbleiben der Internetuser liege gerade ein Verzicht auf die von der Versammlungsfreiheit geschützte spezifische Form der kollektiven Grundrechtsausübung.<sup>41</sup>

Der offene Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 GG legt einen solchen Schluss indessen zumindest nicht zwingend nahe. Auch funktionale Überlegungen sprechen nicht zwangsläufig gegen die Einbeziehung virtueller Versammlungen in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit, denn eine kollektive Meinungsäußerung ist gerade auch über Facebook-Gruppen oder andere Plattformen und Foren möglich. Die Jasminrevolution in Tunesien und ebenso die Vorgänge in Ägypten und Libyen haben gezeigt, dass sich über soziale Netzwerke im Internet durchaus die für Versammlungen typische Gruppendynamik entwickeln kann und die kollektive Meinungsäußerung als eine Machtdemonstration gegenüber der herrschenden politischen Kaste wahrgenommen wird. Das Gesellschaftsrecht hat sich bereits für virtuelle Hauptversammlungen und Mitglie-

dersammlungen geöffnet.<sup>42</sup> Diesen neuen Formen der Kommunikation sollte auch das Grundgesetz offen gegenüber stehen. *Kraft* und *Meister*<sup>43</sup> weisen zu Recht darauf hin, dass mit veränderten Verhältnissen durchaus ein Verhalten in den Schutzbereich eines Grundrechts fallen kann, das zum Zeitpunkt des Grundgesetzlerlasses gar nicht bekannt und vorhersehbar war.

Einschränkend ist *Depenheuer* sicherlich insofern zuzustimmen, als er solche Kommunikationsmittel des Internets, die im Prinzip vorgefertigten Protestschreiben wie etwa einem offenen Brief ähneln, nicht vom Schutzbereich des Art. 8 GG erfasst sieht. Das Maß an Interaktivität und gleichzeitiger virtueller Präsenz nimmt jedoch im Web 2.0 täglich zu. Viele neue Formen von Protestbewegungen im Netz gehen daher bereits jetzt deutlich über die o.g. herkömmlichen Formen der kollektiven Meinungsäußerung hinaus. Daher sollte man zumindest nicht pauschal neue Formen des virtuellen Protests vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ausschließen, sondern von Fall zu Fall entscheiden, ob die im Netz zusammengekommene Gruppe im Vergleich zu einer klassischen Versammlung mit gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit als funktional äquivalent angesehen werden kann.

Andererseits zeigt gerade die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Begründung eines örtlichen Schutzbereichs, dass die Versammlungsfreiheit im Vergleich zur Meinungsfreiheit durchaus örtlich begrenzt werden kann, so dass es sehr gut vertretbar erscheint, Internetzusammenkünfte nicht als vom Schutzbereich des Art. 8 GG erfasst zu sehen. Eine klarstellende Entscheidung des BVerfG steht freilich noch aus.

## IV. Inhalt der Versammlung – Schweigeproteste

In einer weiteren aktuellen Entscheidung hat sich die *Erste Kammer* des *Ersten Senats* des BVerfG mit der Reichweite des geschützten Inhalts einer Versammlung beschäftigt.<sup>44</sup> Die Entscheidung bestätigt darüber hinaus, dass die fehlende Anmeldung einer Versammlung nicht den Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG entfallen lässt.<sup>45</sup>

*Sachverhalt (vereinfacht)*: In der kleinen Stadt F fand die angemeldete Demonstration „Keine schweigenden Provinzen – Linke Freiräume schaffen“ statt. Der Beschwerdeführer (B) postierte sich schweigend zusammen mit ca. 40 weiteren Personen aus der rechten Szene entlang der Route der Demonstration, um so gegenüber den Teilnehmern der linken Demonstration „Gesicht zu zeigen“. Eine Anmeldung dieser Versammlung fand nicht statt. Über Plakate, Flugblätter oder sonstige Hilfsmittel der Kommunikation verfügten B und seine Kollegen nicht. Nachdem der Einsatzleiter der Polizeikräfte dreimal einen

<sup>40</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (343).

<sup>41</sup> Vgl. *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 45; ebenso *Kniesel*, NJW 2000, 2857 (2860); *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366; a.A. *Seidel*, DÖV 2002, 283 (285), der auch eine virtuelle Versammlung als von Art. 8 Abs. 1 GG erfasst sieht.

<sup>42</sup> Hierzu *Fleck*, DNotZ 2008, 245; *Schwarz*, MMR 2003, 23; *Dauner-Lieb*, WM 2007, 9; *Noack*, NZG 2003, 241.

<sup>43</sup> *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366 (367 f.).

<sup>44</sup> Sachverhalt nach BVerfG (K), Beschl. v. 10.12.2010 – 1 BvR 1402/06.

<sup>45</sup> Vgl. bereits BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (348 ff.).

Platzverweis gegen die Gruppe ausgesprochen hatte, verließ diese den Ort. B erhielt im Anschluss einen Bußgeldbescheid wegen fahrlässiger Teilnahme an einer unerlaubten Ansammlung gem. § 113 OWiG. Dieser Bescheid wurde i.H.v. 75 € vom Amtsgericht bestätigt. Rechtsgrundlage sei § 113 OWiG i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 1 BbgPolG (Ermächtigungsgrundlage für Platzverweise). Die Rechtsbeschwerde des B zum OLG war erfolglos. Mit einer Verfassungsbeschwerde rügt B die Verletzung seiner Versammlungsfreiheit.

Nach dem Kammerbeschluss des BVerfG ist der stillschweigende Protest von B und seinen Mitstreitern als vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst einzustufen. Art. 8 GG sei nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasse auch non-verbale Ausdrucksformen. Schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes könnten die Versammlungsteilnehmer – im eigentlichen Sinne des Wortes – Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen.<sup>46</sup> Die Gruppe um B wollte hier gegenüber dem politischen Gegner „Gesicht zeigen“ und sich so mit ihm auseinandersetzen. Auch wenn damit letztlich einfach nur eine ablehnende Haltung zum Ausdruck gebracht wurde, ist dennoch von einer geschützten Versammlung auszugehen. Die Kammer betont richtigerweise, dass es auf die Wertigkeit der geäußerten Meinung nicht ankomme.<sup>47</sup> Dies entspricht im Übrigen der Wertung des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG.

Irrelevant war vorliegend auch, dass die Versammlung – anders als die Demo der linken Gruppe – nicht angemeldet war. Zwar besteht grundsätzlich nach § 14 VersG (bzw. nach entsprechenden Vorschriften der Länder, falls existent) eine Anmeldepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel. Der Schutz des Art. 8 GG besteht jedoch, im Text der Bestimmung unmissverständlich ausgedrückt, unabhängig davon, ob eine Versammlung angemeldet wurde.<sup>48</sup> Allein auf einen Verstoß gegen die Anmeldepflicht kann daher ein Versammlungsverbot nicht gestützt werden. § 15 VersG ist entsprechend verfassungskonform auszulegen.<sup>49</sup> Folglich konnte die Versammlung hier nicht ohne weiteres durch einen Platzverweis gestützt auf polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen aufgelöst werden. Das Versammlungsrecht sperrt insofern die Anwendbarkeit des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (sog. Polizeifestigkeit der Versammlung). Mithin war auch der Bußgeldbescheid rechtswidrig. B wurde somit in seinem Grundrecht aus Art. 8 GG verletzt.

<sup>46</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 10.12.2010 – 1 BvR 1402/06, Rn. 19 (juris).

<sup>47</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 10.12.2010 – 1 BvR 1402/06, Rn. 23 (juris).

<sup>48</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 10.12.2010 – 1 BvR 1402/06, Rn. 20 (juris); vgl. ferner BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315.

<sup>49</sup> BVerfG v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315.

## V. Die zeitliche Reichweite der Versammlungsfreiheit – Durchsuchungen im Vorfeld einer Versammlung

Auch die zeitliche Dimension des Schutzes der Versammlungsfreiheit ist von derselben Kammer des Ersten Senats in einer weiteren aktuellen Entscheidung behandelt worden.<sup>50</sup> Mit der Beschreibung dieses Falles sind mithin hier alle von Art. 8 Abs. 1 GG gewährleisteten Dimensionen des Schutzbereichs angesprochen, die einst im Brokdorf-Beschluss eher konturlos dargestellt wurden.

*Sachverhalt (vereinfacht):* Der Beschwerdeführer B meldete für den 2.3.2002 in Bielefeld eine Versammlung unter dem Motto „Die Soldaten der Wehrmacht waren Helden, keine Verbrecher“ an. Anlass war die in Bielefeld gezeigte Ausstellung „Verbrechen der Wehrmacht, Dimensionen des Vernichtungskrieges 1941-1944“. Im Folgenden ordnete das Polizeipräsidium die „Auflage“ an, dass die Teilnehmer der vom Beschwerdeführer geplanten Versammlung vor Beginn der Veranstaltung polizeilich durchsucht werden. Die Polizei befürchtete Ausschreitungen zwischen den Versammlungsteilnehmern und linken Gegendemonstranten. Dabei stützte sie sich im Wesentlichen auf die Tatsache, dass seitens der Veranstalter bereits Vorsichtsmaßnahmen für eventuelle Angriffe durch Gegendemonstranten getroffen wurden. Gegen den Bescheid klagte B erfolglos. Nun rügt er mittels Verfassungsbeschwerde eine Verletzung von Art. 8 GG.

Die Verfassungsbeschwerde des B war in diesem Fall erfolgreich. Was die zeitliche Dimension des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit betrifft, so bekräftigen die Karlsruher Richter ihre schon in der bisherigen Rechtsprechung vertretene Ansicht, dass nicht nur die Versammlung selbst, sondern auch das zeitlich vorgelagerte Sich-Versammeln von Art. 8 Abs. 1 GG erfasst ist.<sup>51</sup> Andernfalls liefe die Versammlungsfreiheit Gefahr, durch staatliche Maßnahmen im Vorfeld der Grundrechtsausübung ausgehöhlt zu werden.<sup>52</sup> Verfassungswidrig sind damit alle behördlichen Maßnahmen, durch die etwa der Zugang zu einer Demonstration durch Behinderung von Anfahrten und schleppende vorbeugende Kontrollen unzumutbar erschwert oder ihr staatsfreier unreglementierter Charakter durch exzessive Observationen und Registrierungen verändert wird.<sup>53</sup> Die hier angeordnete polizeiliche Durchsuchung ist in besonderem Maße geeignet, eine einschüchternde Wirkung zu entfalten, die Teilnehmer in den Augen der Öffentlichkeit als möglicherweise gefährlich er-

<sup>50</sup> Sachverhalt nach BVerfG (K) v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04 = JA 2010, 839 = NVwZ-RR 2010, 625.

<sup>51</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04 = JA 2010, 839 = NVwZ-RR 2010, 625, Rn. 14; vgl. zuvor bereits BVerfG, Beschl. v. 11.6.1991 – 1 BvR 772/90 = BVerfGE 84, 203 (209).

<sup>52</sup> BVerfG, Beschl. v. 11. 6.1991 – 1 BvR 772/90 = BVerfGE 84, 203 (209).

<sup>53</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 = BVerfGE 69, 315 (349).



scheinen zu lassen und damit potentielle Versammlungsteilnehmer von einer Teilnahme abzuhalten.<sup>54</sup>

Folglich war hier auch die behördliche Anordnung zu Durchsuchungen im Vorfeld der eigentlichen Versammlung am Maßstab des Versammlungsrechts zu messen. Für eine solche „Auflage“<sup>55</sup> müsste sich daher eine Ermächtigungsgrundlage im Versammlungsrecht finden und diese muss stets im Lichte der Versammlungsfreiheit interpretiert werden. Mangels eines spezifischen Tatbestandes sind solche behördlichen Maßnahmen als „Minus-Maßnahme“ zu einem Versammlungsverbot auf Grundlage von § 15 VersG bzw. entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften möglich, wenn eine Gefahr vorliegt. Im vorliegenden Fall sah das BVerfG keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Gefahr. Die Prognose der Polizei fußte auf einer unzureichenden Tatsachenbasis. Der Umstand, dass bei der Versammlung Störungen der öffentlichen Sicherheit durch gewaltbereite linke Gegendemonstranten zu befürchten waren, hätte den zuständigen Behörden Anlass sein müssen, zuvörderst gegen die angekündigten Gegendemonstrationen Maßnahmen zu ergreifen.<sup>56</sup> Das durch gewaltbereite Gegendemonstranten drohende Gefahrenpotential sei der von dem Beschwerdeführer veranstalteten Versammlung nicht zurechenbar.

## VI. Fazit und Ausblick

Die soeben überblicksartig besprochenen Fälle haben gezeigt, dass auch nach über 60 Jahren Grundgesetz immer wieder interessante Problemkonstellationen zum Versammlungsrecht entstehen. Neue politische Protestbewegungen, kreative Formen des Protests und technischer Fortschritt werden auch in Zukunft dazu beitragen, dass das Versammlungsrecht in Bewegung bleibt. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Sicherheitsbedürfnis des Staates einerseits und den grundrechtlich geschützten Freiräumen des Einzelnen andererseits aufzulösen ist eine juristische Sisyphosaufgabe, der sich Politik, Behörden und Gerichte täglich neu stellen müssen. Ihre erfolgreiche Bewältigung ist der Lackmустest für eine freiheitlich-demokratische Gesellschaft.

---

<sup>54</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, Rn. 15 = JA 2010, 839 = NVwZ-RR 2010, 625.

<sup>55</sup> Zwar ist es im allgemeinen Sprachgebrauch üblich, solche Maßnahmen als Versammlungsaufgaben zu bezeichnen, es handelt sich hierbei jedoch freilich keineswegs um eine Auflage im Rechtssinne (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG). Eine Auflage im Sinne einer Nebenbestimmung nach § 36 VwVfG kann hier schon mangels eines Hauptverwaltungsakts nicht vorliegen. Eine Versammlung ist nicht genehmigungspflichtig. Die Versammlungsaufgabe stellt daher einen selbständigen Verwaltungsakt dar. Die für § 36 VwVfG typische Klausurproblematik der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen stellt sich daher hier nicht. Eine entsprechende Diskussion ginge am Thema vorbei.

<sup>56</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04, Rn. 18 = JA 2010, 839 = NVwZ-RR 2010, 625.

# Einige materielle und prozessuale Überlegungen zum Fall Demjanjuk

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock\*

## I. Anlass

Am 30.11.2009 begann in München der Prozess gegen John Demjanjuk.<sup>1</sup> Inzwischen ist das Urteil gesprochen (fünf Jahre Freiheitsstrafe) und sofortige Haftentlassung angeordnet worden. Die schriftlichen Gründe liegen noch nicht vor. Ob er die Straftat je antreten wird, ist fraglich. Im Wintersemester 2010 habe ich im universitären Teil des Staatsexamens im strafrechtlichen Schwerpunkt an der Universität Rostock folgenden Fall ausgegeben, der dem „Fall Demjanjuk“ – nicht zufällig – ähnelt, aber damit natürlich nicht gleichgesetzt werden darf, weil das Gericht möglicherweise andere Sachverhaltsfeststellungen getroffen hat. Der folgende Sachverhalt dürfte der historischen Wahrheit aber zumindest nahe kommen:

Im südostpolnischen Vernichtungslager Sobibor an der Grenze zur Ukraine sind ab 1942 mindestens 150.000 Menschen getötet worden. Zu den etwa 30 SS-Angehörigen kamen ca. 120 Trawniki-Männer, die für den reibungslosen Ablauf sorgten (Geleit zu den Gaskammern, Bewachung, Beaufsichtigung von Arbeitseinsätzen etc.). Bei diesen (nach ihrem Ausbildungslager Trawniki) sog. Trawniki-Männern handelte es sich um sog. SS-Freiwillige oder Hilfspolizei (Hiwi), die in deutsche Kriegsgefangenschaft geraten waren und in Konzentrationslagern einsaßen, so auch der Angeklagte A, ein gebürtiger Ukrainer. Was mit ihm geschehen wäre, wenn er sich nicht freiwillig zu den fremdvölkischen Hilfstruppen gemeldet hätte, ist unklar, schlimmstenfalls wäre er im KZ an Unterernährung, Krankheit oder Misshandlung selbst gestorben. Das Lagersystem, das aufgrund von vorliegenden schriftlichen und mündlichen Verwaltungsvorschriften von deutschen staatlichen Behörden, nämlich dem Reichssicherheitshauptamt (RSHA) und dem Wirtschaftsverwaltungshauptamt (WSHA) in Berlin, eingerichtet und betrieben wurde, hielt er für rechtens. Was er tat, tat er aufgrund von direkten Befehlen seines Vorgesetzten, des SS-Lagerkommandanten. Gefragt war ein materiell-rechtliches Gutachten zur Strafbarkeit nach dem (deutschen) StGB, sowie nach der Durchführbarkeit des Verfahrens in dem Falle, dass sich A, der auf das Verfahren gegen ihn und die womöglich hohe Straferwartung wie auf kränkendes Unrecht reagiert, während der Hauptverhandlung in einen Erregungszustand hineinsteigert, der ihn wegen seines hohen Alters und seiner angeschlagenen Gesundheit in Lebensgefahr bringt, wobei nach einem ausdrücklichen Bearbeitervermerk – wie aufgrund der verteidigerorientierten Schwerpunktausbildung an der Juristischen Fakultät der Universität Rostock mittler-

weile üblich – in allen Rechtsfragen primär ein Standpunkt vertreten werden sollte, der für den Angeklagten günstig ist.<sup>2</sup>

## II. Materielle Überlegungen

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

In Betracht kommt – nach Streichung des Völkermordtatbestandes (§ 220a StGB a.F.) aus dem StGB – Mord „aus niedrigen Beweggründen“ (§ 211 Abs. 2 1. Gruppe StGB), nämlich Rassenhass,<sup>3</sup> in mehreren Tausend Fällen.<sup>4</sup> Den Mordtatbestand gab es damals schon. Völkermord, der später eingefügt wurde, war nach der Aufgabenstellung nicht zu prüfen. Die ausdrückliche Begrenzung auf das deutsche StGB sollte den Kandidaten darüber hinaus die Auseinandersetzung mit der Frage ersparen, ob Sobibor damals im „Ausland“ lag (§ 7 StGB), was nicht weiter verfolgt werden soll.

Das Einpferchen wie Vieh in einem mit elektrischen Zäunen umgebenen Lager ist darüber hinaus das Musterbeispiel eines „Einsperrens“ gem. § 239 Abs. 1 Alt. 1 StGB – des Verhinderns des Verlassens eines Raumes durch äußere Vor-

<sup>2</sup> Außerdem war noch die Frage zu beantworten, ob ein niedergelassener Strafverteidiger das Mandat übernehmen müsste, was zu verneinen ist. Obwohl der Rechtsanwalt „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) ist, gehört er doch einem freien Beruf an (§ 1 BORA) und unterliegt grundsätzlich keinem Kontrahierungszwang, d.h. er kann das Mandat ablehnen, muss die Ablehnung dann aber unverzüglich erklären, will er sich nicht schadensersatzpflichtig machen, § 44 BRAO. Etwas anders liegt es bei der Pflichtverteidigung: Nach § 49 BRAO „muss“ der Rechtsanwalt eine Verteidigung übernehmen, „wenn er nach den Vorschriften der StPO zum Verteidiger bestellt ist“ (§§ 140 ff. StPO). Davon macht wiederum § 49 Abs. 2 BRAO i.V.m. 48 Abs. 2 BRAO eine Ausnahme, wonach der Rechtsanwalt die Aufhebung der Beordnung beantragen kann, wenn wichtige Gründe vorliegen. Dazu zählen etwa gesundheitliche Schwierigkeiten, Überlastung durch andere Mandate, Ungeübtheit oder Unerfahrenheit im Strafrecht, nach *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 142 Rn. 32, unter Berufung auf OLG Hamm NJW. 1975, 1283, auch die Unmöglichkeit, ein Vertrauensverhältnis zum Mandanten aufzubauen, „weil die Ideologien, die der Tat zugrunde liegen, dem Anwalt so wesensfremd sind, dass er dem Beschuldigten nicht das Gefühl geben kann, er werde sich voll für ihn einsetzen“. Davon dürfte allerdings aus rechtsstaatlichen Gründen dann eine Rückausnahme zu machen sein, wenn sich sonst niemand bereit findet, die Verteidigung zu übernehmen.

<sup>3</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 27; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 211 Rn. 14.

<sup>4</sup> In der Anklageschrift werden in solchen Fällen üblicherweise Mindestzahlen angegeben, kritisierend dazu *Prittowitz*, StV 2010, 648 (653).

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

<sup>1</sup> Dazu bereits *Prittowitz*, StV 2010, 648; *Rüter/Bärtle*, ZRP 2010, 92.

richtungen<sup>5</sup> – zu der A (durch die Bewachung) „Hilfe“ geleistet hat (§ 27 StGB). Da auch ein bereits seiner Freiheit beraubter noch weiter der persönlichen Fortbewegungsfreiheit beraubt werden kann, liegt auch im Vorhalten der Waffe beim Geleit zu den Gaskammern eine (täterschaftliche) Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB („auf andere Weise“). Doch sind diese Taten nach § 78 Abs. 2 und 3 StGB heute verjährt.<sup>6</sup>

Gem. § 78 Abs. 2 StGB verjährt Mord – im Unterschied zum Totschlag (§ 212 StGB) – nicht. Die Rechtsnatur der Verjährungsvorschriften ist umstritten. Nach überwiegender Meinung handelt es sich dabei um ein Verfolgungshindernis.<sup>7</sup> Andere sehen darin ein materiell-rechtliches und wieder andere ein gemischt materiell-prozessrechtliches Institut. Wichtiger als dies ist, ob § 78 Abs. 2 StGB auf die Taten des A überhaupt anwendbar ist, da damals auch der Mordtatbestand noch der Verjährung unterlag. Nachdem die Verjährungsfrist jeweils kurz vor Ablauf<sup>8</sup> mehrfach verlängert worden war, ist sie schließlich ganz aufgehoben worden. Die Frage ist, ob das mit dem Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbar ist. Die h.M. bejaht das. Die Frage ließe sich aber nach dem Bearbeitervermerk auch verneinen und die Möglichkeit der rückwirkenden Verlängerung der Verjährungsfrist nicht nur für bereits der Verjährung anheimgefallene<sup>9</sup> sondern auch für noch nicht verjährte Taten aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus verneinen. Weiter stellt sich die Frage, ob A wirklich (mit-)täterschaftlich Morde begangen hat oder vielmehr nur Gehilfe gewesen ist.

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme existieren bekanntlich mehrere Theorien.<sup>10</sup> Die Täterschaft des A dürfte jedoch nach allen Theorien zu verneinen sein.<sup>11</sup> Nach der subjektiven oder auch sog. Animus-Theorie muss der Betreffende einen Täterwillen (*animus auctoris*) gehabt haben. Wie schon der Name „SS-Hilfstruppen“ besagt, hatten

die Trawniki aber gerade keinen „Täterwillen“, sondern schon definitionsgemäß nur „Hilfswillen“. Auch nach der Tatherrschaftslehre dürften die Trawniki, was den Massenmord an Juden und anderen Häftlingen anbelangt, nur „Randfiguren“ des Geschehens mit untergeordneten Tatbeiträgen (Geleit zu den Gaskammern, Bewachung, Beaufsichtigung von Arbeitseinsätzen etc.) gewesen sein. Das schließt es nicht aus, dass auch Trawniki-Männer im Einzelfall Täter (sowohl von Misshandlungen wie von Morden) gewesen sind, doch ist das bei dem ausgegebenen Sachverhalt „in dubio pro reo“ nicht anzunehmen. Damit bleibt nur Beihilfe. Wieder ist (zunächst) zu klären, ob die Tat verjährt ist. In der Tat hat das LG Hamburg einmal die Auffassung vertreten, dass die Unverjährbarkeit gem. § 78 Abs. 2 StGB nur für „Verbrechen nach § 211“ (Mord) und nicht auch für „§§ 211, 27“ (Beihilfe zum Mord) gilt.<sup>12</sup> Die h.M. sieht das (zu Recht) anders. Danach gilt die Unverjährbarkeit von Mord auch für den Versuch, die Teilnahme und versuchte Beteiligung.<sup>13</sup>

Eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat liegt prima facie vor. Man könnte allenfalls noch mit einigen Literaturmeinungen, z.B. der Lehre von der positiven oder negativen Typenkorrektur, weitere Voraussetzungen des Mordtatbestandes aufzustellen versuchen, um die Strafbarkeit daran scheitern zu lassen. Aber abgesehen davon, dass es dann zu einem „Superlativ“ der Verwerflichkeit käme<sup>14</sup> und die h.M. dem daher nicht folgt, müsste man aber wohl die besondere Verwerflichkeit auch bejahen – wo sonst, wenn nicht bei den industriemäßigen Massenmorden in den Todescampen der Nazis? Dazu müsste „Hilfe geleistet“ worden sein, § 27 Abs. 1 StGB. Hilfe ist jedes Ermöglichen oder Erleichtern der Haupttat.<sup>15</sup> Das ist hier in dem Geleit zu den Gaskammern und in der Beaufsichtigung und Bewachung der Häftlinge zu sehen. Dies geschah auch wissentlich und willentlich, mithin vorsätzlich, wobei Wissen und Wollen sich sowohl auf die (Vollendung der) Haupttat wie auch auf den eigenen Tatbeitrag (sog. Doppelvorsatz) beziehen. Nach der Rspr., die in Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB) eigenständige Tatbestände sieht, genügt das: Der Teilnehmer muss lediglich Vorsatz bzgl. der Haupttat (Mord) haben. Ihrer Ansicht nach ist weder § 29 StGB noch § 28 Abs. 2 StGB anwendbar, wonach es bei den täterbezogenen Mordmerkmalen der ersten und dritten Gruppe nicht genügt, dass der Haupttäter ein solches besonderes persönliches Merkmal (legaldefiniert in § 14 Abs. 1 StGB) i.S.d. § 28 StGB aufweist, sondern der Teilnehmer das besondere persönliche Merkmal in eigener Person aufweisen muss. Läge beim Teilnehmer (unnötigerweise) auch ein besonderes persönliches (täterbezogenes) Mordmerkmal vor, so würde das allenfalls dazu führen, ihm

<sup>5</sup> Fahl/Winkler, Definitionen und Schemata, Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 239 Rn. 1.

<sup>6</sup> §§ 223 ff. und § 239 StGB stehen hier nur „pars pro toto“ für die zahlreichen anderen Delikte, derer A (laut Sachverhalt) angeklagt sein könnte, z.B. §§ 185 ff., 240 StGB.

<sup>7</sup> Siehe BGHSt 2, 301 (306 ff.); Kindhäuser (Fn. 3), Vor § 78 Rn. 2; zum Prüfungsstandort (regelmäßig im Anschluss an Rechtswidrigkeit und Schuld) Fahl/Winkler (Fn. 5), Vor § 1 Rn. 1-2.

<sup>8</sup> Dabei ist zu bedenken, dass die Verjährung bis zum Kriegsende und darüber hinaus bis zur Wiederaufnahme einer funktionsfähigen Rechtsprechung ruhte, § 79a Nr. 1 StGB.

<sup>9</sup> Insoweit lehnt auch die h.M. die Rückwirkung ab, s. Kindhäuser (Fn. 3), Vor § 78 Rn. 2: keine „Neueröffnung bereits abgelaufener Verjährungsfristen“.

<sup>10</sup> Vgl. Fahl/Winkler, Meinungsstreite, AT und BT/1, 2010, § 25 Rn. 4.

<sup>11</sup> Typischer Urteilsstil, bei dem die Begründung dem Ergebnis nachfolgt. Nicht nur das unterscheidet die vorliegenden Lösungshinweise von der anzufertigenden Klausurlösung (bei der auf solchen Urteilsstil richtigerweise ganz verzichtet werden sollte – dazu müssen die Sätze wieder umgedreht werden).

<sup>12</sup> Vgl. LG Hamburg NSStZ 1981, 141 f. m. krit. Anm. Schünemann; Triffterer, NJW 1980, 2049.

<sup>13</sup> Kindhäuser (Fn. 3), § 78 Rn. 2; Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 78 Rn. 11.

<sup>14</sup> Siehe dazu Fahl/Winkler, Meinungsstreite, BT/2, 2011, § 211 Rn. 4.

<sup>15</sup> Fahl/Winkler (Fn. 5), § 27 Rn. 2.

(contra legem) die obligatorische Strafmilderung des § 28 Abs. 1 StGB (i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) zu versagen.<sup>16</sup>

Nach der h.M. in der Lit. handelt es sich dagegen beim Mord um eine Qualifikation, so dass § 28 Abs. 2 StGB anwendbar wäre.<sup>17</sup> Was sich für den (ausführenden) SS-Mann (den, der mit einer Gasmaske versehen Zyklon B vom Dach aus in die Gaskammer gleiten ließ) als Mord aus Rassenhass darstellte, könnte sich für den teilnehmenden Trawniki „nur“ als (Beihilfe zum) Totschlag herausstellen (sog. Tatbestandsverschiebung). Da nur der Mordtatbestand (§ 211 StGB) und nicht der Totschlag (§ 212 StGB) von der Verjährung ausgenommen ist (§ 78 Abs. 2 StGB), wären die Taten damit doch verjährt. Darauf hat der ehemalige Vizepräsident des Bundesgerichtshofes *Jähnke* auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog 2009, wo die Frage diskutiert wurde, ob Mord nun ein Delikt eigener Art („delictum sui generis“) oder bloß eine Qualifikation des Totschlags ist, aufmerksam gemacht und vor einer Rechtsprechungsänderung gewarnt, die dazu führen könnte, dass einer Verurteilung von nationalsozialistischen Tätern wegen Beihilfe zukünftig das Prozesshindernis der Verjährung entgegenstehen könnte.<sup>18</sup> Dem wurde freilich bereits entgegengehalten, dass diese missliche Konsequenz nicht unvermeidbar sei.<sup>19</sup> Es ist schon zu bezweifeln, dass die Trawniki (als Ukrainer und damit „Arier“) nicht gleichfalls aus Rassenhass und damit aus niedrigen Beweggründen handelten, womit sich das Problem erledigen würde, wenn auch ein anderes (täterbezogenes) Mordmerkmal der ersten oder dritten Gruppe in der Person der Trawniki bejaht werden kann. Zwar kann es wohl ohne eine gewisse moralische Hybris nicht als sittlich „auf tiefster Stufe“<sup>20</sup> stehend angesehen werden, den eigenen Kopf um den Preis eines anderen Kopfes aus der Schlinge zu ziehen.<sup>21</sup> Wer aber die Geschichte des Vernichtungslagers Sobibor kennt, der weiß, dass die Häftlinge dort auch vergast wurden, um andere Straftaten, nämlich die, deren Zeugen sie bis dahin bereits geworden waren, zu verdecken (sog. Verdeckungsabsicht, § 211 Abs. 2 3. Gruppe Alt. 2 StGB). Aus diesem Grunde – Verdeckung – wurde Sobibor gegen Kriegsende völlig dem Erdboden gleich gemacht.

Abgesehen davon dürften die Vergasungen auch tatbezogene Mordmerkmale erfüllt haben und zwar sowohl Heimtücke – Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosig-

keit<sup>22</sup> der Opfer, denen üblicherweise gesagt wurde, es handle sich um Duschen (und nicht um Gaskammern) – sowie Grausamkeit – Zufügung von Schmerzen oder Qualen, die über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen<sup>23</sup> wenn man bedenkt, dass der Erstickungstod langsam und qualvoll ist, weil das Zyklon B vom Boden aufsteigt, so dass die Menschen in ihrem Todeskampf übereinander klettern in dem Bestreben, dort oben den letzten Atemzug frische Luft zu erheischen. Schließlich dürfte es sich bei dem (eigentlich als Rattengift gedachten) Zyklon B auch um ein „gemeingefährliches Mittel“ – Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen<sup>24</sup> – gehandelt haben. Hier zu argumentieren, das Mittel sei in seiner Wirkungsweise (durch die baulichen Voraussetzungen) von den Nazis gerade beherrschbar gemacht worden und daher keine Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl, sondern jeweils nur für eine (genauestens) bestimmte Anzahl gewesen, ist geradezu zynisch.<sup>25</sup> Damit stellt sich die Frage der Tatbestandsverschiebung (und damit der Verjährung) im Ergebnis nicht. Denn bei den „tatbezogenen“ Mordmerkmalen der zweiten Gruppe genügt beim Teilnehmer auch nach Ansicht der h.L. einfacher Vorsatz, der indes bereits bejaht wurde.

## 2. Rechtswidrigkeit

### a) Notstand gem. § 34 StGB

Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB muss schon daran scheitern, dass das Leben (der Opfer) gegen das Leben (der Trawniki) nicht abwägbar ist. Das eigene Leben – unterstellt, das habe sich im Kriegsgefangenen-KZ in gegenwärtiger (Dauer-)Gefahr befunden, die sich (in dubio pro reo) nicht anders als durch Absolvierung von Hilfsaufgaben für die SS habe abwenden lassen – auf Kosten des Lebens anderer zu retten, kann daher niemals gerechtfertigt sein, es sei denn, man wolle ein „todgeweihtes“ Leben (der im Vernichtungslager ankommenden Deportierten) gegenüber dem noch zu rettenden Leben (der Trawniki) doch für abwägbar halten.<sup>26</sup> Dem dürfte jedoch, wenn man sich schon auf solche utilitaristischen Erwägungen einlässt, entgegenstehen, dass hier ein einziges – noch dazu im Kriegsgefangenenlager ebenfalls „todgeweihtes“ – Leben gegen viele steht.

### b) Handeln auf Befehl

Dabei handelt es sich um einen eigenständigen – zumindest eigenen Regeln folgenden – Rechtfertigungsgrund. Nach der wohl h.M. ist zwischen rechtmäßigen, rechtswidrigen verbindlichen und rechtswidrigen unverbindlichen Befehlen zu

<sup>16</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 14), § 211 Rn. 3.

<sup>17</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 14), § 211 Rn. 2.

<sup>18</sup> Siehe *Pintaske/Sitzer*, in: *Jahn/Nack* (Hrsg.), *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*, Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009, 2010, S. 63 (m. Bespr. *Fahl*, GA 2010, 484); ein solcher Fehler ist schon einmal geschehen, s. *Greve*, JJZG 4 (2002/2003), 295.

<sup>19</sup> *Frommel*, in: *Jahn/Nack* (Fn. 18), S. 64; zust. *Fahl*, GA 2010, 484.

<sup>20</sup> So die Definition der h.M., vgl. *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 4.

<sup>21</sup> Zu etwaigen Motivbündeln *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 97.

<sup>22</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 5.

<sup>23</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 9.

<sup>24</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 10.

<sup>25</sup> Dazu sollte sich auch eine engagierte Verteidigung nicht hinreißen lassen, wenn man auch anerkennen muss, dass die Aufgabenstellung in gewisser Weise dazu auffordert, auch Rechtspositionen zu vertreten, die man moralisch nicht teilt.

<sup>26</sup> Wie das immerhin im Zusammenhang mit dem Abschuss gekappter Verkehrsflugzeuge diskutiert worden ist.

unterscheiden.<sup>27</sup> In erster Linie wird die Verteidigung argumentieren können, dass das, was damals Recht war, heute nicht Unrecht sein kann und den Befehl – nach damaliger Rechtslage – für rechtmäßig halten. Dem sind aber durch die *Radbruchsche Formel*<sup>28</sup> Grenzen gesetzt. Danach gilt das positive Gesetz grundsätzlich auch dann, wenn es ungerecht und falsch ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit so unerträglich ist, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ zurückzutreten hat. So liegt es hier.<sup>29</sup> Blicke die Möglichkeit, den Befehl als rechtswidrig, aber verbindlich anzusehen. Manche billigen solchen Befehlen in der Tat rechtfertigende Kraft zu.<sup>30</sup> Dagegen spricht, dass die Gefangenen sich dann nicht einmal mit Notwehr gegen die Bewacher wehren dürften. Denn Notwehr gegen Notwehr ist nicht möglich (Notwehrprobe). Das kann nicht richtig sein. Andere halten einen solchen (rechtswidrigen, aber verbindlichen) Befehl daher lediglich für einen Entschuldigungs- oder Schuldaußschließungsgrund.<sup>31</sup> Doch wird man im Ergebnis einen Befehl zur Beihilfe zum industriellen Massenmord nicht einmal für (in diesem Sinne) „verbindlich“ halten dürfen, weil dadurch die Menschenwürde (nunmehr: Art. 1 GG) verletzt wird.<sup>32</sup>

### 3. Schuld

#### a) § 17 StGB

Dem Angeklagten könnte bei Begehung der Tat die Einsicht gefehlt haben, Unrecht zu tun, § 17 Abs. 1 S. 1 StGB.<sup>33</sup> In-

dem er das von der SS errichtete Lagersystem für rechtens hielt, könnte er sich in einem sog. Erlaubnisirrtum – Irrtum über die rechtlichen Grenzen (Menschenwürde) eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (Handeln auf Befehl) bzw. Glauben an einen von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund (etwa die rechtfertigende Kraft des vermeintlichen oder wirklich vorhandenen Führerbefehls bzw. auch der im Sachverhalt erwähnten Verwaltungsvorschriften vom Reichssicherheitshauptamt und Wirtschaftsverwaltungshauptamt in Berlin) – befunden haben, auf den § 17 StGB analog anzuwenden ist,<sup>34</sup> weil § 17 StGB ausweislich seiner Überschrift den „Verbotsirrtum“, also das Nichtwissen um ein Verbot und nicht den Erlaubnisirrtum, also den irrigen Glauben an einen Erlaubnissatz (sog. umgekehrter Verbotsirrtum) betrifft.<sup>35</sup> Welcher der beiden genannten Fälle vorliegt, ist schwer zu unterscheiden und letztlich auch unerheblich. Entscheidend ist, ob der Irrtum (zumal für einen mit dem deutschen Rechtssystem nicht in gleicher Weise wie ein Deutscher vertrauten Ukrainer) unvermeidbar war. Das lässt sich, auch angesichts der Erkenntnis wie schwer es Nachkriegsdeutschland gefallen ist, zentrale Reichsbehörden wie das Reichssicherheitshauptamt (RSHA) und Wirtschaftsverwaltungshauptamt (WVHA) in Berlin als „kriminelle Vereinigungen“ zu begreifen<sup>36</sup> – gut vertreten. Bei den hohen – gelegentlich zu hohen<sup>37</sup> – Anforderungen, die indes die Rspr. an die Vermeidbarkeit stellt (Stichwort: gehörige Gewissensanstrengung) ist freilich das umgekehrte Ergebnis nahe liegend.

#### b) Entschuldigung nach § 35 StGB

Zuletzt ist zu erwägen, ob A nicht aufgrund eines (entschuldigenden) Notstands entschuldigt werden kann, weil er sich als Kriegsgefangener der Deutschen und KZ-Häftling selbst in Lebensgefahr (§ 35 Abs. 1 S. 1 StGB) befunden hat. In der Tat muss – zumindest nach dem hiesigen Sachverhalt – angenommen werden, dass für Kriegsgefangene (insbesondere sowjetische<sup>38</sup>) die gegenwärtige und auch nicht anders abwendbare Gefahr bestand, selbst im Lager umzukommen. Das unterscheidet den vorliegenden Fall von dem der SS-Wachleute und Wehrmachtangehörigen, die allesamt nach dem Krieg behaupteten, sie seien selbst erschossen worden, wenn sie sich geweigert hätten, den Befehl zur Tötung zu befolgen, was in einer Vielzahl von Fällen nachweislich nicht

gestellt werden, dass er sittliche und geistige Reife hatte, das Unrecht der Tat einzusehen; auf Heranwachsende (unter 21 Jahren – das gab es in Auschwitz!) ist § 3 JGG aber gem. § 105 Abs. 1 JGG nicht anwendbar.

<sup>34</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), Vor § 1 Rn. 2; nach a.A. ist § 17 StGB direkt anzuwenden.

<sup>35</sup> Zur Abgrenzung vom davon zu unterscheidenden Erlaubnistatbestandsirrtum *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 32 Rn. 12; zu dessen Behandlung *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 16 Rn. 9.

<sup>36</sup> Siehe *Rüter/Bästlein*, ZRP 2010, 92 (93).

<sup>37</sup> Vgl. *Fahl*, JA 1999, 8; s. auch *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 17 Rn. 1.

<sup>38</sup> Die ersten Vergasungen in Auschwitz fanden an sowjetischen Kriegsgefangenen statt.

<sup>27</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 450.

<sup>28</sup> Siehe dazu *Fahl*, JA 2004, 449 (450).

<sup>29</sup> Wer sich anders entscheidet, muss nach dem Bearbeiterhinweis dennoch, quasi „hilfsgutachtlich“ – hoffentlich nicht „hilfsgutachterlich“ – weiter prüfen. Da man nach der Aufgabe stets die dem Mandanten günstigere Rechtsmeinung vertreten soll, kann es zu mehreren solcher (nacheinander geschalteten) „Hilfsgutachten“ kommen. Das ist nicht schön, muss aber bei dieser Art der Aufgabenstellung hingenommen werden.

<sup>30</sup> *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 32 Rn. 89; *Wessels/Beulke* (Fn. 27), Rn. 450; einschränkend *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 19: bei schweren Verstößen gegen das Strafrecht und die Menschenwürde, wie hier, habe die Unrechtsvermeidung Vorrang.

<sup>31</sup> *Fischer* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 16.

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Roxin* (Fn. 30), § 17 Rn. 15 mit dem Hinweis auf § 11 Abs. 1 S. 2 SoldG sowie § 56 Abs. 2 S. 3 BBG, § 38 Abs. 2 S. 2 BRRG: „sofern nicht das ihm aufgetragene Verhalten [...] die Würde des Menschen verletzt“; a.A. aber nach dem Bearbeitervermerk vertretbar – in den „Mauerschützen-Fällen“ nahm der BGH indes vielleicht zu pauschal die Unverbindlichkeit des Befehls wegen offensichtlichen Verstoßes gegen die Menschenwürde an, dazu *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 118e.

<sup>33</sup> Wäre A zur Tatzeit (vgl. § 1 Abs. 2 JGG) noch nicht 18 Jahre alt gewesen, so müsste nach § 3 JGG (vorrangig!) fest-



zutraf; schlimmstenfalls drohte ihnen eine Versetzung an die Ostfront (wo freilich ebenfalls eine Gefahr für Leib und Leben bestand, die für einen Soldaten aber hinnehmbar war). Es war ja gerade das Perfide an dem Nazi-System, dass es sogar die Grenzen zwischen Täter und Opfer verwischte. Fraglich mag allenfalls sein, ob A aufgrund irgendwelcher besonderer „Umstände“ „zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen“ (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB). Doch ist nicht recht zu sehen, welche das sein sollten.<sup>39</sup>

Damit ist A nach der hier vertretenen Auffassung entschuldigt. Zumindest die Strafmilderung nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB (an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe tritt danach Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren) kann ihm – das dürfte hier die letzte Verteidigungslinie sein – wohl nicht mit der zynischen<sup>40</sup> Begründung versagt werden, dass er die Gefahr „mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis“ (Kriegsgefangenschaft?) „hinzunehmen“ gehabt hätte. Wenn man A nicht für entschuldigt hält und Beihilfe zum Mord (§§ 211, 27 StGB) annimmt, so ist nur noch fraglich, in welchem Konkurrenzverhältnis die Tausenden von Mordtaten stehen. Was den Tod mehrerer Opfer in der Gaskammer anbelangt, liegt eine Beihilfehandlung i.S.d. § 52 Abs. 1 Alt. 1 StGB bzw. Geleit vor. Was aber die unzähligen einzelnen Häftlingstransporte während der Dienstzeit des A anbelangt, die in Sobibor ankamen und mit seiner Hilfe der „Sonderbehandlung“ zugeführt wurden, so hätten diese, selbst als es die „fortgesetzte Tat“ noch gab, wegen der Höchstpersönlichkeit des Rechtsgutes Leben nicht zu einer Deliktverwirklichung i.S.d. § 52 StGB „verschmolzen“ werden können.<sup>41</sup> Man kann sich mit der Annahme einer „natürlichen Handlungseinheit“ behelfen,<sup>42</sup> der zufolge die (mehreren) Deliktverwirklichungen, für die eigentlich § 53 StGB (Tatmehrheit) gelten würde, bei „natürlicher Betrachtungsweise“ als ein „einheitliches zusammengehöriges Tun“ erscheinen.<sup>43</sup>

### III. Prozessuale Überlegungen

Ähnliche Überlegungen wie in dem zur Bearbeitung ausgegebenen Sachverhalt dürften auch in dem vor dem Landgericht München verhandelten Originalfall eine Rolle gespielt haben. Zuletzt ist anlässlich des Verfahrens gegen Honecker darum gestritten worden, ob ein hohes Lebensalter oder eine geringe verbleibende Lebenserwartung bereits für sich genommen ein Prozesshindernis darstellen, so dass das Verfah-

ren gem. § 206a StPO (außerhalb der Hauptverhandlung ohne Schöffen durch Beschluss) bzw. gem. § 260 Abs. 3 StPO (durch Urteil unter Beteiligung der Schöffen) – auch darüber wurde im Honecker-Verfahren gestritten – eingestellt werden muss. In der Tat kann man die Ansicht vertreten, dass der Verfahrenszweck nicht mehr erreichbar sei, wenn der Angeklagte den Ausgang des Verfahrens mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr erleben wird.<sup>44</sup> Damit würde das Feststellungsinteresse der Gemeinschaft (u.U. auch das des Angeklagten) jedoch als zu gering eingestuft. Zur Wahrheitsfindung gehört zunächst die Aufklärung des Geschehens.<sup>45</sup> Dieses Interesse besteht unabhängig von der mutmaßlichen Lebensdauer des Angeklagten jedenfalls bis zu seinem Tode. Das bloße Lebensalter – zumal in einer immer älter werdenden Gesellschaft (demographischer Wandel) – als solches ist daher kein Einstellungsgrund<sup>46</sup> (das absurde Ergebnis wäre sonst, dass Senioren zwar Straftaten begehen, aber dafür nicht mehr verurteilt werden könnten).

Hier geht es aber auch nicht – jedenfalls nicht in erster Linie – um die aufgrund hohen Alters und angeschlagener Gesundheit begrenzte Lebenserwartung, sondern um eine für A bestehende akute Lebensgefahr durch Aufregung, die prinzipiell auch bei einem jüngeren Menschen vorkommen könnte. Wer vor Aufregung mit dem Tode ringt, ist nicht „verhandlungsfähig“, darunter versteht man die Fähigkeit des Beschuldigten, in oder außerhalb der Verhandlung seine Interessen wahrzunehmen, die Verteidigung zu führen und Prozessklärungen abgeben und entgegennehmen zu können.<sup>47</sup> Dabei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, ihr Fehlen ist Prozesshindernis und führt beim vorübergehenden Fortfall zur vorläufigen Einstellung nach § 205 StPO, beim endgültigen Fehlen zur Einstellung nach §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO (s.o.).

Falls die Verhandlungsunfähigkeit jedoch selbst herbeigeführt wird, z.B. durch Hungerstreik<sup>48</sup> oder auch durch Hineinsteigern in einen die Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand,<sup>49</sup> gilt § 231a StPO bzw. (wenn der Angeklagte

<sup>39</sup> Für einen besonderen (Rechtfertigungs- oder) Entschuldigungsgrund der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ ist daneben nach h.M. kein Raum, vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 27), Rn. 451.

<sup>40</sup> Zynismus ist weder in der einen noch in der anderen Richtung angebracht, gerade bei dem vorliegenden Thema wollen die Worte gut gewählt sein und dennoch besteht immer die Gefahr, einen falschen Ton zu treffen. Das wird man bis zu einem gewissen Grad zu entschuldigen haben.

<sup>41</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 53 Rn. 1.

<sup>42</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 53 Rn. 2.

<sup>43</sup> Hierin könnte ein weiteres Betätigungsfeld für die Argumentation der Verteidigung liegen.

<sup>44</sup> Vgl. *BerlVerfGH NJW* 1993, 515 (517); *BerlVerfGH JR* 1994, 382 (386); *Limbach*, *Der drohende Tod als Strafverfahrenshindernis*, 1998, S. 133; abl. *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 289.

<sup>45</sup> So auch *Beulke* (Fn. 44), Rn. 12 m.w.N. und – unter ausdrücklichem Verweis auf die NS-Verfahren der Vergangenheit und die Notwendigkeit der Aufklärung schwerer Straftaten als zentraler Aufgabe eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens – *BVerfGE* 77, 65 (77).

<sup>46</sup> So auch *Prittowitz*, *StV* 2010, 648 (653 f.).

<sup>47</sup> Vgl. *BGHSt* 41, 16 (18).

<sup>48</sup> Vgl. *BGHSt* 26, 228 (Baader-Meinhof-Fall).

<sup>49</sup> Vgl. *BGHSt* 2, 300 (305): Die angeklagte Ehefrau eines im April 1945 hingerichteten Konzentrationslagerkommandanten hatte ihre „zeitweilige Verhandlungsunfähigkeit selbst herbeigeführt, indem sie sich, um das Verfahren zu hindern, in krankhafte seelische Erregung versetzte“, aus der sie sich dann „allerdings nicht mehr ohne weiteres befreien konnte“; s. auch *OLG Hamm NJW* 1977, 1739: „bewusstes Sich-Hineinsteigern in einen psychischen Ausnahmezustand“.

über die Anklage schon vernommen war und das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für erforderlich hält) § 231 Abs. 2 StPO analog (sich verhandlungsunfähig machen als „Entfernen“). In beiden Fällen kann die Verhandlung ohne den Angeklagten durchgeführt werden. Freilich ließe sich bestreiten, dass der Angeklagte sich „vorsätzlich oder schuldhaft“ in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt und dadurch „wissentlich“ die ordnungsgemäße Durchführung oder Fortsetzung der Hauptverhandlung in seiner Gegenwart (§ 231a Abs. 1 S. 1 StPO) verhindert hat, weil das „Hineinsteigern“ unwillkürlich ablaufe und sich nicht steuern lasse<sup>50</sup> und dieselben Voraussetzungen, so ließe sich argumentieren, auch für § 231 Abs. 2 StPO gelten müssten, obwohl dort nach dem Gesetzeswortlaut ein schuldhaftes Verhalten nicht vorausgesetzt ist.<sup>51</sup>

Dieser Argumentation bedarf es aber nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts gar nicht: So drang ein 74-jähriger ehemaliger SS-Unterscharführer im Konzentrationslager Auschwitz, dem die Ermordung sechs jüdischer Häftlinge im Lager „Kanada“ vorgeworfen wurde, mit dem Vortrag durch, „dass für ihn auch bei der Fortführung des Verfahrens in seiner Abwesenheit eine naheliegende und konkrete Lebens- oder schwerwiegende Gesundheitsgefahr bestehe“; die Ungewissheit, was in seiner Abwesenheit geschehe, belaste ihn sogar noch mehr als die Teilnahme an der Hauptverhandlung und die damit verbundene Gewissheit.<sup>52</sup> Auch das Verfahren gegen einen zum Zeitpunkt der Verhandlung 71-jährigen ehemaligen SS-Obersturmbannführer im Konzentrationslager Mittelbau/Dora, dessen Gutachter zu dem Ergebnis kam, „der Beschwerdeführer reagiere auf eine womöglich hohe Strafdrohung wie auf ein kränkendes Unrecht und gerate dadurch in einen Erregungszustand, der ihn unter Umständen in Lebensgefahr bringe“ (und dass der Verhandlungsfähigkeit ausschließende affektlabile Zustand „vorzugsweise durch bestimmte Themen aus der Biographie“ und „durch bestimmte Reizworte“ ausgelöst werde), ist eingestellt worden.<sup>53</sup>

Freilich soll nicht verhehlt werden, dass ich diese Rspr. für falsch halte: Zumindest solche Gefahren, die mit der Erwähnung von „bestimmten Themen aus seiner Biographie“ verbunden sind – zumal wenn diese nichts anderes sind, als das Verbrechen, das ihm zur Last gelegt wird – sind m.E. dem Bereich des allgemeinen Lebensrisikos zuzuschlagen. Den Befindlichkeiten sensibler Angeklagter ist mit der Verhandlung in Abwesenheit Genüge getan. Mehr muss nicht

getan werden, um ihm die „Thematisierung“, wenn man die Durchführung eines Strafverfahrens zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs so bezeichnen will, vor der er im Übrigen auch etwa bei der Begegnung mit seinen Opfern in der Öffentlichkeit oder in Rundfunk und Fernsehen nicht gefeit ist, zu „ersparen“.<sup>54</sup>

Ähnliche Überlegungen wie die hier angestellten könnten zukünftig noch eine Rolle für die Haft(un-)fähigkeit (Vollzugsuntauglichkeit) des Verurteilten spielen – aber das ist eine andere Frage.

<sup>50</sup> In diesem Sinne *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 772; *Gatzweiler/Mehle*, in: Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl. 2007, § 10 Rn. 75.

<sup>51</sup> Zu beiden Vorschriften und insbes. der Fortgeltung der Analogie zu § 231 Abs. 2 StPO auch nach Einführung des § 231a StPO *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, S. 303 f.

<sup>52</sup> BVerfGE 89, 120 = NJW 1994, 1590 = NSZ 1993, 598 m. Anm. *Meurer* – das LG hatte gemeint, das Vorbringen sei „aus Rechtsgründen unbeachtlich“.

<sup>53</sup> BVerfGE 51, 324 = NJW 1979, 2349; s. dazu *Kröpil*, AnwBl. 2001, 198 (202 f.).

<sup>54</sup> Ausführlich *Fahl* (Fn. 51), S. 313.

# Übungsfall: Wenn es schnell gehen muss ... – Probleme unter Kaufleuten

Von Wiss. Mitarbeiter **Marcel Neumair**, Akad. Rat a.Z. **Hans Martin Schellhase**, Augsburg\*

*Der Übungsfall wurde im Wintersemester 2010/2011 in leicht veränderter Form im Rahmen der Vorlesung Handelsrecht von Frau Prof. Dr. Beate Gsell an der Universität Augsburg als Vorlesungsabschlussklausur gestellt. Zentrale Fragen sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufs gem. § 373 Abs. 2 HGB, die Untersuchungs- und Mängelrügeobliegenheit des Käufers beim Handelskauf sowie dessen Rücktrittsrecht wegen mangelhafter Lieferung beim Fixhandelskauf.*

## Sachverhalt

### Fall 1

Kaufmann Karl Kramer (K) bestellt bei Kaufmann Volker Vogler (V) Waren zum Preis von 12.000 €, wobei als Lieferdatum und Zeitpunkt für die Kaufpreiszahlung der 12.3. festgelegt wird. Als V pünktlich am 12.3. bei K anruft und ankündigt, er werde in der nächsten Stunde mit der Ware eintreffen, erklärt K, ihm fehlten momentan Lagerkapazitäten, er könne erst am 20.3. abnehmen und werde auch dann erst bezahlen. V setzt K daraufhin eine Frist, bis spätestens 15.3. den Leistungsaustausch wie vereinbart durchzuführen. K reagiert nicht. Daraufhin lässt V die Ware nach vorheriger Androhung und Beachtung der sonstigen Förmlichkeiten des § 373 Abs. 5 HGB öffentlich versteigern, wobei 11.000 € erzielt werden.

K möchte wissen, ob er weiterhin Lieferung verlangen kann oder ob V wenigstens verpflichtet ist, den Erlös an ihn auszuzahlen. V ist der Meinung, er dürfe den Erlös behalten und darüber hinaus Ersatz der Versteigerungskosten verlangen sowie Zahlung von 1.000 € Restkaufpreis.

Welche Ansprüche haben die Beteiligten gegeneinander?

### Fall 2

Kaufmann Vulpius (V) verkauft 1.000 Dosen Corned Beef an Kaufmann Krusius (K), wobei vereinbart wird, dass der Vertrag mit der einwandfreien Lieferung am 12.5. stehen und fallen soll. K unterlässt es, die Ware am 12.5. nach ihrem Eintreffen untersuchen zu lassen. Einige seiner Mitarbeiter berichten ihm jedoch eine Stunde nach Eintreffen der Lieferung wahrheitsgemäß, sie hätten anlässlich der Bewirtung von Gästen des Unternehmens einige Büchsen geöffnet und festgestellt, das Fleisch sei verdorben.

K teilt dies V sogleich per Telefon mit und verlangt Rückzahlung des von K bereits gezahlten Kaufpreises. Zu Recht?

---

\* Die Autoren sind am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, Prof. Dr. Beate Gsell, beschäftigt.

## Fall 1

### I. Ansprüche des K gegen V

1. Anspruch auf Übereignung und Übergabe der Waren gem. § 433 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch des K gegen V auf Übereignung und Übergabe der Waren gem. § 433 Abs. 1 BGB.

#### a) Wirksamer Kaufvertrag

Dies setzt zunächst voraus, dass ein wirksamer Kaufvertrag zwischen beiden vorliegt. Laut Sachverhalt war ein solcher Kaufvertrag geschlossen worden, Kaufgegenstand und Preis (12.000 €) waren hinreichend bestimmt.

#### b) Erlöschen des Anspruchs

Möglicherweise ist dieser Anspruch des K aber später erloschen.

##### aa) Unmöglichkeit

Der Anspruch könnte gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein, wenn die Leistung unmöglich ist. Dies wäre bereits dann der Fall, wenn die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Zweck des Vertrags und der gegebenen Interessenlage für den Gläubiger derart wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt, wenn also ein sog. absolutes Fixgeschäft vorliegt<sup>1</sup>. Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings um eine Warenlieferung, die auch bei nachträglicher Erbringung noch als Vertragserfüllung anzusehen wäre. Zudem hatte V dem K eine Nachfrist für die Abnahme bis zum 15.3. gesetzt, woraus sich ergibt, dass die Lieferung seiner Vorstellung nach nachholbar sein sollte. Da kein absolutes Fixgeschäft vorliegt, kann auch nicht schon durch Zeitablauf Unmöglichkeit eingetreten sein.

##### bb) Rücktritt

Der Anspruch könnte gem. § 346 Abs. 1 BGB durch Rücktritt des V erloschen sein. Fraglich ist allerdings, ob eine Rücktrittserklärung vorliegt. In der Androhung oder Durchführung eines Selbsthilfeverkaufs kann nach der gesetzlichen Konzeption jedoch keine konkludente Erklärung des Rücktritts gesehen werden<sup>2</sup>, was sich vor allem an § 373 Abs. 3 HGB erkennen lässt, wonach der Selbsthilfeverkauf als Geschäft des Käufers anzusehen ist und demnach der vertragliche Leistungsaustausch erhalten bleibt. Da V auch nicht in anderer Weise zum Ausdruck gebracht hat, er wolle den

---

<sup>1</sup> Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 271 Rn. 17.

<sup>2</sup> Ferner bringt der Annahmeverzug allein noch kein Rücktrittsrecht des Gläubigers mit sich; allerdings kann durch Nichtabnahme zugleich Schuldnerverzug eintreten und deshalb nach erfolgloser Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB ein Rücktritt möglich sein, vgl. Beckmann, in: Staudinger Eckpfeiler Zivilrecht, N. Rn. 198.

Vertrag nicht mehr gegen sich gelten lassen, fehlt es an einer Rücktrittserklärung.

### cc) Erfüllung

Es ist jedoch zu beachten, dass ein berechtigter und ordnungsgemäßer Selbsthilfeverkauf im Sinne einer Erfüllung gem. § 362 Abs. 2 BGB wirkt<sup>3</sup>. Diese Vorschrift ist hier analog anzuwenden. Der Käufer wird dabei so behandelt, als habe er den Verkäufer ermächtigt, im Sinne der §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB mit befreiender Wirkung an einen Dritten zu leisten.

Zu prüfen ist daher, ob ein berechtigter und ordnungsgemäßer Selbsthilfeverkauf im Sinne des § 373 Abs. 2, Abs. 5 HGB vorliegt.

(1) Dazu müsste zunächst ein Handelskauf vorliegen. Fraglich ist, ob ein beiderseitiges Handelsgeschäft erforderlich ist, also beide Beteiligte Kaufleute sein müssen.

Da laut Sachverhalt beide Beteiligte Kaufleute waren und auch im Bereich ihres Handelsgewerbes gehandelt haben, braucht diese Frage aber nicht geklärt zu werden. Damit sind die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des § 373 HGB gegeben.

*Hinweis:* Bedenkt man, dass § 373 HGB das bei einem Kaufmann als Verkäufer typischerweise bestehende Interesse, dass verkaufte Ware termingerecht sein Lager verlässt, schützen soll, so muss es entsprechend der generellen Regel des § 345 HGB ausreichen, dass allein der Verkäufer Kaufmann ist<sup>4</sup>.

(2) Weiter müsste sich K im Annahmeverzug befunden haben. Der Käufer gerät in Annahmeverzug, wenn er die erfüllbare, mögliche, vollständige und ihm vom Verkäufer angebotene Leistung nicht annimmt<sup>5</sup>. Zum Zeitpunkt des Anrufs des V war die Leistung erfüllbar (vgl. § 271 Abs. 2 BGB), möglich und mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt auch erfüllungstauglich. Zu prüfen ist allerdings das Angebot durch V. Grundsätzlich setzt der Annahmeverzug ein tatsächliches Angebot gem. § 294 BGB voraus, d.h. V hätte im Fall der hier offenbar vorliegenden Bringschuld am Wohnsitz des K die Übergabe und Übereignung der Waren anbieten müssen. Dazu ist es nicht gekommen. Jedoch könnte gem. § 295 BGB das telefonische Angebot des V ausreichen. Dies ist u.a. der Fall, wenn der Gläubiger wie hier bereits auf ein wörtliches Angebot hin die Annahme der Leistung verweigert. Demnach brauchte V die Waren dem K nicht mehr tatsächlich anbieten.

Da die Leistungszeit kalendermäßig festgelegt war, liegt auch kein Fall vorübergehender Annahmeverhinderung gem. § 299 BGB vor. Steht nur der Kalendertag für die Leistung

<sup>3</sup> *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 29 Rn. 11; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 34. Aufl. 2010, § 374 Rn. 24; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, Kommentar zum HGB, 7. Aufl. 2011, §§ 373, 374 Rn. 14.

<sup>4</sup> *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 14; *Hopt* (Fn. 3), § 374 Rn. 2.

<sup>5</sup> Vgl. *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 23 Rn. 6.

fest, so darf zwar bei fehlender rechtzeitiger Ankündigung der Gläubiger für kurze Zeit die Annahme verweigert werden, jedoch keinesfalls für mehrere Tage, wie es K hier getan hat.

Da der Annahmeverzug keine Schadensersatzpflicht begründet, sondern eine bloße Obliegenheitsverletzung darstellt, kommt es nicht darauf an, ob K die Nichtannahme zu vertreten hatte<sup>6</sup>.

(3) Schließlich müsste der Selbsthilfeverkauf durch V vorher angedroht und die Versteigerung ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Beides war laut Sachverhalt der Fall.

### c) Ergebnis

Somit ist der Erfüllungsanspruch des K gegen V aus § 433 Abs. 1 BGB durch den Selbsthilfeverkauf nach § 362 Abs. 2 BGB analog erloschen.

### 2. Anspruch des K gegen V auf Herausgabe des Erlöses des Selbsthilfeverkaufs gem. § 373 Abs. 3 HGB, § 667 BGB

Dieser bestimmt, dass der Selbsthilfeverkauf eine Geschäftsbesorgung des Verkäufers für den Käufer darstellt. Der Verkäufer handelt gegenüber dem Drittkäufer im eigenen Namen auf fremde Rechnung, was also der mittelbaren Stellvertretung (Kommissionsgeschäft gem. § 383 HGB) entspricht.

Zu prüfende Voraussetzungen sind hier die Durchführung des Selbsthilfeverkaufs als Akt der Geschäftsführung des V für K und die Erlangung eines Erlöses hieraus. V hat hier gem. § 667 BGB einen Erlös von 11.000 € aus der Geschäftsführung erlangt. Damit hat er diese Summe an K herauszugeben.

## II. Ansprüche des V gegen K

### 1. Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 Abs. 2 BGB

Wie bereits geprüft lag ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und V vor, sodass der Anspruch des V auf Kaufpreiszahlung entstanden ist. Dieser Anspruch ist auch nicht später erloschen, insbesondere lagen weder Unmöglichkeit noch ein Rücktritt seitens des V vor. Nachdem der mit dem Anspruch des V im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende der Erfüllungsanspruch des K nach § 362 Abs. 1 BGB analog erloschen ist, kann K auch nicht mehr gem. § 320 BGB einwenden, V müsse ihm Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung die Ware übergeben und übereignen.

Somit hat V einen fälligen Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 12.000 €. Allerdings ist zu beachten, dass K diesen durch Aufrechnung mit seinem Gegenanspruch aus § 373 Abs. 3 HGB, § 667 BGB auf Zahlung von 11.000 € gem. § 389 BGB zum Erlöschen bringen könnte. Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit sowie Erfüllbarkeit der Hauptforderung (des V) und Fälligkeit der Gegenforderung (des K) liegen vor. Nach Aufrechnung durch K könnte V somit nur noch den Differenzbetrag in Höhe von 1.000 € verlangen.

<sup>6</sup> Vgl. *Emmerich* (Fn. 5), § 23 Rn. 3 ff.

## 2. Anspruch des V gegen K auf Aufwendungsersatz in Höhe der Versteigerungskosten

Die richtige Anspruchsgrundlage ist hier wieder aus dem Quasi-Auftragsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer abzuleiten, § 373 Abs. 3 HGB, § 670 BGB. Danach hat der Auftraggeber dem Beauftragten die Aufwendungen zu ersetzen, die zur Durchführung des Geschäfts erforderlich waren.

Da wie geprüft ein ordnungsgemäßer Selbsthilfeverkauf erfolgte, besteht das Quasi-Auftragsverhältnis gem. § 373 Abs. 3 BGB.

V hat mit den Versteigerungskosten auch freiwillige Vermögensopfer, also Aufwendungen erbracht. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass diese erforderlich waren, wobei sich die Erforderlichkeit aus der Sicht eines verständigen Beobachters an der Stelle des Beauftragten beurteilt<sup>7</sup>.

Somit kann V von K auch die Versteigerungskosten in Höhe von 1.000 € ersetzt verlangen.

*Hinweis:* Sehr strittig und hier nicht zu prüfen ist die Frage, ob der Verkäufer beim Selbsthilfeverkauf für sein Tätigwerden eine Provision verlangen kann<sup>8</sup>. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 354 Abs. 1 HGB<sup>9</sup> ergeben, jedoch ist fraglich, ob dieser noch eigens zu prüfen ist<sup>10</sup> oder bei jedem ordnungsgemäßen Selbsthilfeverkauf ohne weiteres eingreift. Diese Vorschrift drückt den Grundsatz aus, dass im Rahmen eines Handelsgewerbes eine Geschäftsbesorgung in aller Regel nur entgeltlich erfolgt<sup>11</sup>.

## Fall 2

### I. Rückzahlungsanspruch des K gegen V gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB.

In Fall 2 kommt ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach einem Rücktritt des K vom Kaufvertrag gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB in Betracht.

#### 1. Gegenseitiger Vertrag

Hierfür müsste ein gegenseitiger Vertrag vorgelegen haben. Einen solchen haben die Parteien V und K in Form des Kaufvertrags i.S.v. § 433 BGB über die 1000 Dosen Corned Beef geschlossen.

## 2. Erbringung der Leistung

Des Weiteren müsste K die ihm obliegende Leistung bereits erbracht haben. Als Käufer ist K gem. § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Diese Zahlung ist laut Sachverhalt erfolgt. Somit hat K seine Leistung erbracht.

## 3. Rücktrittsrecht

Zudem müsste dem K ein Rücktrittsrecht zustehen. In Betracht kommt hier ein Rücktrittsrecht gem. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB, § 437 Nr. 2 BGB wegen einer zum Termin nicht mangelfrei erbrachter Leistung.

### a) Allgemeine Voraussetzungen der Mängelrechte

Zunächst erfordert ein Rücktrittsrecht das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Mängelrechte.

#### aa) Wirksamer Kaufvertrag

Hierzu zählt das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages i.S.v. § 433 BGB. Wie oben bereits gesehen, liegt zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag vor.

#### bb) Mangel bei Gefahrübergang

Zudem müsste bei Gefahrübergang der Corned Beef Dosen ein Mangel vorgelegen haben, vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dies wäre vorrangig dann der Fall, wenn die Ware nicht die vereinbarte Beschaffenheit gehabt hätte, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Für eine Vereinbarung über die Beschaffenheit des Corned Beef erhält der Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte.

Allerdings könnte es an der subsidiär<sup>12</sup> zur Anwendung kommenden Eignung zur nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung fehlen, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB. Diese Norm fordert gerade keine ausdrückliche Vereinbarung, sondern lediglich, dass der Käufer dem Verkäufer den Zweck des Kaufes deutlich macht und der Verkäufer somit weiß, für welche Verwendung die Sache gekauft werden soll.<sup>13</sup> Ob ausdrücklich von einer bestimmten Verwendung zwischen den Parteien gesprochen wurde, lässt sich anhand des Sachverhalts nicht erkennen. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass bei Lebensmitteln die Eignung zum Verzehr stets eine dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung darstellt.<sup>14</sup> Eine anderweitige Verwendung erscheint im Normalfall schwer vorstellbar.

Da der Sachverhalt zudem keinen Anhaltspunkt dafür liefert, dass die Dosen erst in der kurzen Zeit zwischen Lieferung und Öffnung verdorben sind, ist davon auszugehen, dass diese bereits bei Gefahrübergang qualitativ minderwertig waren.

Somit liegt bei dem Corned Beef zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs ein Mangel i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vor.

<sup>7</sup> Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 670 Rn. 4.

<sup>8</sup> Ablehnend vor allem *Koller*, in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 1983 ff., §§ 373 f. Rn. 55.

<sup>9</sup> So *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 10; *Müller*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2009, § 373 Rn. 60.

<sup>10</sup> So *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2007, §§ 373, 374 Rn. 29; vgl. auch *Hopt* (Fn. 3), § 374 Rn. 24.

<sup>11</sup> *Roth* (Fn. 3), § 354 Rn. 1.

<sup>12</sup> *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 434 Rn. 20.

<sup>13</sup> *Weidenkaff* (Fn. 12), § 434 Rn. 20 ff.

<sup>14</sup> Ebenso: *Weidenkaff* (Fn. 12), § 434 Rn. 22.



*Hinweis:* Ebenso einschlägig könnte hier auch § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB sein, der einen Mangel annimmt, wenn die Eignung der Sache für die gewöhnliche Verwendung fehlt oder die Beschaffenheit nicht der bei Sachen der gleichen Art üblichen und vom Käufer zu erwarteten Beschaffenheit entspricht. Die gewöhnliche Verwendung von Corned Beef ist der Verzehr. Hierzu eignet sich die gelieferte Ware nicht, da sie verdorben ist. Sie entspricht aufgrund Ihrer schlechten Qualität damit auch weder durchschnittlichen Qualitätsanforderungen noch den berechtigten Erwartungen des Käufers und ist somit mangelhaft i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Jedoch ist zu beachten, dass diese Norm nur zur Anwendung kommt, wenn § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB nicht einschlägig ist. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand der in einem Subsidiaritätsverhältnis zu den im Gesetz zuvor genannten Mangeldefinitionen steht.<sup>15</sup> Will man den Mangel auf § 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB stützen, muss man daher § 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB ablehnen.

### cc) Kein Ausschluss der Mängelrechte

Auch dürfte kein vertraglicher oder gesetzlicher Ausschluss der Mängelrechte vorliegen.

§ 442 Abs. 1 S. 1, 2 BGB kommt vorliegend nicht in Betracht. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass K bei Vertragsschluss den Mangel kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Auch für die grobe Fahrlässigkeit ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend, da sich § 442 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 442 Abs. 1 S. 1 BGB bezieht.<sup>16</sup>

Allerdings könnten die Mängelrechte gem. § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sein.

Für die Anwendbarkeit von § 377 Abs. 2 HGB ist gem. § 377 Abs. 1 HGB zunächst ein beiderseitiges Handelsgeschäft Voraussetzung. Ein Handelsgeschäft liegt gem. § 343 Abs. 1 HGB vor, wenn es sich um ein Geschäft eines Kaufmanns handelt, das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Beiderseitig ist ein solches Handelsgeschäft, wenn die zuvor genannten Voraussetzungen für beide Parteien vorliegen.

Laut Sachverhalt sind beide Parteien Kaufleute. Fraglich ist daher nur noch, ob das Geschäft für beide zum Betrieb ihres jeweiligen Handelsgewerbes gehört. Das Handelsgewerbe wird in § 1 Abs. 2 HGB definiert als „jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“ Zwar lässt der Sachverhalt nicht ausdrücklich erkennen lässt, dass die Parteien hier im Rahmen des Betriebs eines Handelsgewerbes und nicht etwa privat gehandelt haben, bei der genannten Menge an Dosen ist ein privater Kauf jedoch nur schwer vorstellbar. Letztlich hilft hier § 344 Abs. 1 HGB weiter, der eine Vermutung dahingehend aufstellt, dass Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig anzusehen sind. Um diese Vermutung zu entkräften müsste

der Sachverhalt eindeutige Hinweise auf ein Privatgeschäft wenigstens einer Partei geben. Dies ist aber nicht der Fall.

Somit ist vom Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts auszugehen.

Zudem müsste ein bei einer Untersuchung erkennbarer Mangel vorliegen. Dies ist der Fall, wenn durch einfache Begutachtung der Ware, z.B. durch stichprobenartiges Öffnen einzelner Packungen,<sup>17</sup> der Mangel erkennbar wird. Da der Mangel gleich nach dem Öffnen einiger Dosen bemerkt wurde, ist von einem erkennbaren Mangel auszugehen.

Außerdem fordert § 377 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 HGB eine unverzügliche Untersuchung der Ware durch den Käufer. Eine solche hat aber nicht stattgefunden.

Fraglich ist daher, wie dieses Fehlen zu behandeln ist. Denn die Mitteilung des Mangels durch K an V wurde dennoch vorgenommen. Betrachtet man den Telos von § 377 Abs. 1 HGB, nämlich die Einfachheit und Schnelligkeit im Handelsverkehr sowie den Schutz des Verkäufers vor mit dem Zeitablauf zunehmenden Beweisschwierigkeiten,<sup>18</sup> stellt man fest, dass die Norm eine unverzügliche Untersuchung gerade deshalb fordert, weil dies der gewöhnliche Weg ist, um Mängel des Kaufgegenstandes erkennen und die Anzeige an den Verkäufer machen zu können. Da der Sinn und Zweck der Norm aber durch die unverzügliche Mängelanzeige gewahrt wird, kann es nicht darauf ankommen, wie es zu dieser Mängelanzeige kommt. Daher ist anerkannt, dass auch eine unverzügliche Rüge ohne Untersuchung, sei es lediglich auf Verdacht, sei es aufgrund anderweitig erlangten Wissens um den Mangel, die Rechte des Käufers wahrt.<sup>19</sup> Die Erkennbarkeit des Mangels durch eine Untersuchung ist in den zuletzt genannten Fällen jedoch deshalb noch von Bedeutung, weil ausgehend von einer unverzüglich erfolgten hypothetischen Untersuchung zu bestimmen ist, innerhalb welchen Zeitraums die Mängelrüge noch unverzüglich erfolgen kann.<sup>20</sup>

Dies führt direkt zum nächsten Prüfungspunkt, der Unverzüglichkeit der Anzeige des Mangels. Unverzüglich ist hierbei nach der Definition von § 121 BGB auszulegen,<sup>21</sup> also als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen. Schon die Unverzüglichkeit der Untersuchung ist nicht leicht zu bestimmen, da diese branchen- und warenabhängig gesehen werden muss. Bei verderblicher Ware kann die Frist äußerst kurz sein, bei komplexen technischen Maschinen auch Wochen betragen, ein ungefährender Richtwert für gewöhnliche Waren wird mit drei bis vier Tagen bis zu einer Woche angegeben.<sup>22</sup> Die Unverzüglichkeit der Anzeige des Mangels ist dagegen gesondert zu bestimmen.<sup>23</sup> Denn eine Anzeige kann

<sup>17</sup> Vgl. hierzu die Beispiele bei *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 61.

<sup>18</sup> *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 1; detailliert: *Müller* (Fn. 8), vor § 377 Rn. 1 ff.

<sup>19</sup> *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 20.

<sup>20</sup> *Grunewald* (Fn. 9), § 377 Rn. 28; *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 20.

<sup>21</sup> *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 35.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu die Übersicht bei *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 23; unter Berufung auf den BGH für 2 Wochen auch bei komplizierten technischen Geräten *Müller* (Fn. 8), § 377 Rn. 102.

<sup>23</sup> *Müller* (Fn. 8), § 377 Rn. 97.

<sup>15</sup> *Weidenkaff* (Fn. 12), § 434 Rn. 25.

<sup>16</sup> *Weidenkaff* (Fn. 12), § 442 Rn. 12.

stets zügig erfolgen, so dass diese zweite Frist nicht allzu lang zu bemessen ist. Nach der Rechtsprechung hat eine Rüge bei nicht verderblicher Ware innerhalb von ein bis zwei Tagen zu erfolgen.<sup>24</sup>

Für den vorliegenden Fall ergibt sich daher: K hätte mindestens drei Tage zur Untersuchung der Ware und dann mindestens einen Tag zur Rüge Zeit gehabt. Auch bei Anlegung dieses strengen Maßstabes hätte K mindestens vier Tage mit der Anzeige des Mangels warten können, ohne verspätet zu sein.

K hat schon etwa eine Stunde nach Anlieferung der Dosen reklamiert. Mithin hat K die Anzeige nach § 377 Abs. 2 HGB rechtzeitig abgegeben.

Somit sind die Mängelrechte des K nicht ausgeschlossen.

#### b) Besondere Voraussetzungen des Rücktrittsrechts

Als nächstes stellt sich die Frage, welches Rücktrittsrecht hier einschlägig ist.

*Hinweis:* Selbstverständlich können die einzelnen Rücktrittsrechte auch mit jeweils eigenem Obersatz getrennt voneinander geprüft werden. Da ein solcher Aufbau jedoch viele Wiederholungen verursacht, wurde hier darauf verzichtet.

#### aa) In Betracht kommt § 326 Abs. 5 BGB.

Dies würde voraussetzen, dass der Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen wäre. Dies ist der Fall, wenn die Nacherfüllung tatsächlich unmöglich wäre. Eine solche Unmöglichkeit könnte sich aus einem absoluten Fixgeschäft ergeben. Ein solches liegt jedoch nicht vor. Es können neue Dosen geliefert werden. Diese würden lediglich zu einem späteren als dem vereinbarten Zeitpunkt geliefert, wären aber ebenso für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet. Folglich ist eine Nachlieferung möglich, § 275 Abs. 1 BGB scheidet aus. Da auch § 275 Abs. 2 und 3 BGB nicht gegeben sind, kommt § 326 Abs. 5 BGB nicht in Betracht.

#### bb) Stattdessen könnte sich ein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB ergeben.

Dies wirft jedoch die Frage auf, wie sich das Rücktrittsrecht aus §§ 323 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB zum Rücktrittsrecht aus § 376 Abs. 1 S. 1 HGB verhält. Auch wenn im vorliegenden Fall für das Ergebnis wohl kein Unterschied zwischen den beiden Normen besteht,<sup>25</sup> so ist § 376 Abs. 1 S. 1 HGB als *lex specialis* für Handelsgeschäfte hier vorrangig anzuwenden.<sup>26</sup> Denn im Bereich der Erfüllung (Anzeigepflicht gem. § 376 Abs. 1 S. 2 HGB) und des Schadensersatzes (anders als § 281 Abs. 1 BGB gem. § 376 Abs. 1 S. 1 a.E. HGB keine Fristsetzung) löst das Handelsrecht abweichende

Rechtsfolgen aus.<sup>27</sup> Zwar können die Parteien auch die Anwendung von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vereinbaren, dies ist jedoch nicht geschehen.

Eine weitergehende Ansicht, die beide Normen als in alternativer Konkurrenz stehend betrachtet und nicht schon wegen des Vorliegens eines Handelskaufs § 376 HGB anwenden will, beabsichtigt anhand einer Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, welche Art von Fixgeschäft die Parteien gewollt hätten, das nach § 376 Abs. 1 HGB oder das nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB.<sup>28</sup> Vorliegend dürfte diese Ansicht aber zu keinem anderen Ergebnis kommen, denn es ist im Sachverhalt nicht ersichtlich, dass die Anwendung von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB gewollt war, so dass auch die zuletzt genannte Ansicht im Zweifel den Spezialitätsgrundsatz anwenden muss.<sup>29</sup>

§ 323 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB wird daher verdrängt.

cc) Somit ist vorrangig das Rücktrittsrecht gem. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB zu prüfen, der Rückgewähranspruch ergäbe sich mithin aus §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB.

Dies setzt zunächst eine fällige<sup>30</sup>, einredefreie<sup>31</sup> Leistungspflicht voraus. Aufgrund des Mangels der Corned Beef Dosen ist V verpflichtet, nachzuerfüllen, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. Diese Leistung ist auch fällig, Leistungsverweigerungsrechte sind nicht ersichtlich. Dass diese Pflicht gem. § 376 Abs. 1 S. 2 HGB erlischt, wenn der Gläubiger bei Ablauf der Lieferfrist nicht auf Erfüllung besteht, kann nichts daran ändern, dass das Rücktrittsrecht existiert. Ansonsten würde bei Unterlassen der fakultativen Anzeige nach § 376 Abs. 1 S. 2 HGB das Rücktrittsrecht durch Eintritt des zum Rücktritt berechtigenden Zeitpunktes entfallen, was offensichtlich nicht gewollt sein kann.

Es müsste sich des Weiteren bei dem Kaufvertrag um einen Fixhandelskauf handeln. Dieser ist ein Unterfall des relativen Fixgeschäftes und liegt vor, wenn für die Leistung eine feste Leistungszeit vereinbart wurde und das Geschäft mit der Einhaltung dieser Leistungszeit „stehen und fallen“ soll.<sup>32</sup> Genau dies ist laut Sachverhalt gegeben. Es wurde sogar der Ausdruck „stehen und fallen“ verwendet. Mithin liegt ein relatives Fixgeschäft in Form eines Fixhandelskaufes vor.

Fraglich ist aber noch, ob § 376 Abs. 1 S. 1 HGB auch auf die Schlechterfüllung anzuwenden ist. Denn § 376 Abs. 1 S. 1 HGB bezieht sich dem Wortlaut nach erkennbar auf die Nichterfüllung, d.h. das Ausbleiben jedweder Leistung. Im vorliegenden Fall wurde aber geliefert, jedoch mangelhaft. Somit liegt eine Schlechterfüllung vor. Allerdings ließ § 376 Abs. 1 S. 1 HGB bereits vor der Schuldrechtsreform bei

<sup>24</sup> Hopt (Fn. 3), § 377 Rn. 35.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 5: der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Erfordernisse von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB gerade den Kriterien von § 376 Abs. 1 S. 1 HGB entsprechen. Ebenso Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 27.

<sup>26</sup> Roth (Fn. 3), § 376 Rn. 2.

<sup>27</sup> Vgl. Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 5.

<sup>28</sup> Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 35; dagegen: Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 12.

<sup>29</sup> Vgl. Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 35 a.E.

<sup>30</sup> Müller (Fn. 8), § 376 Rn. 34.

<sup>31</sup> Roth (Fn. 3), § 376 Rn. 8.

<sup>32</sup> Hopt (Fn. 3), § 376 Rn. 1, 6 f.

mangelhafter Leistung die Wandelung zu.<sup>33</sup> Diesbezüglich hat sich nur geändert, dass letztere im BGB durch den Rücktritt ersetzt wurde. Da zudem mittlerweile die Schlechtleistung als qualitative Nichtleistung anzusehen ist und § 323 BGB auf Nicht- wie Schlechtleistung in gleicher Weise angewandt wird,<sup>34</sup> ist es nur konsequent, wenn § 376 Abs. 1 S. 1 HGB auch Schlechtleistungsfälle erfasst. Denn einerseits stellt eine mangelhafte Leistung wegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB schon keine Erfüllung dar,<sup>35</sup> andererseits soll § 376 Abs. 1 S. 1 HGB bei Vorliegen eines Handelskaufs nur die Rechtsfolgen von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB verändern,<sup>36</sup> indem weiterreichende rechtliche Konsequenzen angeordnet werden,<sup>37</sup> nicht aber die übrigen Anwendungsvoraussetzungen. Es wäre auch im Ergebnis unstimmtig, wenn man für den Fall der Schlechtleistung anstatt § 376 Abs. 1 S. 1 HGB § 323 Abs. 2 S. 2 BGB heranziehen müsste und so im Hinblick auf § 376 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 HGB zu unterschiedlichen Rechtsfolgen käme. Für einen Käufer, insbesondere einen gewerblichen Händler mit Wiederverkaufsabsicht oder bereits bestehenden Wiederverkaufsverpflichtungen macht es nämlich vielfach keinen Unterschied, ob er zum vereinbarten Termin keine oder unbrauchbare Ware erhält.

Zudem stellt sich die Frage, ob § 323 Abs. 3 bis 6 BGB analog auf § 376 Abs. 1 S. 1 HGB anzuwenden sind.<sup>38</sup> Dies kann jedoch dahinstehen, wenn schon keiner dieser Absätze tatbestandlich erfüllt ist. Hier kommen § 323 Abs. 5 S. 1 BGB und § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in Betracht.

Fraglich ist, ob nicht eine bloß teilweise Schlechtleistung vorliegt. Dann könnte der Käufer nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hätte, § 323 Abs. 5 S. 1 BGB. Jedoch kann hier schon nicht von einer Teilleistung ausgegangen werden. Denn eine solche würde eine Abgrenzung zwischen dem mangelfreien und dem mangelbehafteten Teil erfordern. Eine solche ist aber nicht möglich, da die Stichproben keine Abgrenzung zwischen guten und verdorbenen Dosen zulassen. Vielmehr müsste jede Dose geöffnet werden, um sicherzustellen, dass sie nicht verdorben ist. Spätestens dies würde aber die gesamte Lieferung unbrauchbar machen. Es ist daher nicht von einer teilweisen Schlechtleistung auszugehen.

Es könnte aber § 323 Abs. 5 S. 2 BGB eingreifen. Hiernach ist ein Rücktritt bei unerheblicher Pflichtverletzung

ausgeschlossen. Jedoch ist die Lieferung von verdorbener Ware nicht unerheblich. Die Leistung ist nämlich gänzlich unbrauchbar. Daher greift auch dieser Ausschlussgrund nicht.

Im Übrigen verlangt § 376 Abs. 1 S. 1 HGB weder das Setzen einer Frist noch das Vorliegen eines Verschuldens seitens des Verkäufers.<sup>39</sup>

Ein Rücktrittsrecht des K liegt also gem. § 376 Abs. S. 1 HGB vor.

#### 4. Rücktrittserklärung

K müsste seinen Rücktritt auch erklärt haben, § 349 BGB. Diese Erklärung könnte in dem Telefonanruf des K bei V zu sehen sein, in dem K die Rückzahlung des Kaufpreises fordert. Eine Rücktrittserklärung muss erkennen lassen, dass der Vertragspartner sich vom Vertrag lösen will. Sie muss nicht das Wort „Rücktritt“ enthalten. Hier macht K mit der Rückforderung des Kaufpreises deutlich, dass er an dem Vertrag nicht festhalten will. Es liegt eine konkludente Rücktrittserklärung vor.<sup>40</sup> Dabei ist es unschädlich, dass K mit dem Anruf zugleich seiner Rügeobliegenheit gem. § 377 Abs. 2 HGB nachkommt.

Eine Ansicht verlangt zusätzlich, dass der Rücktritt „sofort“ oder „alsbald“ erklärt wird.<sup>41</sup> Ob diese Voraussetzung wirklich erforderlich ist, kann hier dahinstehen, denn K hat seinen Rücktritt noch am Tag der Lieferung, d.h. jedenfalls sofort, erklärt.

#### 5. Ergebnis

K hat gegen V also einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB.

*Hinweis:* Gem. § 346 Abs. 1 BGB kann auch V wegen des Rücktritts des K die vom ihm gelieferte Ware zurückverlangen; daher muss er gem. §§ 348 BGB i.V.m. §§ 320, 322 BGB die Rückzahlung des Kaufpreises nur Zug-um-Zug gegen die Rückgabe der Corned Beef Dosen erbringen (Leistungsverweigerungsrecht<sup>42</sup>).

## II. Keine weiteren Anspruchsgrundlagen

Im Rahmen der Fragestellung des Falls 2 sind keine weiteren Anspruchsgrundlagen ersichtlich.

*Hinweis:* Insbesondere war hier nicht nach Schadensersatzansprüchen gefragt. Entgegen dem Wortlaut von § 376 Abs. 1 S. 1 HGB („oder“) sind Schadensersatzansprüche auch neben dem Rücktritt denkbar. Denn im

<sup>33</sup> Huber, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1991, § 480 (a.F.) Rn. 33.

<sup>34</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 18.

<sup>35</sup> Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 437 Rn. 1.

<sup>36</sup> Klein, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Praxishandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2008, § 2 Rn. 116.

<sup>37</sup> Hadding, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1990, § 361 (a.F.) Rn. 1; Gsell, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 104; Otto/Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 323 Rn. B 105.

<sup>38</sup> So Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 5; Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 28.

<sup>39</sup> Müller (Fn. 8), § 376 Rn. 28.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu: Weidenkaff (Fn. 12), § 349 Rn. 1 f.

<sup>41</sup> Vgl. hierzu im Detail Müller (Fn. 8), § 376 Rn. 33. Mit guten Gründen lehnt dieser die genannte Ansicht ab, denn der Gesetzgeber hat in § 376 Abs. 1 S. 2 HGB ausdrücklich die sofortige Anzeigepflicht des Gläubigers normiert, jedoch gerade keine Pflicht zum sofortigen Rücktritt.

<sup>42</sup> Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 348 Rn. 2.

Rahmen der Schuldrechtsreform hat der Gesetzgeber lediglich übersehen, den Wortlaut der Norm an § 325 BGB („und“) anzupassen. § 325 BGB ist als lex posterior der Vorrang einzuräumen.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 31; *Müller* (Fn. 8), § 376 Rn. 35, m.w.N.

# Übungsfall: Der misslungene Markteintritt

Von Prof. Dr. Patrick Ostendorf, LL.M. (London), Wiss. Mitarbeiterin Silke Schulz-Pabst, Bielefeld\*

*An diesem Fall auf Examensniveau aus dem Schwerpunktbereich IPR und Rechtsvergleichung, der an eine reale Entscheidung aus der Praxis anknüpft, lassen sich die besonderen Problemfelder des Zusammenspiels von Europäischem Zivilverfahrensrecht (EuGVVO) und Internationalem Privatrecht bei der Frage der Internationalen Zuständigkeit erkennen. Der Fall befasst sich ferner mit der Frage der Anwendbarkeit nationalen oder europäischen (Rom I- und Rom II-Verordnung) Kollisionsrechts und der Ermittlung des Vollmachtsstatuts und des Haftungsstatuts für Verschulden bei Vertragsverhandlungen.*

## Sachverhalt

Die Briefpost AG (B) mit Sitz in Bielefeld bietet die Zustellung von Briefen für Privat- und Geschäftskunden in ganz Deutschland an. Anfang 2011 entscheidet der Vorstand der B, die Geschäftstätigkeit auf das EU-Ausland auszudehnen. Für den angestrebten Markteintritt in Großbritannien plant die B den Erwerb eines privaten britischen Postunternehmens, der New Mail Ltd. (N), mit Sitz in London. Aus steuerrechtlichen Gründen soll der Erwerb der N allerdings nicht unmittelbar durch die B selbst, sondern durch eine nach englischem Recht neu gegründete Tochtergesellschaft der B, der Briefpost U.K. Ltd. (BU), erfolgen. Als alleiniger Geschäftsführer (director) der BU wird D bestellt, der für das Auslandsgeschäft der B verantwortlich zeichnet, aber nicht dem Vorstand der B angehört. Die Vertragsverhandlungen über den Erwerb der N führt D im Auftrag des Vorstandes der B mit dem Alleingesellschafter der N, der in London ansässigen Marclay Bank Ltd. (M), in der Bielefelder Konzernzentrale der B. Ende Mai 2011 sind die Verhandlungen fast abgeschlossen. Allerdings verlangt M noch eine Garantieerklärung der B, in der sich diese zur vollumfänglichen Zahlung des Kaufpreises auf erstes Anfordern verpflichten soll, falls die BU den Kaufpreis für die N zum vereinbarten Fälligkeitstermin nicht leistet.

Anfang Juni überdenkt der Vorstand der B wegen schwerer Umsatzeinbrüche im Inlandsgeschäft die Expansionspläne. D wird angewiesen, die Verhandlungen mit M zunächst zu unterbrechen, bis eine endgültige Entscheidung über das weitere Vorgehen herbeigeführt worden ist. D befürchtet, dass M die N in diesem Fall an einen Wettbewerber der B verkaufen wird. Da er den Rückzieher des Vorstandes zudem für eine lediglich vorübergehende Laune hält, unterzeichnet er wenige Tage später in Bielefeld im Namen der BU sowohl den Unternehmenskaufvertrag für den Erwerb der N zu einem Kaufpreis von 20 Mio. £ als auch im Namen der B die Garantievereinbarung mit M, nach der B die Zahlung des

Kaufpreises garantiert. Der Unternehmenskaufvertrag sieht die Anwendbarkeit englischen Rechts vor. Die Garantievereinbarung, die in englischer Sprache abgefasst ist und auf englische Rechtsvorschriften Bezug nimmt, enthält dagegen keine Rechtswahlklausel, sondern lediglich eine nicht ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten Londoner Gerichte.

Nachdem die BU den Kaufpreis für den Erwerb der N bei Fälligkeit der Zahlung mangels ausreichender Liquidität nicht zahlen kann, verlangt M umgehend Zahlung von B aus der Garantievereinbarung. Der Vorstand der B, der inzwischen die Expansionspläne endgültig aufgegeben hat, ist empört. Schließlich habe D (was zutrifft) keine Vollmacht gehabt, Garantieerklärungen oder sonstige Personalsicherheiten im Namen der B abzugeben. D habe die B beim Abschluss der Garantievereinbarung daher gar nicht wirksam vertreten können. M besteht auf Zahlung und kündigt die gerichtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche an. Schließlich habe der Vorstand D sowohl mit einer herausragenden Stellung im Unternehmen betraut als auch mit den Verhandlungen beauftragt und dadurch selbst den Eindruck erweckt, D sei zum Abschluss der Garantievereinbarung befugt gewesen. Selbst wenn eine Vertretungsmacht nicht in Betracht komme, sei das Verhalten des Vorstandes doch zumindest fahrlässig und berechtige sie daher zum Schadensersatz.

Der Vorstand der B will nach Möglichkeit ein kostspieliges Gerichtsverfahren in England vermeiden. Er möchte daher wissen, ob und wie eine Klage der M in England verhindert werden kann.

## Aufgaben

1. Kann das vom Vorstand der B erstrebte Ziel verfahrensrechtlich erreicht werden? Prüfen Sie diese Frage gutachterlich; die Frage nach einer generell geeigneten prozessualen Strategie kann im Rahmen vorangestellter Vorüberlegungen diskutiert werden. Bei der Prüfung der Zulässigkeit möglicher Klagen ist nur auf die internationale Zuständigkeit einzugehen.

2. Unterstellt, ein deutsches Gericht wäre für diese Frage zuständig: Nach welchem Sachrecht richtet sich die Frage, ob B durch die Unterschriftsleistung des D an die Garantievereinbarung gebunden ist?

3. Unterstellt, eine Garantievereinbarung zwischen M und B ist nicht wirksam zustande gekommen: Nach welchem Sachrecht richten sich mögliche (außervertragliche) Ansprüche der M gegen B auf Schadensersatz (Repräsentantenhaftung)?

## Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass nach englischem Recht vertragliche Zahlungsansprüche anders als im deutschen Recht (§§ 270 Abs. 4, 269 BGB) grundsätzlich am Sitz des Gläubigers

---

\* Der Verf. Ostendorf ist Professor für Wirtschaftsrecht an der FH Bielefeld und als Of Counsel für die Sozietät Orth Kluth Rechtsanwälte tätig. Die Verf. Schulz-Pabst ist als Übungsleiterin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der FH Bielefeld tätig.

gers zu erfüllen sind.<sup>1</sup> Weiterhin ist zu unterstellen, dass sowohl nach deutschem als auch nach englischem Recht eine Haftung des vermeintlich Vertretenen aus dem Gesichtspunkt der Repräsentantenhaftung auch dann bestehen kann, wenn eine wirksame Stellvertretung mangels (Rechtsscheins-) Vollmacht nicht vorliegt.<sup>2</sup>

### Vorbemerkungen

Die Übungsklausur<sup>3</sup> weist insbesondere durch die erste Fallfrage einen vergleichbar hohen Schwierigkeitsgrad auf. Von den Bearbeitern werden nicht nur vertiefte Kenntnisse im Europäischen Zivilprozessrecht und Internationalen Privatrecht erwartet. Eine gute Klausurlösung setzt darüber hinaus auch die Fähigkeit zum prozesstaktischen Denken voraus. Insbesondere sollten die Bearbeiter erkennen, dass im vorliegenden Fall eine negative Feststellungsklage sowohl hinsichtlich möglicher vertraglicher als auch außervertraglicher Ansprüche ein geeignetes Instrument sein kann, um das begehrte Rechtsschutzziel – die Verhinderung eines Gerichtsverfahrens in England – zu erreichen.

In rechtlicher Hinsicht anspruchsvoll ist dabei zum einen die Prüfung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für eine negative Feststellungsklage hinsichtlich vertraglicher Ansprüche aus Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO und der damit zur Ermittlung des Erfüllungsortes erforderlichen inzidenten Prüfung der Rom I-VO. Darüber hinaus bereitet hier die Frage Schwierigkeiten, ob auch bei außervertraglichen Ansprüchen eine negative Feststellungsklage gestützt auf Art. 5 Nr. 3 EuGVVO in Betracht kommt und allein dadurch auf der Grundlage von Art. 27 EuGVVO eine Sperrung vertraglicher Leistungsklagen erzielt werden kann. Letzteres verlangt eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Streitgegenstandsbegriff des Europäischen Zivilprozessrechts und betrifft zugleich eine Fallgestaltung, die – soweit ersichtlich – noch nicht vom EuGH entschieden worden ist.

Weniger komplex ist die Beantwortung der zweiten und dritten Prüfungsfrage. Hier setzt eine zutreffende Beantwortung in erster Linie Grundlagenwissen über die Ermittlung des Vollmachtsstatuts im deutschen IPR sowie die Qualifizierung der vorvertraglichen Haftung nach neuem Europäischen IPR voraus.

### Lösung

#### Frage 1

#### I. Vorüberlegung

Fraglich ist, wie der Vorstand der B verhindern kann, dass es zu einem Gerichtsverfahren über die streitgegenständlichen Ansprüche in England kommt.

Verfahrensrechtlich kann dieses Ziel möglicherweise dadurch erreicht werden, dass B noch vor Erhebung einer Klage durch M in England ihrerseits M in Deutschland verklagt. Wenn M dann im Anschluss eine Klage in England erheben sollte, könnte dem der Einwand der Rechtshängigkeit aus Art. 27 EuGVVO entgegenstehen, soweit diese Norm hier einschlägig ist. Nach Art. 27 EuGVVO setzt das später angerufene Gericht in den Fällen, in denen bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen *desselben* Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden, das Verfahren aus und erklärt sich für unzuständig, wenn die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht.

Um sich die Wirkung des Art. 27 EuGVVO zunutze zu machen, müsste B die M allerdings wegen derselben Ansprüche verklagen, aufgrund derer ihr eine Klage seitens der M droht. Im streitgegenständlichen Fall kommen auf der einen Seite vertragliche Ansprüche der M gegen B auf Zahlung aus der Garantievereinbarung, alternativ zum anderen aber auch außervertragliche Ansprüche auf Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt der Repräsentantenhaftung in Betracht. B könnte daher auf Feststellung klagen, dass mangels Wirksamkeit aus der Garantievereinbarung weder Zahlungsansprüche noch außervertragliche Ansprüche gegen sie im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen und dem Verhalten des D bestehen.

Fraglich ist aber, ob eine solche negative Feststellungsklage auch denselben Anspruch i.S.d. Art. 27 EuGVVO betrifft wie die in England drohende Leistungsklage. Der Begriff „derselbe Anspruch“ in Art. 27 EuGVVO ist autonom auszulegen. Streitgegenstandsbegriffe aus dem nationalen Prozessrecht spielen insofern keine Rolle. Der EuGH legt Art. 27 EuGVVO weit aus. Es soll darauf ankommen, dass der „Kernpunkt“ beider Verfahren derselbe ist. Daraus folgt insbesondere (anders als nach deutschem autonomen Prozessrecht), dass eine zuerst erhobene negative Feststellungsklage eine später erhobene Leistungsklage über den gleichen Anspruch blockiert.<sup>4</sup> Damit ist hier eine negative Feststellungsklage grundsätzlich ein taugliches Mittel, um eine Leistungs-

<sup>1</sup> Hill, International Commercial Disputes in English Courts, 3. Aufl. 2005, Rn. 5.6.45.

<sup>2</sup> Vgl. für das deutsche Recht etwa BGH NJW 1986, 2941; einschränkender dagegen das House of Lords zum englischen Recht, vgl. House of Lords, Armagas Ltd. v Mundogas S.A. (1986) 1 AC 717.

<sup>3</sup> Die Übungsklausur war im Wintersemester 2009/2010 in abgewandelter und verkürzter Form Gegenstand einer Modulprüfung im Masterstudiengang Vertragsgestaltung und -management (Modul International Litigation and Arbitration) an der FH Bielefeld.

<sup>4</sup> Aus diesem Grund werden auch sog. Torpedoklagen in Kauf genommen, mit denen durch eine Feststellungsklage vor einem möglicherweise sogar international unzuständigen, aber bekanntermaßen langsam arbeitenden Gericht eine Leistungsklage des Gegners in einem anderen Mitgliedstaat bewusst blockiert wird, s. Lackmann, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, Art. 27 EuGVVO Rn. 5; Geimer/Schütze, EuZVR, 3. Aufl. 2010, Art. 27 EuGVVO Rn. 29 ff. Für eine Abschaffung der Möglichkeit, durch vorab eingelegte negative Feststellungsklagen Leistungsklagen zu blockieren, votieren im Rahmen der geplanten Reform der EuGVVO etwa Magnus/Mankowski, ZVglRWiss 2010, 1 (19).



klage über denselben Anspruch zu vereiteln. Zu prüfen bleibt, ob deutsche Gerichte für die skizzierte negative Feststellungsklage auch zuständig wären.

## II. Zuständigkeit deutscher Gerichte für eine negative Feststellungsklage

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die negative Feststellungsklage könnte sich nach der EuGVVO bestimmen.

### 1. Anwendbarkeit der EuGVVO

Die EuGVVO müsste zunächst anwendbar sein. Der sachliche Anwendungsbereich der EuGVVO ist gemäß Art. 1 Abs. 1 EuGVVO bei Zivil- und Handelssachen eröffnet, die nicht unter die in Art. 1 Abs. 2 EuGVVO genannten Bereichsausnahmen fallen. Der streitgegenständliche Sachverhalt ist eine Zivilsache, die keines der in Art. 1 Abs. 2 EuGVVO benannten Rechtsgebiete betrifft.

In räumlich-persönlicher Hinsicht ist die EuGVVO anwendbar, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der EU hat (Art. 4 Abs. 1 EuGVVO), was gemäß Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO bei M mit ihrem Sitz in London der Fall ist. Auch der zeitliche Anwendungsbereich (Art. 66, 76 EuGVVO) ist bei einem Sachverhalt aus dem Jahr 2011 unproblematisch eröffnet. Die EuGVVO ist anwendbar.

### 2. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

Aus der EuGVVO müsste sich für die negative Feststellungsklage der B ein Gerichtsstand in Deutschland ergeben, da weitergehende Gerichtsstände nach nationalem Prozessrecht (insbesondere § 23 ZPO) im Fall einer Anwendbarkeit der EuGVVO außer Betracht bleiben müssen, s. Art. 3 Abs. 1 EuGVVO.

#### a) Vorrangige Gerichtsstände

Für einen in Deutschland gelegenen ausschließlichen Gerichtsstand gemäß Art. 22 EuGVVO ist nichts ersichtlich. Auch eine spezielle Zuständigkeit deutscher Gerichte, die sich aus den Art. 8 ff., 15 ff. oder 18 ff. EuGVVO ergeben könnte, kommt nicht in Betracht. Fraglich ist vielmehr, ob die in der Garantievereinbarung vorgesehene Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten Londoner Gerichte einen Gerichtsstand in Deutschland generell ausschließt. Gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 EuGVVO wirken Gerichtsstandsvereinbarungen jedoch nur dann ausschließlich, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Da die Garantievereinbarung aber ausdrücklich einen nicht-ausschließlichen Gerichtsstand in England vorsieht, werden mögliche sonstige in der EuGVVO vorgesehene Gerichtsstände nicht ausgeschlossen. Damit bedarf es an dieser Stelle auch keiner Prüfung, ob die Gerichtsstandsvereinbarung überhaupt wirksam ist.

#### b) Art. 5 Nr. 1 EuGVVO

Da sich auch der allgemeine Gerichtsstand gemäß Art. 2 Abs. 1 EuGVVO nicht in Deutschland, sondern am Wohnsitz bzw. Sitz der Beklagten gem. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO in

England befindet, verbleibt nur die Möglichkeit eines besonderen Gerichtsstandes nach Maßgabe von Art. 5 bis 7 EuGVVO. In Betracht kommt insbesondere der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVVO.

Nach Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO kann eine Person, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden, wenn ein Vertrag oder vertragliche Ansprüche den Gegenstand des Verfahrens bilden. Dann befindet sich ein besonderer Gerichtsstand am Erfüllungsort der vertraglichen Verpflichtung.<sup>5</sup> Die Begriffe „Vertrag“ und „vertragliche Ansprüche“ sind dabei autonom zu bestimmen: Notwendig ist grundsätzlich eine freiwillig eingegangene Verpflichtung.<sup>6</sup>

M hat mit ihrem Londoner Sitz einen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat und könnte daher zumindest im Hinblick auf die streitgegenständlichen Ansprüche aus der Garantievereinbarung in einem anderen Mitgliedstaat, hier möglicherweise in Deutschland, verklagt werden.

Fraglich ist aber, ob auch eine negative Feststellungsklage, mit der die Existenz eines vertraglichen Anspruchs gerade bestritten werden soll, unter Art. 5 Nr. 1 EuGVVO fällt. Dies wird jedoch – vor dem Hintergrund des weiten Wortlauts der Vorschrift in zutreffender Weise – ganz überwiegend bejaht.<sup>7</sup>

Auch dürfte dem Gerichtsstand aus Art. 5 Nr. 1 EuGVVO nicht entgegenstehen, dass dem Vorstand der B das Verhalten des D nicht bewusst war und es aus diesem Grund an einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung fehlen könnte.<sup>8</sup> Für die Qualifizierung als vertraglicher Anspruch muss es vielmehr genügen, dass D die Vereinbarung im Namen der B freiwillig eingegangen ist und bereits aus diesem Grund Ansprüche aus Vertrag in Rede stehen. Demgegenüber hat die Vorfrage der Zurechenbarkeit seiner Erklärung gegenüber B zurückzutreten.

#### aa) Ermittlung des Erfüllungsortes

Damit muss geprüft werden, wo sich der Erfüllungsort der (hier bestrittenen) vertraglichen Verpflichtung befindet. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO enthält eine autonom auszulegende Definition des Erfüllungsortes, die vorrangig zu prüfen ist. Für die Fälle, die nicht von lit. b erfasst werden, verweist

<sup>5</sup> Art. 5 bis 7 EuGVVO normieren nicht nur internationale, sondern auch örtliche Zuständigkeiten, s. *Kropholler/v. Hein*, EuZPR, 9. Aufl. 2011, vor Art. 2 EuGVVO Rn. 3.

<sup>6</sup> *Kropholler/von Hein* (Fn. 5), Art. 5 EuGVVO Rn. 5, 9.

<sup>7</sup> *Geimer/Schütze* (Fn. 4), Art. 5 EuGVVO Rn. 55, 57; *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, Art. 5 EuGVVO Rn. 9.

<sup>8</sup> So aber kürzlich *Bach*, IPRax 2011, 116 (118 ff.), der zumindest die Haftung des Prinzipals bei einer Anscheinsvollmacht aus diesem Grund (Mangel an freiwilliger Verpflichtung durch den Prinzipal) als außervertragliches Schuldverhältnis qualifizieren und Fragen nach der vertraglichen Wirksamkeit nur als vertraglich zu qualifizierende Vorfrage (!) eines außervertraglichen Anspruchs aus Rechtsscheinhaftung ansehen möchte. Folge wäre dann, dass entsprechende Ansprüche nicht dem Anwendungsbereich von Art. 5 Nr. 1 EuGVVO unterfallen.

Art. 5 Nr. 1 lit. c EuGVVO auf die Auffangregel in Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO bestimmt den Erfüllungsort jedoch nur für Kaufverträge über bewegliche Sachen und für Dienstleistungsverträge verordnungsaunom. Hier geht es aber um eine Garantievereinbarung, die nicht unter lit. b fällt. Folglich ist über den Verweis in lit. c nunmehr lit. a einschlägig, womit es auf den Ort ankommt, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre. Zur Ermittlung des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO ist auf Grundlage der weiterhin gültigen *Tessili-* und *De Bloos-*Rechtsprechung des EuGH<sup>9</sup> zunächst auf die konkret streitgegenständliche Verpflichtung abzustellen, deren Erfüllungsort dann anschließend anhand des auf sie anwendbaren Vertragsstatuts ermittelt werden muss.

Die streitgegenständliche Verpflichtung ist hier zunächst die Zahlungspflicht der B aus der Garantievereinbarung, deren Nichtbestehen B feststellen lassen will. Daher ist zu prüfen, an welchem Ort diese vermeintliche Zahlungspflicht zu erfüllen wäre, wenn sie bestünde. Dazu muss das Vertragsstatut der Garantievereinbarung ermittelt werden. Mangels einschlägigem international vereinheitlichten Sachrecht könnte die Rom I-VO als das hier (auch) für deutsche Gerichte maßgebliche Kollisionsrecht heranzuziehen sein.

#### bb) Anwendbarkeit der Rom I-VO

Zunächst müsste die Rom I-VO anwendbar sein. Der sachliche Anwendungsbereich der Rom I-VO ist gemäß Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO bei vertraglichen Schuldverhältnissen in Zivil- und Handelssachen eröffnet, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen und nicht in den Katalog der Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO fallen. Eine etwaige Garantievereinbarung wäre ein vertragliches Schuldverhältnis aus dem Zivilrecht mit einem Bezug zum deutschen und englischen Recht, das die in Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO bezeichneten Rechtsgebiete nicht berührt. Der sachliche Anwendungsbereich ist daher gegeben. In räumlicher Hinsicht gilt die Rom I-VO in allen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark<sup>10</sup>, was hier wegen der anvisierten Anrufung eines deutschen Gerichts unproblematisch ist. Durch die Unterzeichnung der Vereinbarung im Juni 2011 ist auch der zeitliche Anwendungsbereich der Rom I-VO eröffnet, der sich gemäß Art. 28 Rom I-VO auf ab<sup>11</sup> dem 17.12.2009 geschlossene Verträge erstreckt. Die Rom I-VO ist daher anwendbar.

#### cc) Ermittlung des anwendbaren Rechts

Das auf die Garantievereinbarung anzuwendende Recht ist daher anhand der Rom I-VO zu bestimmen. Problematisch ist dabei, dass das wirksame Zustandekommen einer Garantievereinbarung bereits bestritten wird, da das Bestehen einer

Vollmacht des D zweifelhaft ist. Im Ergebnis kann hier – vergleichbar dem Rechtsgedanken des Art. 10 Rom I-VO – daher nur auf das hypothetische Vertragsstatut abgestellt werden. Dieses Ergebnis überzeugt auch deswegen, weil sich B im Rahmen einer negativen Feststellungsklage auf den vertraglichen Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO berufen will und sich daher folgerichtig zumindest an dieser Stelle auch an den Regelungen dieses Vertrages festhalten lassen muss.<sup>12</sup>

Damit ist für die Feststellung des auf die Garantievereinbarung anzuwendenden Rechts zu unterstellen, dass die Garantievereinbarung wirksam zustande gekommen ist. Die Garantievereinbarung könnte dem von den Parteien gewählten Recht unterliegen, Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO. Eine ausdrückliche Rechtswahl haben die Parteien in der Garantievereinbarung nicht getroffen. Es könnte aber eine stillschweigende Rechtswahl vorliegen. Gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO müsste sich diese allerdings eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben. Bedeutsam kann dabei insbesondere die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstands sein (siehe Erwägungsgrund Nr. 12 der Rom I-VO). Sie ist als ein Indiz dafür zu werten, dass die Parteien mit dem Gerichtsort auch das dort geltende Recht gewählt haben.

In der Garantievereinbarung wurde zwar eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Londoner Gerichte getroffen. Sie sollte allerdings gerade nicht ausschließlich wirken, so dass mit ihr allein noch keine stillschweigende Wahl des englischen Rechts begründet werden kann. Allerdings spricht für eine stillschweigende Rechtswahl neben schwächeren Indizien, wie der Tatsache, dass die Vereinbarung in englischer Sprache abgefasst ist und einen engen Sachzusammenhang mit dem englischen Recht unterstehenden Unternehmenskaufvertrag aufweist, insbesondere, dass in der Garantievereinbarung auf englische Rechtsnormen Bezug genommen wurde.<sup>13</sup>

#### dd) Ergebnis

Die – unterstellt wirksame – Garantievereinbarung unterliegt englischem Recht. Es ist daher nach englischem materiellem Recht zu prüfen, wo sich der Erfüllungsort der vermeintlichen Zahlungspflicht der B aus der Garantievereinbarung befindet. Laut Bearbeiterhinweis sind vertragliche Zahlungsansprüche nach englischem Recht grundsätzlich am Ort des Gläubigers, im vorliegenden Fall also am Sitz der M in London zu erfüllen.

Für eine negative Feststellungsklage der B, mit der die Feststellung beantragt wird, dass keine Zahlungspflicht aus

<sup>9</sup> *Kropholler/von Hein* (Fn. 5), Art. 5 EuGVVO Rn. 29.

<sup>10</sup> S. Erwägungsgrund Nr. 46 Rom I-VO.

<sup>11</sup> Art. 28 Rom I-VO wurde dahingehend berichtet, dass der zeitliche Anwendungsbereich der Verordnung bereits bei Verträgen eröffnet ist, die ab dem 17.12.2009 geschlossen wurden (ABl. EU 2009 Nr. L 309, S. 87).

<sup>12</sup> So im Ergebnis wohl auch LG Trier NJW-RR 2003, 287 (288); Schweizer Bundesgericht BGE 135 III 556. Ein auf Art. 5 Nr. 1 EuGVVO gestützter Gerichtsstand kommt dagegen nicht in Betracht, wenn mehrere gleichrangige der bestrittenen Leistungspflichten in verschiedenen Vertragsstaaten zu erfüllen gewesen wären, s. BGH, Urt. v. 27. 4. 2010 – IX ZR 108/09 (zu Art. 5 Nr. 1 LugÜ).

<sup>13</sup> S. dazu (noch in Bezug auf Art. 27 EGBGB) BGH NJW 2004, 3706 (3708).

der Garantievereinbarung besteht, existiert in Deutschland kein Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO.

c) Art. 5 Nr. 3 EuGVVO

aa) Anwendbarkeit für Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen?

Möglicherweise kann ein Gerichtsstand in Deutschland aber zumindest insoweit auf Art. 5 Nr. 3 EuGVVO gestützt werden, als sich die negative Feststellungsklage auf das Nichtbestehen der alternativ geltend gemachten Ansprüche aus Repäsentantenhaftung bezieht.<sup>14</sup> Dann müssten eine unerlaubte Handlung, eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder Ansprüche aus einer solchen den Gegenstand des Verfahrens bilden. Der Begriff der unerlaubten Handlung ist verordnungsautonom auszulegen; er erfasst alle Klagen, mit denen eine Schadenshaftung geltend gemacht wird, die nicht aus einem Vertrag abgeleitet werden kann.<sup>15</sup> Hier kommt eine negative Feststellungsklage der B unter dem Aspekt in Betracht, dass es im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen (und damit auch unabhängig von einem Vertragsschluss) zu keiner der B zurechenbaren Rechts- bzw. Pflichtverletzung des D gekommen ist und daher keine Schadensersatzansprüche aus außervertraglicher Haftung gegen sie entstanden sind.

Zwar wird insbesondere in der deutschen Literatur vertreten, dass im Fall eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zwischen Ansprüchen, die auf der Verletzung von deliktsähnlichen Obhuts- und Erhaltungspflichten beruhen, und solchen, die auf die Verletzung von mit dem Vertragsschluss zusammenhängenden Aufklärungs- und Beratungspflichten zurückzuführen sind, zu unterscheiden ist. Letztere sollen nicht am Deliktsgerichtsstand, sondern am Vertragsgerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO geltend gemacht werden können.<sup>16</sup> Dies ist hier insoweit erheblich, als Ansprüche der M, deren Nichtbestehen B feststellen lassen möchte, auf der möglichen Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten im Zusammenhang mit dem Abschluss der Garantievereinbarung durch einen vollmachtlosen Vertreters beruhen könnten. Der EuGH ist der in der deutschen Literatur vertretenen Auffassung zu den Ansprüchen aus c.i.c. allerdings bisher nicht gefolgt<sup>17</sup>, so dass sich mit dem EuGH eine Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO auch hinsichtlich möglicher Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen begründen ließe.

Der Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO befindet sich an dem Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Darunter ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sowohl der Ort der schädigenden Handlung als auch der Ort der

Schadensentstehung zu verstehen.<sup>18</sup> Hier fanden die Vertragsverhandlungen und die Unterzeichnung der Garantievereinbarung durch D in Bielefeld statt. Handlungs- und Erfolgsort sind daher in Bielefeld. Daher könnte sich aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO der von B gewünschte Gerichtsstand in Deutschland, d.h. in Bielefeld ergeben.

bb) Anwendbarkeit auf negative Feststellungsklagen?

Fraglich ist allerdings, ob auch eine negative Feststellungsklage in den Anwendungsbereich des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO fallen kann. Das wird überwiegend bejaht.<sup>19</sup> Dieser Auffassung ist auch zu folgen, da keine überzeugenden Gründe ersichtlich sind, bei Art. 5 Nr. 3 EuGVVO rein aus Gründen der Missbrauchsprävention zu von Art. 5 Nr. 1 EuGVVO abweichenden Ergebnissen zu gelangen.<sup>20</sup>

cc) Reichweite der Sperrwirkung

Zu klären bleibt, ob mit einer in Deutschland eingereichten (isolierten) negativen Feststellungsklage auf Nichtbestehen außervertraglicher Ansprüche M auch daran gehindert werden kann, vor englischen Gerichten vertragliche Ansprüche aus der Garantievereinbarung anhängig zu machen. Insofern stellt sich wiederum die Frage der Anspruchsidentität i.S.d. Art. 27 EuGVVO. Wie bereits oben erläutert, besteht eine doppelte Rechtshängigkeit dann, wenn beide anhängig gemachten Verfahren zumindest im Kern denselben Gegenstand haben.

Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob ein vertraglicher Zahlungsanspruch aus der Garantievereinbarung auf der einen und ein Feststellungsbegehren bezüglich des Nichtbestehens außervertraglicher Ansprüche hinsichtlich einer möglichen Zurechnung des Verhaltens eines vollmachtlosen Vertreters auf der anderen Seite im Kern den gleichen Gegenstand aufweisen. Dafür könnte zwar sprechen, dass für beide Ansprüche – die im Alternativverhältnis zueinander stehen – die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Garantievereinbarung von Bedeutung ist. Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich beide Ansprüche auf verschiedene Rechtsvorschriften stützen. Entscheidend hinzu kommt, dass es bei den streitgegenständlichen außervertraglichen Ansprüchen anders als bei den möglichen vertraglichen Zahlungsansprüchen zumindest vorrangig nicht um die Wirksamkeit des Vertrages, sondern die Zurechnung eines pflichtwidrigen vorvertraglichen Verhaltens des D gegenüber B geht. Ein anderes Ergebnis würde auch die rechtspolitisch fragwürdige Wirkung negativer Feststellungsklagen überspannen. Zuletzt kann auch die mögliche Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen bei isolierter Betrachtung noch nicht zwangsläufig

<sup>14</sup> Art. 5 Nr. 3 EuGVVO wird vom EuGH wie auch Art. 5 Nr. 1 EuGVVO eng ausgelegt und ist auf konkurrierende oder alternative vertragliche Ansprüche nicht anwendbar, s. EuGH NJW 1988, 3088 (Kalfelis).

<sup>15</sup> EuGH NJW 2005, 811 f. (Engler).

<sup>16</sup> Gottwald (Fn. 7), Art. 5 EuGVVO Rn. 10, 58 m.w.N.

<sup>17</sup> EuGH NJW 2002, 3159 (Tacconi).

<sup>18</sup> EuGH NJW 1977, 493 (Mines de Potasse d'Alsace); EuGH NJW 2004, 2441 (Kronhofer).

<sup>19</sup> Gottwald (Fn. 7), Art. 5 EuGVVO Rn. 60 m.w.N.; vertiefend Domej, IPRax 2008, 550 ff.; inzwischen EuGH-Vorlage des BGH BeckRS 2011, 05522

<sup>20</sup> In diese Richtung auch Kropholler/von Hein (Fn. 5), Art. 5 EuGVVO Rn. 78 m.w.N. zur (teilweise abweichenden) Rechtsprechung.

zur Annahme eines gleichen Kerns der Verfahren führen<sup>21</sup>: Zwar dient die Kernpunkttheorie des EuGH gerade der Verhinderung widersprüchlicher Entscheidungen. Allein eine solche Gefahr kann aber die Anwendbarkeit des Art. 27 EuGVVO auch deswegen noch nicht rechtfertigen, weil für Art. 28 Abs. 1 EuGVVO, der Gerichten im Fall mehrerer *im Zusammenhang* stehender Klagen fakultativ eine Verfahrensaussetzung zur Vermeidung *widersprüchlicher* Entscheidungen ermöglichen soll (s. Art. 28 Abs. 3 EuGVVO), ansonsten keinerlei Anwendungsbereich mehr verbliebe.<sup>22</sup>

Damit kann eine auf Art. 5 Nr. 3 EuGVVO gestützte negative Feststellungsklage eine Zahlungsklage in England im vorliegenden Fall nicht verhindern.

### 3. Ergebnis

B kann mit einer negativen Feststellungsklage im Ergebnis nur die Geltendmachung außervertraglicher Ansprüche im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen, nicht dagegen Zahlungsklagen in England aus der Garantievereinbarung selbst verhindern. Aus prozesstaktischer Hinsicht sprechen dennoch zwei Gesichtspunkte für eine Klageerhebung in Deutschland: Zum einen besteht die Möglichkeit, dass sich M rügelos auf ein Verfahren in Deutschland einlässt und ggf. in Deutschland Widerklage auf Zahlung erhebt (vgl. Art. 24 EuGVVO sowie Art. 6 Nr. 3 EuGVVO), um die Führung eines weiteren Verfahrens in England zu vermeiden. Zum anderen ist nicht ausgeschlossen, dass ein von M angerufenes englisches Gericht das Verfahren zumindest auf Grundlage von Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 EuGVVO aussetzt.

### Frage 2

Die Frage, ob B durch die Unterschriftsleistung des D an die Garantievereinbarung gebunden ist, betrifft die Vertretung der B durch D. Da D tatsächlich keine Vollmacht zum Abschluss der Garantievereinbarung hatte, kommt hier nur eine Zurechnung seiner Willenserklärung über die Grundsätze einer Rechtsscheinsvollmacht<sup>23</sup> in Betracht. Da der Sachverhalt eine Verbindung zu Deutschland und England und damit

einen Auslandsbezug aufweist, ist die Frage, nach welchem Sachrecht das Bestehen einer Rechtsscheinvollmacht zu beurteilen ist, anhand des einschlägigen Kollisionsrechts zu klären. Fraglich ist jedoch, welche Kollisionsnormen ein – hier unterstellt zuständiges – deutsches Gericht heranzuziehen hat.

### I. Existenz von vereinheitlichtem Kollisionsrecht?

Vorrangig heranzuziehen wären auf internationalen Abkommen oder Unionsrecht beruhende kollisionsrechtliche Regelungen zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung (und in diesem Zusammenhang auch zum Rechtsschein der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung). Hier könnte das Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht von 1978 einschlägig sein. Dieses Abkommen wurde jedoch von Deutschland nicht ratifiziert. Auch auf europäischer Ebene gibt es bisher keine einheitlichen Kollisionsnormen für die rechtsgeschäftliche Stellvertretung. Die Rom I-VO, die das Kollisionsrecht für vertragliche Schuldverhältnisse in den Mitgliedstaaten der EU harmonisiert, nimmt in Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO die Stellvertretung vielmehr ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich heraus.<sup>24</sup>

### II. Anwendung nationalen Kollisionsrechts

Da keine vorrangigen internationalen Regelungen bestehen, hat ein deutsches Gericht die Kollisionsnormen des autonomen Rechts, d.h. das EGBGB, heranzuziehen, Art. 3 EGBGB. Jedoch enthält auch das EGBGB keine Kollisionsnorm für die rechtsgeschäftliche Vertretung, so dass die in der deutschen Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zur Anknüpfung der Vollmacht – hier speziell die zur Anknüpfung einer Vollmacht kraft Rechtsscheins – maßgebend sind. Danach unterliegen Anscheins- und Duldungsvollmacht dem Recht, dem sie auch bei einer tatsächlichen Bevollmächtigung unterworfen wären (hypothetisches Vollmachtsstatut).<sup>25</sup> Damit ist zu prüfen, welchem Recht die Vollmacht unterliegen würde, wenn D tatsächlich von B zum Abschluss der Garantievereinbarung mit M bevollmächtigt worden wäre.

Der h.M. im deutschen IPR zufolge ist die Vollmacht gesondert anzuknüpfen, unterliegt also nicht automatisch dem Recht des von dem Vertreter mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bzw. dem auf das Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem anzuwendenden Recht. Es ist daher zu trennen zwischen Geschäftsstatut und Vollmachtsstatut. Auf die Vollmacht kommt dabei (vorbehaltlich einer grundsätzlich statthaften Rechtswahl) grds. das Recht desjenigen Landes zur Anwendung, in dem der Vertreter von

<sup>21</sup> Widersprüchliche Entscheidungen lassen sich im vorliegenden Fall bedingt durch die Rechtskraftwirkung einer negativen Feststellungsklage nicht vollständig ausschließen. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesem äußerst komplexen Aspekt wurde von den Bearbeitern aber nicht erwartet. Zur Reichweite der Rechtskraft im Fall einer Abweisung einer negativen Feststellungsklage sowie zur Rechtskrafterstreckung auf das kontradiktorische Gegenteil *Leipold*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. 2008, § 322 Rn. 106 und 186.

<sup>22</sup> Kritisch zur „weitgehenden Überflüssigkeit“ von Art. 22 EuGVÜ (der Vorläufernorm von Art. 28 EuGVVO) wegen des weiten Streitgegenstandsbegriffs des EuGH dagegen *Walker*, ZZP 1998, 429 (438).

<sup>23</sup> Zu dem insbesondere der Anscheinsvollmacht vergleichbaren Rechtsscheinstatbestand der *apparent authority* im englischen Recht *Tan*, in: Busch/Macgregor (Hrsg.), *The Unauthorized Agent*, 2009, S. 186 ff.

<sup>24</sup> A.A. allerdings *Bach*, IPRax 2011, 116 (118), der zumindest die Anscheinsvollmacht außervertraglich qualifizieren und damit dem Anwendungsbereich der Rom II-VO mit der Folge unterwerfen will, dass ein Rückgriff auf nationales IPR an dieser Stelle weder notwendig noch zulässig wäre.

<sup>25</sup> *Mäsch*, in: BeckOK zum BGB, 18. Edition, Art. 10 EGBGB Rn. 114 m.w.N.

ihr tatsächlich Gebrauch macht und sie damit ihre Wirkung entfaltet.<sup>26</sup>

D hat die Vertragsverhandlungen über die Garantievereinbarung mit M in Bielefeld/Deutschland geführt und dort auch die Garantievereinbarung unterzeichnet. Wenn D von B tatsächlich zum Abschluss der Garantievereinbarung mit M bevollmächtigt gewesen wäre, würde die Vollmacht des D damit dem deutschen Recht unterliegen. Daraus folgt, dass auch eine mögliche Vollmacht kraft Rechtsscheins nach deutschem Recht zu beurteilen ist.

### III. Ergebnis

Die Frage, ob B durch die Unterschriftsleistung des D an die Garantievereinbarung gebunden ist, bemisst sich daher aus Sicht deutscher Gerichte nach deutschem Recht.<sup>27</sup>

#### Frage 3

Falls keine wirksame Garantievereinbarung zustande gekommen ist, könnten sich Ansprüche der M gegen B dann ergeben, wenn B dafür einstehen muss, dass D in ihrem Namen Vertragsverhandlungen mit M geführt hat, dabei aber – der B zurechenbar – das Vorhandensein seiner Vertretungsmacht vorgetäuscht hat. Insoweit sind insbesondere Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der sog. Repräsentantenhaftung denkbar.<sup>28</sup>

### I. Anwendbares Kollisionsrecht

Da der Sachverhalt eine Verbindung zu Deutschland und England und damit zu mehr als einer Rechtsordnung aufweist, ist die Frage, nach welchem Sachrecht Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen zu beurteilen sind, mit Hilfe des Kollisionsrechts zu beantworten. Die hier streitgegenständliche Frage könnte in den Anwendungsbereich der Rom I-VO oder aber der Rom II-VO fallen.

#### 1. Sachlicher Anwendungsbereich Rom II-VO

Während im deutschen Recht Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen in erster Linie vertragsrechtlich qualifiziert werden, sind diese Ansprüche aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-VO gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. i Rom I-VO ausdrücklich ausgenommen. Auch der Erwä-

gungsgrund Nr. 10 der Rom I-VO verweist ausdrücklich auf die Rom II-VO, in der sich in Art. 12 Rom II-VO eine spezielle, autonom auszulegende Anknüpfungsregel befindet.<sup>29</sup> Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen werden nach der europäischen Dogmatik damit in den Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse einbezogen und fallen in den sachlichen Anwendungsbereich der Rom II-VO.<sup>30</sup>

#### 2. Räumlich-zeitlicher Anwendungsbereich

Zu klären bleibt daher, ob auch der räumliche und zeitliche Anwendungsbereich der Rom II-VO eröffnet sind. Die Rom II-VO gilt gemäß Art. 1 Abs. 4 Rom II-VO in allen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks. Sie wird gemäß Art. 31, 32 Rom II-VO auf schadensbegründende Ereignisse angewandt, die am 11.01.2009 oder später eingetreten sind. Da der vermeintliche Vertragsschluss im Juni 2011 erfolgte, ist die Rom II-VO auch in räumlicher und zeitlicher Hinsicht anwendbar und damit sowohl für deutsche als auch englische Gerichte maßgeblich.

### II. Anwendbares Sachrecht

Bei der Anwendung der Rom II-VO ist zunächst zu prüfen, ob eine Rechtswahl nach Art. 14 Rom II-VO vorliegt. Diese müsste sich dann gerade (auch) auf die Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen beziehen.<sup>31</sup> Dafür ergeben sich hier aber keine Anhaltspunkte. Damit ist vorrangig Art. 12 Rom II-VO heranzuziehen. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO findet auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrages das Recht des Staates Anwendung, das auf den Vertrag anzuwenden ist oder anzuwenden gewesen wäre, wenn er geschlossen worden wäre.

Bei den Ansprüchen aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen ist jedoch zu unterscheiden: Soweit es sich um Ansprüche handelt, die auf der Verletzung von Aufklärungspflichten oder dem Abbruch von Vertragsverhandlungen beruhen, kann an Art. 12 Rom II-VO angeknüpft werden. Ansprüche, die auf der Verletzung des Integritätsinteresses des potentiellen Vertragspartners beruhen und daher nicht vorrangig einen Rechtsgeschäfts- bzw. Transaktionsbezug aufweisen<sup>32</sup>, werden dagegen von Art. 4 ff. Rom II-VO er-

<sup>26</sup> BGH NJW 1965, 487 (488); Hausmann, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 5431 ff. und 5441 ff. m.w.N. auch zu den abweichenden Meinungen.

<sup>27</sup> Zu der komplexen Anknüpfung des Vollmachtstatuts nach unvereinheitlichtem englischen Kollisionsrecht Schwarz, RabelsZ 71 (2007), 729 (745).

<sup>28</sup> Im Fall deutschen Rechts insbes. gemäß §§ 280, 241, 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 31 BGB bzw. § 278 BGB; s. Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 31 Rn. 20. Im englischen Recht kommt u.a. eine Haftung aus tort in deceit in Betracht, die sich der Prinzipal nach den Grundsätzen der vicarious liability u.U. zurechnen lassen muss, s. House of Lords, Armagas Ltd. v Mundogas S.A. (1986) 1 AC 717.

<sup>29</sup> Die hier zu klärende Problematik dürfte auch nicht von der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO erfasst sein und daher nicht dem Vollmachtstatut unterfallen: Denn Gegenstand des Ausschlusses des Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO ist nicht die rechtliche Beziehung, die zwischen dem Vertretenen und dem Dritten durch den Vertreter begründet wurde, s. dazu auch Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, Art. 1 Rom I-VO Rn. 69.

<sup>30</sup> S. insofern auch Art. 2 Abs. 1 Rom II-VO.

<sup>31</sup> Spellenberg, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Art. 12 Rom II-VO Rn. 2; Thorn, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, Art. 12 Rom II-VO Rn. 5.

<sup>32</sup> Lüttringhaus, RIW 2008, 193 (198).

fasst.<sup>33</sup> Die Abgrenzung muss dabei verordnungsautonom erfolgen; die rechtliche Einordnung in Betracht kommender Ansprüche durch das möglicherweise anzuwendende Sachrecht ist nicht entscheidend.

Hier geht es um die Verletzung von transaktionsbezogenen Aufklärungspflichten, da D bei den Vertragsverhandlungen das Vorhandensein seiner Bevollmächtigung vorge täuscht hat und sich B dies möglicherweise zurechnen lassen muss. Damit ist Art. 12 Rom II-VO einschlägig.

Da Art. 12 Rom II-VO an das Vertragsstatut bzw. das hypothetische Vertragsstatut anknüpft, ist folglich zu prüfen, welches Recht auf die Garantievereinbarung anzuwenden wäre, wenn ihre Wirksamkeit unterstellt wird. Dies bestimmt sich wiederum nach der Rom I-VO.

### III. Ergebnis

Da das hypothetische Vertragsstatut der Garantievereinbarung englisches Recht ist (s. Frage 1), kommt damit auch für einen möglichen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen englisches Recht zur Anwendung, obwohl sich das Vollmachtsstatut mangels Harmonisierung des Internationalen Stellvertretungsrechts im Fall einer Zuständigkeit deutscher Gerichte nach deutschem Recht richten würde (s. Frage 2). Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO hält insbesondere auch keine Ausweichklausel bereit, der zufolge das Recht des Staates anzuwenden ist, zu dem das außervertragliche Schuldverhältnis aus Verhandlungen vor Vertragsschluss eine offensichtlich engere Verbindung aufweist.

---

<sup>33</sup> Erwägungsgrund Nr. 30 der Rom II-VO; s. auch *Thorn* (Fn. 31), Art. 12 Rom II-VO Rn. 2.



# Übungshausarbeit für Anfänger: Der Atomdeal

Von Wiss. Mitarbeiter **Christoph Krönke**, München\*

*Die Hausarbeit enthält drei Schwerpunkte, die von den Bearbeitern Unterschiedliches verlangen. Das Problem der Zustimmungsbefähigung einer gesetzlichen Regelung der Laufzeitverlängerung für Atomkraftwerke ist aufgrund der jüngst intensiv geführten Diskussion im Schrifttum inhaltlich gut zu bearbeiten. Deutlich schwieriger gestaltet sich die Bearbeitung der Frage, ob sich die normprägende Absprache zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgern auf die Verfassungsmäßigkeit des erlassenen Gesetzes auswirkt. Hier betreten die Bearbeiter verfassungsrechtliches Neuland. Die landesverfassungsrechtliche Bindung der Landesregierung durch Stellungnahmen des Landtages im Hinblick auf das Abstimmungsverhalten im Bundesrat dürfte dagegen wieder einfacher zu behandeln sein.*

## Sachverhalt

Im September 2010 stellt die aus Mitgliedern der A-Partei und der B-Partei zusammengesetzte Bundesregierung den Entwurf ihres neuen Energiekonzepts vor, mit dem die Energieversorgung in Deutschland in das Zeitalter der erneuerbaren Energien geführt werden soll. Vor allem die Kernenergie wird dabei als „Brückentechnologie“ auf dem Weg dorthin betrachtet. Das Konzept sieht daher eine – in der deutschen Öffentlichkeit seit Längerem kontrovers diskutierte – Verlängerung der Laufzeit der Kernkraftwerke in Deutschland vor. Die Gewinne, die den Betreibern der Kernkraftwerke infolge einer solchen Laufzeitverlängerung zusätzlich entstehen, sollen dabei teilweise abgeschöpft und zur Förderung der Entwicklung erneuerbarer Energiequellen genutzt werden.

Wie wenig später öffentlich bekannt wird, hatte sich die Bundesregierung bereits drei Wochen vor der Vorstellung ihres Energiekonzepts, am 6.9.2010, mit den kernkraftwerksbetreibenden Energiekonzernen auf einen „Vertrag zwischen dem Bund und den Energieversorgungsunternehmen zur Förderung der nachhaltigen Energieversorgung (Fördervertrag)“ verständigt. Der Fördervertrag hat folgenden Inhalt:

„§ 1 Die Bundesregierung bringt eine Gesetzesinitiative ein, die u.a. eine Verlängerung der Laufzeit der Kernkraftwerke in Deutschland vorsieht. Die im Einzelnen geplanten Laufzeitverlängerungen werden der Vereinbarung als Anlage A beigelegt.“

§ 2 Die Betreiber der Kernkraftwerke verpflichten sich dazu, für die aus der Laufzeitverlängerung zusätzlich in das Netz eingespeiste Energiemenge einen in der Anlage B näher

festgesetzten Förderbeitrag an ein Sondervermögen des Bundes („Energiefonds“) zu leisten.

§ 3 Diese Vereinbarung wird mit Inkrafttreten der in Anlage A vorgesehenen gesetzlichen Bestimmungen zur Laufzeitverlängerung wirksam.“

Zu den an der Aushandlung Beteiligten gehörten neben den Spitzenvertretern der Energiekonzerne nur Angehörige der Bundesregierung, einschließlich des Bundeskanzlers K, sowie deren Berater. Andere Abgeordnete oder Vertreter des Bundestages waren nicht an der Aushandlung des Fördervertrags beteiligt.

Die Bundesregierung hält trotz bundesweiter Demonstrationen gegen den „Ausstieg vom Ausstieg aus der Atomkraft“ an ihren Plänen fest und lässt einen Entwurf über das aus zwei Artikeln bestehende Gesetz für eine nachhaltige Energiewirtschaft (NEW-G) erarbeiten, den sie unter ordnungsgemäßer Beteiligung des Bundesrates in das Gesetzgebungsverfahren einbringt. Art. 1 NEW-G enthält Änderungen des Gesetzes über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (AtomG). Nach der bis dahin geltenden Fassung des AtomG sollten die Genehmigungen für den Betrieb der deutschen Kernkraftwerke jeweils nach Erreichen einer individuell bestimmten Restmenge an produzierter Elektrizität auslaufen und die Erteilung neuer Bau- und Betriebsgenehmigungen ausgeschlossen sein. Durch die in Art. 1 NEW-G enthaltenen Änderungen des AtomG soll die Reststrommenge für die Kernkraftwerke in Deutschland nun – entsprechend den Festsetzungen in Anlage A des Fördervertrags vom 6. September 2010 – dergestalt erhöht werden, dass ihre Laufzeit im Ergebnis um durchschnittlich 12 Jahre verlängert wird. Weitere Änderungen des AtomG sieht Art. 1 NEW-G nicht vor. Art. 2 NEW-G hat die Einführung eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Energiefonds“ (EF-G) zum Gegenstand. Das EF-G übernimmt dabei wortgleich § 2 des Fördervertrags, einschließlich der Anlage B. Ende Oktober 2010 verabschiedet der Bundestag das NEW-G ordnungsgemäß und leitet es unverzüglich an den Bundesrat weiter.

Im Bundesrat wird das NEW-G als Zustimmungsgesetz behandelt. Bei der Abstimmung über das NEW-G stimmen nur 32 der 69 Bundesratsmitglieder dem NEW-G zu. Zu den Bundesratsmitgliedern, die sich nicht für eine Zustimmung aussprechen, zählen auch die sechs Bundesratsmitglieder des Landes L. Sie haben sich mit ihrem Abstimmungsverhalten streng an einen Beschluss des Landeskabinetts gehalten, das entgegen seiner Überzeugung, aber in Einklang mit Art. 34a der Landesverfassung von L (LV) einer entsprechenden Stellungnahme des Landtags von L gefolgt war. Art. 34a LV lautet wie folgt:

„Artikel 34a. Abstimmungsverhalten im Bundesrat

<sup>1</sup>Die Landesregierung beschließt über die Stimmabgabe im Bundesrat. <sup>2</sup>Sie ist dabei an Stellungnahmen des Landtages

---

\* Der Verf. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht sowie Öffentliches Sozialrecht (Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier) an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Fall wurde dort im Rahmen des Grundkurses im Öffentlichen Recht als Hausarbeit gestellt.

gebunden, die das Abstimmungsverhalten im Bundesrat betreffen.“

Ohne die Stellungnahme des Landtags hätte die aus Mitgliedern der A-Partei und der B-Partei zusammengesetzte Landesregierung L die sechs Bundesratsmitglieder dazu angewiesen, dem NEW-G zuzustimmen.

Der Bundestag leitet ungeachtet des Abstimmungsergebnisses im Bundesrat das Verfahren der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten ein. Dieser hält das NEW-G für verfassungsgemäß und fertigt es nach Gegenzeichnung aus. Das NEW-G wird im Bundesgesetzblatt verkündet.

Die Opposition im Bundestag zeigt sich empört über das NEW-G und hält es für eklatant verfassungswidrig. Zum einen habe das NEW-G infolge der Änderungen des AtomG der Zustimmung des Bundesrates bedurft. Außerdem widerspreche der Erlass eines solchen „paktierten“ Gesetzes den Grundsätzen demokratischer und rechtsstaatlicher Gesetzgebung, da die Regierungsmehrheit im Bundestag von vornherein keine andere Wahl gehabt habe, als den „Atomdeal“ abzunicken, mit dem die Energiekonzerne und die Bundesregierung fernab des Parlaments und der Öffentlichkeit eine Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke ausgehandelt hätten. Von den 622 Bundestagsmitgliedern schließen sich daher 207 Abgeordnete aus den Oppositionsfraktionen zusammen und wenden sich an das BVerfG mit dem Antrag, das ihres Erachtens verfassungswidrige NEW-G für nichtig zu erklären.

Die Bundesregierung ist von der Verfassungsmäßigkeit des NEW-G überzeugt. Die Absprache mit den Unternehmen betrachtet sie als verfassungsrechtlich unbedenklich, zumal der Bundestag nicht verpflichtet gewesen sei, das NEW-G zu beschließen. Auch sei eine Zustimmung des Bundesrates nicht erforderlich gewesen. Ungeachtet dessen ist die Regierung enttäuscht vom Abstimmungsverhalten der Bundesratsmitglieder aus L, mit deren Zustimmung sie fest gerechnet hatte. Art. 34a LV hält sie für verfassungswidrig und beantragt daher beim BVerfG, die Unvereinbarkeit jener Bestimmung mit dem Grundgesetz festzustellen.

Sind die beiden zulässigen Anträge im Normenkontrollverfahren begründet?

### Hinweise

Es ist davon auszugehen, dass das EF-G kompetenzgemäß erlassen wurde, keine zustimmungsbedürftigen Regelungen enthält und seinem Inhalt nach im Einklang mit dem Grundgesetz steht, insbesondere mit den finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften. Die Verfassungsmäßigkeit des AtomG in seiner Fassung vor dem 8.12.2010 ist zu unterstellen. Die Änderungen des AtomG im Rahmen des Elften Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes vom 8.12.2010, BGBl. I 2010, S. 1814 und späterer Gesetze sind nicht zu berücksichtigen. Gleiches gilt für das Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ vom 8.12.2010, BGBl. I 2010, S. 1807 und das Kernbrennstoffsteuergesetz vom 8.12.2010, BGBl. I 2010, S. 1804 sowie für die am 6.9.2010 und am 10.1.2011 geschlossenen Förderfondsverträge zwischen dem Bund und den Energieversorgungsunternehmen.

### Lösung

#### Teil 1: Begründetheit des Antrags der Bundestagsmitglieder

Der Antrag der Bundestagsmitglieder ist begründet, wenn das angegriffene NEW-G gegen das Grundgesetz verstößt.

#### I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des NEW-G

Das NEW-G ist formell verfassungsgemäß, wenn dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit zusteht, die formellen Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren eingehalten worden sind und das Gesetz ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet worden ist.

##### 1. Gesetzgebungszuständigkeit

Dem Bund müsste die Gesetzgebungskompetenz bezüglich sämtlicher durch das NEW-G getroffenen Regelungen zustehen. Im Grundsatz sind gemäß Art. 30, 70 Abs. 1 GG die Länder für die Gesetzgebung zuständig, es sei denn, die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ergibt sich ausdrücklich aus dem Grundgesetz oder nach den anerkannten Regeln über die ungeschriebenen Gesetzgebungskompetenzen.

Laut Sachverhalt ist das EF-G, also Art. 2 NEW-G, in kompetenzgemäßer Weise erlassen worden. Für die in Art. 1 NEW-G enthaltenen Änderungen des AtomG ergibt sich eine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG.

##### 2. Gesetzgebungsverfahren

Das NEW-G müsste außerdem im Rahmen eines verfassungsgemäßen Gesetzgebungsverfahrens zustande gekommen sein.

##### a) Gesetzesinitiative, Art. 76 GG

Dazu muss das Gesetz zunächst von einem der in Art. 76 Abs. 1 GG genannten Initiativberechtigten in verfassungsmäßiger Weise in das Verfahren eingebracht worden sein. Im vorliegenden Fall wurde das NEW-G gemäß Art. 76 Abs. 1 Fall 1 GG durch die Regierung eingebracht. Formal entspricht dies den Vorgaben des Art. 76 Abs. 1 GG.

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesinitiative könnten sich allerdings daraus ergeben, dass der Gesetzesentwurf im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens nicht allein durch einen der in Art. 76 Abs. 1 GG genannten Initiativberechtigten erarbeitet worden ist, sondern in wesentlichen Teilen auf dem Fördervertrag beruht, der von der Bundesregierung zusammen mit den Energieversorgungsunternehmen ausgehandelt worden ist. Ein solches Vorgehen könnte dazu führen, dass das Gesetzgebungsverfahren auf einer „verfassungswidrigen Ausübung des Initiativrechts“ beruht und das entsprechende Gesetz bereits wegen eines Verstoßes gegen Art. 76 Abs. 1 GG formell verfassungswidrig ist.<sup>1</sup> Da nämlich im vorliegenden Fall maßgeblich auch private Akteure an der „Vereinbarung“ der Initiative beteiligt waren und sich

<sup>1</sup> So insbesondere etwa *Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 644.

aufgrund dessen ein erheblicher (zumindest) politischer Druck zur gesetzlichen Umsetzung ergeben könnte, ist zweifelhaft, ob die in Art. 76 Abs. 1 GG genannten initiativberechtigten Bundestagsmitglieder ihr Initiativrecht noch frei und ungehindert ausüben könnten.

Gegen die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 76 Abs. 1 GG selbst spricht allerdings, dass zur Zeit des Abschlusses des in Rede stehenden Fördervertrags das Stadium der Gesetzesinitiative, also des „Einbringens“ in den Bundestag, noch nicht erreicht war. Auf diese formelle Einbringung in das Verfahren – und nicht etwa auf eine materielle Urheberschaft der Vorlage – stellt Art. 76 GG ab. Da diese formale Voraussetzung vorliegend gewahrt wurde, liegt auch kein Verstoß gegen Art. 76 Abs. 1 GG vor.

Da der Bundesrat laut Sachverhalt ordnungsgemäß beteiligt worden ist (Art. 76 Abs. 2 GG), war das Einleitungsverfahren damit insgesamt verfassungsgemäß.

#### *b) Beschlussfassung in Bundestag und Bundesrat, Art. 77 f. GG*

Laut Sachverhalt hat der Bundestag das NEW-G ordnungsgemäß verabschiedet. Fraglich ist vorliegend allein, ob der Bundesrat ordnungsgemäß beteiligt worden ist.

##### *aa) Zustimmungsbefähigung des NEW-G*

Ob eine ordnungsgemäße Beteiligung stattfand, hängt zunächst davon ab, ob das NEW-G als Einspruchs- oder als Zustimmungsgesetz zu qualifizieren ist, vgl. Art. 78 GG. Dies hängt gemäß Art. 77 Abs. 2a GG davon ab, ob die Zustimmungsbefähigung im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich lediglich um ein Einspruchsgesetz.

##### *(1) Zustimmungsbefähigung kraft eigenständigen Regelungsgehalts*

Die Zustimmungsbefähigung des NEW-G könnte sich zum einen aus seinem eigenständigen Regelungsgehalt ergeben. Der Regelungsgehalt des Art. 1 NEW-G erschöpft sich indes in materiell-rechtlichen Änderungen des AtomG. Er unterwirft insbesondere selbst keine Teile des AtomG einer Bundesauftragsverwaltung, so dass der eigenständige Regelungsgehalt keine Zustimmungsbefähigung nach Art. 87c GG auslöst. Laut Sachverhalt ist außerdem davon auszugehen, dass Art. 2 NEW-G keine zustimmungsbefähigten Teile enthält. Es ist daher keine grundgesetzliche Bestimmung ersichtlich, welche die Zustimmungsbefähigung des NEW-G kraft eigenständigen Regelungsgehalts auslösen könnte.

##### *(2) Zustimmungsbefähigung als Änderungsgesetz*

Die Zustimmungsbefähigung könnte sich aber aus dem Umstand ergeben, dass Art. 1 NEW-G ein Gesetz, nämlich das AtomG, ändert, welches aufgrund der Bestimmung der Auftragsverwaltung in § 24 Abs. 1 AtomG seinerseits gemäß Art. 87c GG zustimmungsbefähigt ist.

##### *(a) Keine grundsätzliche Zustimmungsbefähigung von Änderungsgesetzen*

Vor diesem Hintergrund könnte man die Auffassung vertreten, dass jede Änderung eines zustimmungsbefähigten Gesetzes ihrerseits zustimmungsbefähigt ist, da sich die ursprüngliche Zustimmung des Bundesrates auf das ganze Gesetz bezog, diese Zustimmung nicht teilbar ist und in Frage gestellt wird, wenn das Gesetz nun im Nachhinein geändert wird.<sup>2</sup> Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass dadurch mit der Zeit immer mehr Gesetze ohne jeden spezifischen im Änderungsgesetz verankerten sachlichen Grund zustimmungsbefähigt würden. Dies hätte zur Folge, dass der Katalog der im Grundgesetz vorgesehenen Zustimmungsgesetze, der die Zustimmungsbefähigung nur als Ausnahme vorgesehen hat, zunehmend umgangen würde. Die Ausnahme würde mithin zur Regel. Überdies spricht die bereits erwähnte Auffassung vom Zustimmungsgesetz als einer gesetzgebungstechnischen Einheit gegen die Zustimmungsbefähigung von Änderungsgesetzen, da auch das Änderungsgesetz selbst eine gesetzgebungstechnische Einheit ist, deren Zustimmungsbefähigung grundsätzlich selbständig zu bestimmen ist.<sup>3</sup>

Aus diesen Gründen kann nicht jede Änderung eines zustimmungsbefähigten Gesetzes selbst zustimmungsbefähigt sein. Fraglich ist allerdings, wonach sich die Zustimmungsbefähigung von Änderungen zustimmungsbefähigter Gesetze zu richten hat. Hier bieten sich verschiedene Ansatzpunkte an.

##### *(b) Zustimmungsbefähigung wegen Entfristung*

In einer frühen Entscheidung hatte das BVerfG ein Änderungsgesetz unabhängig von seinem Inhalt als zustimmungspflichtig erachtet, wenn es ein befristetes Zustimmungsgesetz verlängert. Eine Verlängerung der Geltungsdauer eines befristeten Zustimmungsgesetzes komme „dem Erlass neuer Gesetze mit dem Inhalt“ des Zustimmungsgesetzes gleich.<sup>4</sup>

Vorliegend geht es zwar nicht um die Verlängerung der Geltungsdauer des AtomG, sondern um materiell-rechtliche Änderungen. Denkbar wäre es aber, diese Rechtsprechung wegen der Parallele zwischen einer förmlichen Befristung der Geltungsdauer eines Gesetzes und der zeitlichen Beschränkung der praktischen Bedeutung des AtomG durch die Laufzeitbegrenzung auf den vorliegenden Fall zu übertragen.<sup>5</sup> Denn ein erheblicher Teil der Regelungen des AtomG verliert mit dem Erreichen der gesetzlich jeweils vorgesehenen Reststrommenge ihre praktische Relevanz. Auch wenn daher im AtomG weiterhin eine Auftragsverwaltung vorgeschrieben sei, gebe es diese Verwaltung in Wirklichkeit nicht mehr. Eine Laufzeitverlängerung, die zu einer Verlängerung der

<sup>2</sup> Vgl. dazu die frühere Auffassung des Bundesrates, wiedergegeben in BVerfGE 37, 363 (374).

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 37, 363 (381).

<sup>4</sup> BVerfGE 8, 274 (295); vgl. *Ossenbühl*, AöR 99 (1974), 369 (430 f.).

<sup>5</sup> So etwa *Kenzia*, DÖV 2010, 713 (716 f.); *Geulen/Klinger*, NVwZ 2010, 1118 (1118); *Wieland*, ZNER 2010, 321 (326).

Vollzugsaufgaben der Länder führt, wirke insofern wie die Verlängerung eines befristeten Gesetzes.

Gegen eine solche Parallele spricht allerdings, dass den Ländern durch § 24 Abs. 1 AtomG neben der Aufsicht über den Anlagenbetrieb auch die Aufsicht über den Anlagenbestand (Kernkraftwerke, Zwischen- und Endlager) übertragen wurde, und zwar zeitlich unbeschränkt. Die gesetzliche Laufzeitverlängerung führt daher nur zu Verschiebungen in der zeitlichen Abfolge dieser unterschiedlichen Aufsichtsfunktionen, also der Betriebsaufsicht und der Stilllegungsaufsicht. Derartige zeitliche Verschiebungen der Aufsichtsfunktionen sind nicht mit einem Neuerlass oder einer Befristung vergleichbar.<sup>6</sup>

*(c) Zustimmungsbefähigung wegen materiell-rechtlicher Änderungen eines aufgrund verfahrensrechtlicher Regelungen zustimmungsbefähigten Gesetzes*

Eine Zustimmungsbefähigung des NEW-G könnte sich allerdings daraus ergeben, dass zwischen den zustimmungsbefähigten verfahrensrechtlichen Teilen des AtomG – nämlich § 24 Abs. 1 AtomG – und den in Art. 1 NEW-G vorgesehenen, für sich zustimmungsfreien materiell-rechtlichen Änderungen ein gewisser Zusammenhang besteht. Denn die in § 24 Abs. 1 AtomG vorgesehene Bundesauftragsverwaltung wird durch die Verlängerung der Laufzeiten zeitlich hinausgezögert.

Zu prüfen ist daher, ob und unter welchen Voraussetzungen sich aus rein materiell-rechtlichen Änderungen eines aufgrund verfahrensrechtlicher Regelungen zustimmungsbefähigten Gesetzes die Zustimmungsbefähigung auch des Änderungsgesetzes ergeben kann, und ob diese Voraussetzungen vorliegend gegeben sind.

*(aa) Enger Maßstab: „wesentlich andere Bedeutung und Tragweite“ der übertragenen Aufgabe*

Man könnte dabei zunächst die ursprünglich im Rahmen der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. entwickelten Maßstäbe heranziehen.

Nach dieser (zurückhaltenden) Rechtsprechung ergebe sich aus Art. 84 Abs. 1 GG a.F. ausnahmsweise eine Zustimmungsbefähigung für den „Fall, dass ein Zustimmungsgesetz, das sowohl materiell-rechtliche Normen als auch Vorschriften über das Verfahren der Landesverwaltung (Art. 84 Abs. 1 GG) enthält, durch ein Gesetz geändert wird, das sich zwar auf die Regelung materiell-rechtlicher Fragen beschränkt, in diesem Bereich jedoch Neuerungen in Kraft setzt, die den nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften über das Verwaltungsverfahren eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen“.<sup>7</sup> Nur in einem solchen Fall, so heißt es in einer späteren Entscheidung, greife der Zweck der grundgesetzlichen Zustimmungsvorbehalte für den Bundesrat – nämlich zu verhindern, „dass in dem föderativen Gefüge ‚Systemverschiebungen‘ zu Lasten der Länder

am Grundgesetz vorbei im Wege der einfachen Gesetzgebung herbeigeführt werden“.<sup>8</sup>

Das BVerfG hat diese zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. entwickelten Grundsätze später zunächst auch auf Art. 87b Abs. 2 S. 1 GG übertragen.<sup>9</sup> In dem konkreten Verfahren hatte das Gericht über die Zustimmungsbefähigung von Änderungen des Wehrpflichtgesetzes (WpflG) und des Zivildienstgesetzes (ZDG) zu entscheiden, mit denen der Zivildienst zu einer faktisch wahlweise offenstehenden Alternative zum Wehrdienst ausgestaltet worden war. Infolge des dabei zu erwartenden Anstiegs der Zahl der Kriegsdienstverweigerer war eine erhebliche Erweiterung des Zivildienstes über seinen bisherigen Umfang erforderlich. Das BVerfG war deswegen der Ansicht, dass „die in die bundeseigene Verwaltung übertragene Aufgabe der Durchführung des Zivildienstgesetzes ... in Inhalt und Umfang grundlegend verändert“ werde.<sup>10</sup> Das Gericht bejahte aus diesem Grunde eine Zustimmungspflicht des Bundesrates.

Auch jüngst hat das BVerfG an den Grundgedanken der Rechtsprechung zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. festgehalten und sie auf Art. 87d Abs. 2 GG angewandt, der die Wahrnehmung von Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung betrifft.<sup>11</sup> Das Gericht konkretisierte die bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass Gesetzesänderungen, „die ohne inhaltliche Veränderung der aufgabenübertragenden Norm lediglich zu einer quantitativen Erhöhung der Vollzugslasten führt, ohne dass dies die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe strukturell oder in anderer Weise schwerwiegend verändert, noch keine Zustimmungsbefähigung“ auslösten.<sup>12</sup> Diese Voraussetzungen betrachtete das BVerfG durch die materiell-rechtlichen Änderungen, die das in dem konkreten Verfahren in Rede stehende Gesetz vorsah, als nicht erfüllt. Zwar hatte das Änderungsgesetz einen zusätzlichen Vollzugsaufwand zur Folge. Die übertragene Verwaltungsaufgabe erhalte dadurch aber „keine völlig andere Bedeutung und Tragweite“.<sup>13</sup>

Angesichts dieser Rechtsprechung überträgt auch die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur die zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. entwickelten Grundsätze auf sämtliche Fälle, in denen sich die Zustimmungsbefähigung des geänderten Gesetzes aus der Anordnung der Auftragsverwaltung ergibt, einschließlich der Fälle des Art. 87c GG.<sup>14</sup>

Zu prüfen ist daher, ob die durch das AtomG für die Bundesauftragsverwaltung vorgesehenen Aufgaben infolge der

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 48, 127 (178).

<sup>9</sup> Vgl. dazu BVerfGE 48, 127 (180).

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 48, 127 (184).

<sup>11</sup> BVerfGE 126, 77 (103 ff.).

<sup>12</sup> BVerfGE 126, 77 (106).

<sup>13</sup> BVerfGE 126, 77 (109).

<sup>14</sup> Vgl. *Horn*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87c Rn. 44 ff.; *Windhorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 87c Rn. 24; *Durner*, in: Dolzer/Graßhof/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 18. EL 2006, Art. 87c Rn. 9; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2008, Art. 87c Rn. 11; *Geulen/Klinger*, NVwZ 2010, 1118 (1119); *Moench/Ruttloff*, DVBl. 2010, 865 (867); *Scholz*, NVwZ 2010, 1385 (1387).

<sup>6</sup> *Scholz*, NVwZ 2010, 1385 (1389); *Schneider*, atw 2010, 530 (535).

<sup>7</sup> BVerfGE 37, 363 (383).

Verlängerung der Laufzeiten der Atomkraftwerke eine „wesentlich andere Bedeutung und Tragweite“ erhalten.

Zum einen könnte man vorbringen, dass die Aufsicht über den Anlagenbetrieb für die Dauer der Laufzeitverlängerung gegenüber der nach der bisherigen Regelung für jene Zeit bereits vorgesehenen Aufsicht über die Stilllegung und den Abbau der Anlagen durchaus qualitative Unterschiede aufweise, die den Verwaltungsaufgaben eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen.<sup>15</sup> Zusätzlich könnte man auf den erhöhten personellen und sachlichen Aufwand hinweisen, der mit der verlängerten Aufsicht über den Anlagenbetrieb einherginge. Auch das BVerfG begründete in seiner Entscheidung über die Änderungen des ZDG die mit den Änderungen einhergehende neue Qualität des Zivildienstes u.a. mit dem zu erwartenden „Ansteigen der Zahl der Kriegsdienstverweigerer“ und dem deswegen erforderlichen „erheblichen Ausbau“ des Zivildienstes.<sup>16</sup> Eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite der mit der AtomG angeordneten Auftragsverwaltung könnte sich schließlich noch aus norm-externen Gründen, etwa aus einer veränderten Risikolage ergeben. Dabei könnte man zum einen auf etwaige mit dem zunehmenden Alter der Kernkraftwerke verbundene andersartige Gefahren<sup>17</sup> sowie auf die zum Zeitpunkt des Erlasses des AtomG noch nicht absehbare Gefahr terroristischer Anschläge<sup>18</sup> abstellen.

Gegen eine durch die Laufzeitverlängerung bewirkte wesentlich andere Bedeutung und Tragweite der mit § 24 Abs. 1 AtomG angeordneten Auftragsverwaltung spricht allerdings, dass es sich bei den genannten Änderungen nur um quantitative, nicht aber um qualitative Unterschiede gegenüber den bislang bestehenden materiell-rechtlichen Regelungen handelt. Das BVerfG stellte in seiner jüngsten Entscheidung indes ausdrücklich klar, dass Gesetzesänderungen, „die ohne inhaltliche Veränderung der aufgabenübertragenden Norm lediglich zu einer quantitativen Erhöhung der Vollzugslasten führt, ohne dass dies die Wahrnehmung der übertragenen Aufgabe strukturell oder in anderer Weise schwerwiegend verändert, noch keine Zustimmungsbedürftigkeit“ auslösen.<sup>19</sup> Eine solche strukturelle oder in anderer Weise schwerwiegende Veränderung dürfte im Falle der Laufzeitverlängerung gerade nicht vorliegen. An der Grundqualität der bislang schon ausgeübten Aufsicht über den Anlagenbetrieb ändert sich nichts. Sie bezieht sich nach wie vor der Laufzeitverlängerung in gleicher Weise vor allem auf den Schutz der in § 1 Nr. 2 AtomG genannten Rechtsgüter vor den Gefahren ionisierender Strahlung. Den Ländern obliegen damit weiterhin die inhaltlich identischen Aufsichtsaufgaben, die sie mit denselben organisatorischen Mitteln erfüllen, ohne dass sich die Aufsichtsbefugnisse grundlegend änderten.<sup>20</sup> Der perso-

nelle und sachliche Aufwand bleibt dabei – ungeachtet eines etwaigen Mehraufwandes – in qualitativer Hinsicht gleich. Auch ist die möglicherweise zu erwartende Erhöhung der Verwaltungsausgaben grundsätzlich irrelevant, da die mit der Auftragsverwaltung zusammenhängenden Zweckausgaben gemäß Art. 104a Abs. 2 GG vom Bund zu tragen sind und die Länder die Personal- und Einrichtungskosten gemäß Art. 104a Abs. 1 und Abs. 5 S 1 GG auch im Regelfall des Art. 83 GG – also auch dann, wenn keine Auftragsverwaltung nach Art. 87c GG angeordnet wäre – zu tragen hätten.

Eine Laufzeitverlängerung der Atomkraftwerke verleiht den gemäß § 24 Abs. 1 AtomG in Bundesauftragsverwaltung wahrgenommenen Aufgaben daher keine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite. Sie erfüllt damit die durch die Rechtsprechung des BVerfG in anderen Zusammenhängen entwickelten und im Schrifttum anerkannten Voraussetzungen der Zustimmungsbedürftigkeit rein materiell-rechtlicher Änderungen eines wegen verfahrensrechtlicher Regelungen zustimmungspflichtigen Gesetzes nicht.

*(bb) Weiterer Maßstab bei einer nach Art. 87c GG angeordneten Auftragsverwaltung*

Fraglich ist allerdings, ob sich die zurückhaltende Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. grundsätzlich und ohne Weiteres auf alle Fälle übertragen lässt, in denen sich die Zustimmungsbedürftigkeit des ursprünglichen Gesetzes – wie im vorliegenden Fall – aus der Anordnung einer Bundesauftragsverwaltung ergibt, einschließlich der Fälle des Art. 87c GG.

Gegen eine solche schematische Übertragung, wie sie auch durch das BVerfG in seinen Entscheidungen zu Art. 87b Abs. 2 S. 1 GG und zu Art. 87d Abs. 2 GG vorgenommen wurde, könnte man grundsätzlich die Verschiedenheit des die Zustimmungspflicht auslösenden Grundes einwenden. Während im Falle des Art. 84 Abs. 1 GG a.F. die Zustimmungspflicht dadurch ausgelöst wird, dass das Bundesgesetz in Abweichung vom Normalfall des Art. 83 GG die Einrichtung und/oder das Verfahren der Landesbehörden regelt und damit einen Eingriff in die Verwaltungshoheit der Länder vornimmt, ergibt sich die Zustimmungsbedürftigkeit einer Anordnung der Bundesauftragsverwaltung aus den verfassungsrechtlichen Rechtsfolgen einer solchen Anordnung, also aus den weitreichenden Aufsichts- und Weisungsbefugnissen des Bundes nach Art. 85 GG.<sup>21</sup> Man könnte nun argumentieren, die durch Art. 85 GG bewirkten Einschnitte in die Verwaltungshoheit der Länder seien gegenüber den Beeinträchtigungen, die mit einer bundesgesetzlichen Regelung der Einrichtung und des Verfahrens der Landesbehörden einhergehen, deutlich schwerwiegender und rechtfertigten daher eine Zustimmungspflicht auch bei nicht unwesentlichen materiell-rechtlichen Änderungen von Gesetzen, die der Bundesauftragsverwaltung unterworfen sind.<sup>22</sup> Wollte man nämlich „den Verzicht der Länder auf den letztlich wichtigsten Teil ihrer Vollzugskompetenz, nämlich auf die exekutivische Sach-

<sup>15</sup> Vgl. *Kenzia*, DÖV 2010, 713 (715 f.).

<sup>16</sup> BVerfGE 48, 127 (180 ff.). Vgl. auch *Kenzia*, DÖV 2010, 713 (715 f.).

<sup>17</sup> *Kenzia*, DÖV 2010, 713 (716).

<sup>18</sup> *Geulen/Klinger*, NVwZ 2010, 1118 (1119).

<sup>19</sup> BVerfGE 126, 77 (106).

<sup>20</sup> Vgl. *Scholz*, NVwZ 2010, 1385 (1388 f.); *Moench/Rutloff*, DVBl. 2010, 865 (869 f.).

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 48, 127 (179).

<sup>22</sup> In diese Richtung *Papier*, NVwZ 2010, 1113 (1115); *Wieland*, ZNER 2010, 321 (322 ff.).

kompetenz, nicht als einen ‚Freibrief‘ oder als einen Verzicht ‚ins Blaue hinein‘ begreifen oder zulassen, dann bleibt nur die untrennbare Verknüpfung des Zustimmungsvorbehalts nach Art. 87c GG mit den vollzugsfähigen und vollzugsbedürftigen Sachregelungen und ihren etwaigen nicht nur unwesentlichen späteren Änderungen“.<sup>23</sup> Zu einer solchen nicht nur unwesentlichen Änderung wären dann insbesondere auch Laufzeitverlängerungen zu rechnen.

Man könnte dies auch unbeschadet der Entscheidungen des BVerfG zu Art. 87b Abs. 2 S. 1 GG und zu Art. 87d Abs. 2 GG zumindest mit Blick auf den speziellen Fall des Art. 87c GG annehmen. Art. 87c GG sieht die Möglichkeit vor, gesetzlich zu bestimmen, dass der Vollzug von Gesetzen, die auf der Grundlage des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG ergangen sind, in Abweichung vom Regelfall des Art. 83 GG durch die Länder im Auftrag des Bundes erfolgen soll. Hierin liegt ein Unterschied zur Regelungssituation des Art. 87b Abs. 2 S. 1 GG und des Art. 87d Abs. 2 GG sowie zu den dazu ergangenen o.g. Entscheidungen des BVerfG. Für den Regelungskomplex, der auf der Grundlage des Art. 87b Abs. 2 S. 1 GG geschaffen worden war, sah die ursprüngliche Regelung in Abweichung vom Regelfall des Art. 83 GG in erster Linie eine Bundeseigenverwaltung vor. Es ging also in der Entscheidung des BVerfG, in deren Rahmen die Änderungen des WpflG und des ZDG zu beurteilen waren, in erster Linie um „Verschiebungen von Verwaltungszuständigkeiten zu Lasten der Länder und zu Gunsten des bundeseigenen Vollzugs“.<sup>24</sup> Auch im Falle des Art. 87d Abs. 2 GG ist die Regelungssituation eine andere. Für die Luftverkehrsverwaltung sieht das Grundgesetz im Normalfall gemäß Art. 87b Abs. 1 GG eine Bundeseigenverwaltung vor. In der Entscheidung des BVerfG ging es daher darum, dass ein Regelungskomplex, der nach verfassungsrechtlicher Normalsituation nicht in landes-, sondern in bundeseigener Verwaltung zu vollziehen ist, den Ländern zum Vollzug in Bundesauftragsverwaltung übertragen werden kann. Der Fall des Art. 87c GG betrifft dagegen den Fall, dass den Ländern ganz oder teilweise in Abweichung vom Normalfall des Art. 83 GG die Sachkompetenz entzogen werden kann. Zumindest im Falle des Art. 87c GG ist daher eine Zustimmung des Bundesrates zu jeder nicht nur unwesentlichen materiell-rechtlichen Änderung der übertragenen Aufgaben erforderlich, insbesondere im Falle einer zeitlichen Verlängerung der Auftragsverwaltung.

Für eine solche differenzierte Lösung spricht vor allem auch die Art und Weise, in der das BVerfG seine jüngste Entscheidung begründet hat. Das Gericht hatte besonderen Wert darauf gelegt, die unterschiedlichen Gründe für die Zustimmungsbefähigung nach Art. 84 Abs. 1 GG a.F. einerseits und nach Art. 87d Abs. 2 GG andererseits zu betonen, und zwar unter ausdrücklichem Hinweis auf den in Art. 87d Abs. 1 GG vorgesehenen Normalfall des bundeseigenen Vollzugs.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> *Papier*, NVwZ 2010, 1113 (1116).

<sup>24</sup> *Papier*, NVwZ 2010, 1113 (1117).

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 126, 77 (105 f.); ebenso *Papier*, NVwZ 2010, 1113 (1117); *Wieland*, ZNER 2010, 321 (324 ff.).

Nach vorzugswürdiger Auffassung bedurfte die Verlängerung der Laufzeiten der Atomkraftwerke daher gemäß Art. 87c GG der Zustimmung des Bundesrates.

### (3) Zustimmungsbefähigung des Gesetzes insgesamt

Es bleibt zu prüfen, ob die Zustimmungsbefähigung des Art. 1 NEW-G die Zustimmungsbefähigung des gesamten NEW-G, also auch der für sich betrachtet nicht zustimmungsbefähigten Teile, nach sich zieht. Nach (noch) h.M. löst in jedem Gesetz die Existenz auch nur einer zustimmungsbefähigten Vorschrift die Zustimmungsbefähigung des ganzen Gesetzes aus. Denn das Erfordernis einer Zustimmung des Bundesrates erstreckt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG auf das ganze Gesetz als gesetzgebungstechnische Einheit, also auch auf an sich nicht zustimmungsbefähigte Normen.<sup>26</sup>

### (4) Zwischenergebnis

Das NEW-G bedurfte aufgrund der zustimmungspflichtigen Änderungen des AtomG insgesamt der Zustimmung des Bundesrates.

#### bb) Wirksame Zustimmung des Bundesrates

Der Bundesrat müsste dem NEW-G wirksam zugestimmt haben. Erforderlich ist daher ein entsprechender Mehrheitsbeschluss des Bundesrates, Art. 77 Abs. 2a, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG. Da vorliegend nur 32 der 69 Bundesratsmitglieder dem NEW-G zugestimmt haben, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Daran ändert insbesondere auch eine etwaige Verfassungswidrigkeit des Art. 34a LV oder des darauf gestützten Landtagsbeschlusses nichts, zumal Art. 51 Abs. 3 GG lediglich auf das Abstimmungsverhalten der anwesenden Bundesratsmitglieder abstellt und sich die Rechtsbeziehungen auf Landesebene grundsätzlich nicht auf die bundesverfassungsrechtlichen Verhältnisse auswirken.<sup>27</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Da der Bundesrat dem NEW-G nicht wirksam zugestimmt hat, ist das Gesetz insgesamt bereits formell verfassungswidrig.

## II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Gesetz könnte darüber hinaus auch materiell verfassungswidrig sein, da sein Inhalt bereits im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zwischen der Bundesregierung und den privaten Energieversorgern ausgehandelt worden war. Das Gesetz könnte damit gegen das Demokratieprinzip, einschließlich der Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, sowie den Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 1 bis Abs. 3 GG) verstoßen.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 8, 274 (294); 37, 363 (381); 55, 274 (319); vorsichtige Zweifel werden allerdings in BVerfGE 105, 313 (339) geäußert.

<sup>27</sup> Vgl. in diesem Sinne auch BVerfGE 106, 310 (334 f.).

<sup>28</sup> Vgl. zur Frage, welche Verfassungsnormen grundsätzlich von derartigen Informalisierungen und Entparlamentarisierungen betroffen sind, vgl. BVerfGE 106, 310 (334 f.).



Zu prüfen ist daher, ob die Vorgehensweise gegen die genannten verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen verstößt. Dies ist dann der Fall, wenn in dem Erlass des auf dem Fördervertrag beruhenden NEW-G eine unzulässige Beeinträchtigung des Demokratieprinzips oder des Gewaltenteilungsgrundsatzes liegt.

### 1. Inhalt und Reichweite der Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung

Das Demokratieprinzip besagt zunächst, dass die Staatsgewalt vom Volk ausgeht und ausgeübt wird, Art. 20 Abs. 2 S. 1 und S. 2 GG. Auf Bundesebene geschieht dies unmittelbar v.a. durch die Wahlen zum Bundestag, mittelbar durch die Staatsorgane, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Aufgrund seiner in unmittelbarer und freier Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) erlangten unmittelbaren demokratischen Legitimation kommt dem Bundestag dabei unter den Verfassungsorganen besondere Bedeutung zu. Aus dieser Bedeutung heraus erklären sich die besondere Legitimation und der erhöhte Rang des Parlamentsgesetzes innerhalb der Rechtsordnung, die durch das in den Art. 76 ff. GG förmlich geregelte Gesetzgebungsverfahren, genauer: durch die zentrale Stellung des Bundestages im Gesetzgebungsverfahren abgesichert werden. Das Gesetzgebungsverfahren soll somit sicherstellen, dass die Gesetze, an die die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt gebunden sind (Art. 20 Abs. 3 GG), im Idealfall auf einer diskursiven Auseinandersetzung<sup>29</sup> im Parlament beruhen, das als „Forum der Nation“<sup>30</sup> die für das Gemeinwesen „wesentlichen Entscheidungen“<sup>31</sup> treffen soll. Diese Grundfunktionen des Gesetzgebungsverfahrens sind im vorliegenden Fall wegen des Vorgehens der Bundesregierung im Vorfeld des Verfahrens betroffen.

Flankiert wird das Demokratieprinzip durch den grundgesetzlichen Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG), der die Verfassungsorgane an die im Grundgesetz vorgesehene Kompetenzaufteilung bindet. Mit Blick auf das Gesetzgebungsverfahren weist das Grundgesetz der Bundesregierung, dem Bundesrat und einzelnen Bundestagsmitgliedern das Recht zur Einbringung von Gesetzesinitiativen zu (Art. 76 Abs. 1 GG), während allein der Bundestag die Gesetze beschließt (Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG).

Fraglich ist allerdings, ob und inwiefern den Grundsätzen der Demokratie und der Gewaltenteilung über die förmlichen Verfahrensregelungen der Art. 76 ff. GG hinaus weitergehende materielle Vorgaben für die Gesetzgebung zu entnehmen sind. Hier ist zum einen festzuhalten, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht immer bereits dadurch gewahrt sind, dass die äußeren Verfahrensschritte der Art. 76 ff. GG formal korrekt durchgeführt werden. Vielmehr ist

rungen betroffen sind, *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), 37 (58 ff.).

<sup>29</sup> Vgl. zur Abwägungs- und Diskursfunktion des Gesetzgebungsverfahrens etwa *Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 415 ff.

<sup>30</sup> *Kloepfer*, ZG 2010, 345 (357).

<sup>31</sup> Vgl. zum Wesentlichkeitsgrundsatz nur BVerfGE 49, 89 (126); 95, 267 (307 f.); 98, 128 (251 f.).

erforderlich, dass auch der Sinn und Zweck des Verfahrens eingehalten worden ist.<sup>32</sup> Andererseits ist das Verfassungsrecht aber, wie oben bereits erläutert, gerade im Bereich der Art. 76 ff. GG in besonderem Maße auf „Rechtssicherheit durch Formalisierung“<sup>33</sup> angewiesen. Es bedarf daher zur Annahme einer unzulässigen Beeinträchtigung der genannten Grundsätze trotz Einhaltung der förmlichen Verfahrensschritte stets besonderer Gründe.

### 2. Unzulässige Beeinträchtigung

Die Einbringung der auf dem Fördervertrag beruhenden Gesetzesinitiative könnte vorliegend die Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung unabhängig von der Einhaltung der Formvorschriften der Art. 76 ff. GG in unzulässiger Weise beeinträchtigen, da der Inhalt des Gesetzes bereits im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens durch die Bundesregierung und die privaten Energieversorgungsunternehmen ausgehandelt worden ist.

Nun ist zwar grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, dass ein Gesetzentwurf der Bundesregierung bzw. der Regierungsfractionen inhaltlich von den einseitigen, möglicherweise auch von Interessenvertretern beeinflussten Vorstellungen seiner Urheber geprägt ist – schließlich steht es dem Bundestag im Normalfall frei, den Gesetzentwurf nach eigenen Vorstellungen zu ändern und zu beschließen und damit sein Gesetzgebungsrecht frei auszuüben. Im vorliegenden Fall habe sich allerdings, so könnte man mit Teilen des Schrifttums argumentieren, aufgrund des zwischen Bundesregierung und Energieversorgern geschlossenen Vertrages ein solcher politischer Druck auf die Mitglieder der Regierungsfractionen im Bundestag entwickelt, dass sie in eine „Ratifikationslage“ geraten sind, in der ihnen – wie im Falle der Ratifikation eines bereits von der Bundesregierung ausgehandelten völkerrechtlichen Vertrages (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG) – faktisch keinerlei Möglichkeiten zur Umgestaltung des Gesetzes mehr offenstehen, sondern sie lediglich die Wahl zwischen der Annahme oder der – mit juristisch oder zumindest politisch nachteiligen Folgen verbundenen – Ablehnung des Gesetzes haben. Es ließe sich vorbringen, dass in einem solchen Fall die wesentlichen gesetzgeberischen Entscheidungen durch die Bundesregierung (zusammen mit den beteiligten Privaten) und nicht mehr durch den unmittelbar demokratisch legitimierten und nach der grundgesetzlichen Gewaltenteilung an sich allein für den Beschluss von Gesetzen zuständigen Bundestag nach offenem parlamentarischem Diskurs getroffen werden. Die eigentliche Sachentscheidung werde also bereits jenseits des Parlaments getroffen, dem formellen Gesetzesbeschluss des Bundestages werde von vornherein sein „materielles Substrat“ genommen.<sup>34</sup> Dabei sei es irrelevant, ob sich die Bundesregierung durch den Fördervertrag im rechtlichen Sinne gebunden hat oder es ihr insoweit an einem Rechtsbindungswillen fehlte; die faktisch-politische Bindungswirkung komme einer rechtlichen Bindung jeden-

<sup>32</sup> Vgl. *Michael* (Fn. 1), S. 645.

<sup>33</sup> *Degenhart*, Staatsrecht I, 25. Aufl. 2009, § 3 Rn. 200.

<sup>34</sup> Vgl. etwa *Michael* (Fn. 1), S. 643 ff.; *Waldhoff/v. Aswege*, ZNER 2010, 328 (339).

falls im Ergebnis gleich, da die Bundesregierung im Falle einer solchen Einigung politisch „im Wort stehe“, die Vereinbarung im Gesetzgebungsverfahren durchzusetzen.<sup>35</sup>

Erschwerend könnte man vorliegend hinzufügen, dass die Absprache ohne jede Beteiligung des Bundestages und abseits der Öffentlichkeit getroffen worden ist, dem Bundestag also keine direkte oder indirekte Möglichkeit zur Einflussnahme auf den Inhalt der Absprache gegeben war.<sup>36</sup> Außerdem handelt es sich bei der Frage der Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke um eine für das Gemeinwesen bedeutsame Entscheidung im Sinne der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG, so dass man einen Verstoß gegen die umso strengeren Anforderungen des Parlamentsvorbehalts annehmen könnte.<sup>37</sup>

Überdies könnte man eine Parallele zu der Diskussion um die Reichweite und die Grenzen der Kompetenz des Vermittlungsausschusses ziehen, die in jüngerer Zeit in verschiedenen Entscheidungen des BVerfG thematisiert wurde.<sup>38</sup> Auch dort geraten die Abgeordneten des Bundestages bei der Abstimmung über den Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses nach § 10 GO-VermA i.V.m. § 90 GOBT in eine vergleichbare „Ratifikationslage“, die insbesondere dann, wenn der Vermittlungsvorschlag Änderungen und Ergänzungen des ursprünglichen Gesetzgebungsbeschlusses vorsieht, Fragen der demokratischen Legitimation, der Vereinbarkeit mit den Rechten der Abgeordneten, dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen des Bundestages sowie der Organtreue aufwerfen.<sup>39</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG sei der Vermittlungsausschuss aus den genannten Gründen „durch diejenigen Regelungsgegenstände begrenzt, die bis zur letzten Lesung im Bundestag in das jeweilige Gesetzgebungsverfahren eingeführt waren“.<sup>40</sup> Man könnte argumentieren, dass sich im vorliegenden Fall eine vergleichbare Zwangslage ergebe und daher ein Verstoß gegen die genannten verfassungsrechtlichen Belange vorliege, zumal das NEW-G Regelungsgegenstände beinhalte, die zuvor nicht Gegenstand einer parlamentarischen Erörterung waren.

Ein auf diese Weise zustande gekommenes förmliches Gesetz verstoße daher, so könnte man annehmen, insgesamt gegen die Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung.

Gegen eine unzulässige Beeinträchtigung der Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung spricht indes bereits der politische Charakter der im Vorfeld getroffenen Einigung, die schon *expressis verbis* erst mit Inkrafttreten der

anvisierten Gesetzesänderungen „wirksam“ werden soll, vgl. § 3 des Fördervertrages. Dieser politische Charakter der Übereinkunft macht sie und ihre formell-gesetzliche Umsetzung jenseits der Art. 76 ff. GG verfassungsrechtlich kaum (an)greifbar.<sup>41</sup> Allein maßgeblich und entscheidend ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Gesetzes vielmehr, dass die Entscheidungskompetenz beim Bundestag und seinen Abgeordneten verbleibt (Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG);<sup>42</sup> ihnen bleibt es jederzeit unbenommen, sich ihrer letztentscheidenden Gestaltungskraft zu versichern und sich über jedwede politische Absprache oder Vereinbarung hinwegzusetzen.<sup>43</sup> Dass infolge einer derartigen Vereinbarung ein gewisser faktisch-politischer Druck insbesondere auf die Abgeordneten der Regierungsfractionen ausgeübt wird, entspricht – wie grundsätzlich jegliche Ausübung von Fraktionszwang – der „Normalität im System der parlamentarisch-repräsentativen Parteiendemokratie“.<sup>44</sup>

Auch die verfahrensmäßige Einbindung des Bundestages in die Aushandlung einer gesetzesvorbereitenden Vereinbarung kann nicht maßgeblich für die Verfassungsmäßigkeit eines entsprechenden Gesetzes sein. Eine solche Beteiligung des Bundestages an „Gesetzespakten“ würde zu einer weiteren Entformalisierung des in Art. 76 ff. GG geregelten Gesetzgebungsverfahrens und damit zu einer nur noch weitergehenden Entwertung des Gesetzesbeschlusses führen.<sup>45</sup>

Verfehlt ist schließlich auch die Parallele zur Reichweite und zu den Grenzen der Kompetenz des Vermittlungsausschusses. Denn anders als in den Fällen des Vermittlungsausschusses, in denen der Bundestag nach Art. 77 Abs. 2 S. 5 GG und § 10 GO-VermA i.V.m. § 90 GOBT einzig über den Vermittlungsvorschlag entscheidet, war im vorliegenden Fall eine reguläre parlamentarische Behandlung des NEW-G gewährleistet, in deren Rahmen auch Änderungsanträge berücksichtigt werden konnten.

Nach der letztgenannten, vorzugswürdigen Auffassung ist daher im Hinblick auf die gesetzliche Umsetzung des Fördervertrages keine unzulässige Beeinträchtigung der Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung festzustellen. Das NEW-G ist damit zumindest materiell verfassungsgemäß.

### III. Ergebnis

Das NEW-G ist mangels erforderlicher Zustimmung des Bundesrates formell verfassungswidrig.

Der Antrag im abstrakten Normenkontrollverfahren ist daher begründet.

<sup>35</sup> Vgl. in diesem Sinne das Sondervotum von *Di Fabio* und *Mellinghoff* zu BVerfGE 104, 249 (277).

<sup>36</sup> Vgl. zum Erfordernis einer solchen Beteiligung etwa *Michael* (Fn. 1), S. 645; *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), 37 (76 ff); *Schoch*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 150.

<sup>37</sup> So mit Blick auf die Einigung zwischen den Kernkraftwerksbetreibern und der Bundesregierung v. 6.9.2010 auch *Kloepfer*, ZG 2010, 345 (357).

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 101, 297; 120, 56.

<sup>39</sup> *Huber/Fröhlich*, DÖV 2005, 322 (325 f.) m.w.N.

<sup>40</sup> BVerfGE 120, 56 (76).

<sup>41</sup> *Schoch* (Fn. 36), § 37 Rn. 132. Vgl. zur Unverbindlichkeit des vergleichbaren „Atomkonsenses“ aus dem Jahr 2000 BVerfGE 104, 249 (268).

<sup>42</sup> *Herdegen*, VVDStRL 62 (2003), 7 (18 f.); *Schoch* (Fn. 36), § 37 Rn. 150.

<sup>43</sup> Vgl. *Herdegen*, VVDStRL 62 (2003), 7 (18 f.), der bemerkt, dass am Ende „jedes Parlament über das Maß an Autorität und Autoritätsverlust“ verfüge, „das es nach dem Handeln seiner jeweiligen Mehrheit und Opposition verdient“.

<sup>44</sup> *Schoch* (Fn. 36), § 37 Rn. 132.

<sup>45</sup> *Herdegen*, VVDStRL 62 (2003), 7 (18 f.).

**Teil 2: Begründetheit des Antrags der Bundesregierung**

Der Antrag im Normenkontrollverfahren ist begründet, wenn Art. 34a LV gegen das Grundgesetz verstößt.

**I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

An der formellen Verfassungsmäßigkeit von Art. 34a LV, der ohnehin nicht am Maßstab des förmlichen Landesverfassungsrechts, sondern allenfalls an den sich aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ergebenden Vorgaben an eine den Grundsätzen der Demokratie und des Rechtsstaats genügende Gesetzgebung geprüft werden darf, besteht vorliegend kein Zweifel.

**II. Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Art. 34a LV müsste außerdem materiell verfassungskonform sein.

*1. Verstoß gegen zwingende Vorgaben aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG*

Die Vorschrift könnte zum einen gegen zwingende Vorgaben aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verstoßen, insbesondere etwa gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Da sich allerdings der Bundesrat und seine Mitwirkung an der Gesetzgebung nicht in das traditionelle Schema der Gewaltenteilung einordnen lassen, sind jedenfalls keine zwingenden Vorgaben des Gewaltenteilungsgrundsatzes, wie sie Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG enthalten könnte, verletzt.<sup>46</sup>

*2. Verstoß gegen Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG und die bundesstaatliche Kompetenzverteilung*

Dem Gesetz könnten allerdings in materiell-rechtlicher Hinsicht Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG, demgemäß der Bundesrat aus Mitgliedern der Landesregierungen besteht, sowie die Grundsätze der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung entgegenstehen. Fraglich ist, ob sich aus diesen Bestimmungen Vorgaben für die Zulässigkeit einer etwaigen nach Landesrecht vorgesehenen Einwirkungsmöglichkeit der Landesparlamente auf das Abstimmungsverhalten ergeben können.

Nach allgemeiner Auffassung sind Weisungen an Mitglieder des Bundesrates – anders als etwa an Mitglieder des Bundestages – sowie entsprechende landesverfassungsrechtliche Regelungen und Praktiken grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig.<sup>47</sup> Dies wird im Umkehrschluss aus Art. 53a Abs. 1 S. 3 und Art. 77 Abs. 2 S. 3 GG abgeleitet. Mit Blick auf Art. 34a S. 1 LV ergeben sich damit vorliegend keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung verstoßen allerdings landesverfassungsrechtliche Regelungen, welche die Landesregierung bzw. die Bundesratsmitglieder des betreffenden Landes an Voten der Landesparlamente binden, gegen Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG bzw. die Grundsätze der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung.<sup>48</sup> Das Grundgesetz sehe in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich vor, dass die Landesregierungen – und nicht etwa die Länder – Mitglieder des Bundesrates sind. Folglich liege die Entscheidungskompetenz im Hinblick auf das Abstimmungsverhalten der Bundesratsmitglieder eines jeden Landes in der Hand der Landesregierung, nicht in den Händen auch der anderen Verfassungsorgane des Landes. Die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen der Landesregierung auf das Landesparlament greife in diese vom Grundgesetz vorgenommene Befugnisverteilung ein. Wäre eine Einwirkung der Landesparlamente auf das Abstimmungsverhalten im Bundesrat durch das Grundgesetz erlaubt oder gewünscht, so hätte es in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG unter den verschiedenen Verfassungsorganen der Länder nicht ausdrücklich die Landesregierung herausgegriffen, sondern auch die Landesparlamente berücksichtigt – wie etwa in den Art. 54 Abs. 3, Art. 91c, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG. Darüber hinaus könnte man in der Mitwirkung der Landesparlamente an der Gesetzgebung des Bundes einen Verstoß gegen die vertikale (also bundesstaatliche) Kompetenzverteilung erblicken, da das Grundgesetz insoweit ein exekutivföderalistisches Konzept verfolge, das die Mitwirkung der Landesparlamente bei der Gesetzgebung nicht vorsehe.<sup>49</sup>

Innerhalb dieser Auffassung wird teilweise noch danach differenziert, ob die Einwirkung der Landesparlamente für die Landesregierung bzw. die Bundesratsmitglieder des Landes nach dem Landesverfassungsrecht bindend sind oder lediglich unverbindliche Empfehlungen darstellen. Letztere könne man als verfassungsrechtlich noch zulässig betrachten.<sup>50</sup> Vorliegend sieht Art. 34a S. 2 LV allerdings vor, dass die Stellungnahmen des Landtages grundsätzlich bindend für die Landesregierungen sind, d.h. nach dem herrschenden Verständnis ist die Bestimmung in jedem Falle verfassungswidrig.

Dieses Verständnis ist indes nicht zwingend. Nach einer anderen Auffassung verstoßen auch bindende Voten der Landesparlamente und entsprechende landesverfassungsrechtliche Regelungen nicht gegen Vorgaben des Grundgesetzes.<sup>51</sup> Zwar sind Mitglieder der Landesregierungen – und nicht die Länder – Mitglieder des Bundesrates. Ob und inwieweit Landtagsbeschlüsse allerdings bindende Wirkung auf die Landesregierung entfalten, ist grundsätzlich eine Frage des Landesverfassungsrechts und auf Ebene des Bundesver-

<sup>46</sup> Vgl. auch *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 16 Rn. 8a.

<sup>47</sup> Missverständlicherweise ist dabei fast immer die Rede von der „Weisungsgebundenheit“ der Bundesratsmitglieder, vgl. statt vieler etwa *Robbers*, in: Sachs (Fn. 14), Art. 51 Rn. 10. Aus Sicht des Grundgesetzes sind aber auch weisungswidrig abgegebene Stimmen im Bundesrat unstreitig grundsätzlich wirksam, solange die Voraussetzungen des Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG erfüllt sind. Eine „Weisungsgebundenheit“ der Bundesratsmitglieder wirkt sich daher auf Bundesebene gerade nicht aus.

<sup>48</sup> *Korioth*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 51 Rn. 25; *Robbers*, in: Sachs (Fn. 14), Art. 51 Rn. 10; *Scholz*, in: Börner/Jahrreiß/Stern (Hrsg.), Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens, Bd. 2, 1984, S. 831 (S. 841 ff.).

<sup>49</sup> Vgl. *Korioth* (Fn. 48), Art. 51 Rn. 25.

<sup>50</sup> Vgl. etwa *Maurer* (Fn. 46), § 16 Rn. 8a.

<sup>51</sup> Vgl. etwa *Heyen*, Der Staat 21 (1982), 191 (200).

fassungsrechts irrelevant;<sup>52</sup> die Länder verfügen insoweit über eine eigene Verfassungshoheit, regeln also die Verfassungsorganisation des Landes eigenständig.<sup>53</sup> Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG stellt gezielt darauf ab, wie die anwesenden Mitglieder des Bundesrates abstimmen und dass sie einheitlich abstimmen. Entsprechend sind im Bundesrat abgegebene Stimmen, die – wie im vorliegenden Fall – auf einer angeblich bundesverfassungswidrigen, aber landesverfassungsrechtlich vorgesehenen Weisung der Landesparlamente beruhen, unstreitig wirksam und werden bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnis berücksichtigt. Ein solches Verständnis legt es nahe, dass dem Grundgesetz mit Blick auf die Zulässigkeit solcher „landesparlamentarischer Weisungen“ gerade keine Aussage zu entnehmen ist.

Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG wird dagegen im Schrifttum überwiegend dahingehend verstanden, dass derartige Weisungen der Landesparlamente bundesverfassungsrechtlich unzulässig sind. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1958 hatte das Gericht unter Berufung auf die von der wohl überwiegenden Auffassung im Schrifttum genannten Gründe festgestellt, dass eine „Instruktion“ der Mitglieder der Landesregierung im Bundesrat durch das Landesvolk, auch eine bloß rechtlich unverbindliche in der Weise, dass sich die Vertreter im Bundesrat daran orientieren und sie zur Richtschnur ihres Handelns im Bundesrat machen, [...] nach der Struktur des Bundesrats ausgeschlossen“ sei.<sup>54</sup> Auf diese Entscheidung berief sich das Gericht dann auch im Rahmen des Urteils zur Verfassungsmäßigkeit des Zuwanderungsgesetzes.<sup>55</sup> In dieser jüngeren Entscheidung stellte das BVerfG fest, dass „die landesrechtliche Weisung an Bundesratsmitglieder, die das Grundgesetz im Bundesrat [...] erlaubt, [...] die der Landesregierung“ sei.<sup>56</sup> Obgleich es in beiden Entscheidungen des BVerfG in der Sache nicht um die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit landesparlamentarischer Weisungen an die Landesregierung ging, werden sie im Schrifttum zur Begründung der Unzulässigkeit solcher Weisungen herangezogen.

Schließt man sich dieser letztgenannten Auffassung an, wird man Art. 34a S. 2 LV für verfassungswidrig halten müssen.

### III. Ergebnis

Art. 34a S. 2 LV wäre nach der letztgenannten Auffassung nicht mit Art. 51 Abs. 1 GG vereinbar. Art. 34a S. 1 LV ist in jedem Fall mit dem Grundgesetz vereinbar und kann daher aufrechterhalten werden.

Der Normenkontrollantrag wäre begründet, soweit Art. 34a S. 2 LV angegriffen wurde.

---

<sup>52</sup> Vgl. auch das Sondervotum von *Osterloh* und *Lübbe-Wolff* zu BVerfGE 106, 310 (350 ff.).

<sup>53</sup> *Papier*, ZParl 2010, 903 (908).

<sup>54</sup> BVerfGE 8, 104 (120 f.).

<sup>55</sup> BVerfGE 106, 310 (330 f.).

<sup>56</sup> BVerfGE 106, 310 (334).

# Übungsfall: Ein Hundeleben

Von Wiss. Mitarbeiter **Marcus Bergmann**, Halle\*

*Die Klausur wurde im WS 2010/2011 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Semesterabschlussklausur zur Vorlesung Strafrecht I im Rahmen der Zwischenprüfung gestellt. Die Klausur richtete sich damit an Studierende des ersten Semesters. Im Ansatz ist diese Klausur als eher leicht einzuschätzen, was auch durch eine niedrige Durchfallquote von 23,7 % bei einer Durchschnittsnote von 6,66 Punkten belegt wird. Immerhin 4,64 % der Bearbeiter erzielten die Note „sehr gut“.*

*Der Fall zeigt das Zusammenspiel verschiedener Anwendungsbereiche des Allgemeinen Teils des StGB auf verschiedenen Ebenen – Versuch, Notwehr, Notstand. Studierende des ersten Semesters erhalten so eine Anleitung, wie diese Normen in die gutachterliche Prüfung eines einfachen Delikts des Besonderen Teils, der Sachbeschädigung, eingebunden werden. In den Fußnoten wurde vor allem auf Kurzlehrbücher verwiesen, die Studierende bereits im ersten Semester verwenden, um die selbstständige Nacharbeitung des Falles zu erleichtern. Schon Studierende des ersten Semesters können die Klausur deshalb zur Einübung des Gutachtenstils und zur Vorbereitung auf ihre erste Klausur nutzen.*

## Sachverhalt

A ist mit seinem Nachbarn N zerstritten. Eines Nachmittags tollt der Mischlingsrüde des N unbeaufsichtigt im Garten des N herum. Das ärgert A. Da N nicht zu sehen ist, beschließt er, auf seine Weise für Ordnung zu sorgen. Seinem teuren Rassekampfhund befiehlt er: „Kill!“ – und zeigt auf den Rüden des N. Der Kampfhund gehorcht, überwindet mit einem beherzten Satz den Gartenzaun zwischen den Grundstücken und hält auf den Mischlingsrüden des N zu. K, ein weiterer Nachbar von A und N, pflastert gerade im Garten seine Terrasse neu und hat das Verhalten des A beobachtet. Er will den Kampfhund davon abhalten, den Rüden des N zu töten. Daher versucht K, den Kampfhund über den Gartenzaun hinweg durch lautes Rufen und Winken zu vertreiben. Dies misslingt jedoch, der Kampfhund kommt dem Rüden des N immer näher. Im letzten Augenblick entschließt sich K, der keinen anderen Ausweg mehr sieht, mit einem Pflasterstein, den er noch in der Hand hält, nach dem Kampfhund zu werfen, um ihn zu töten und dadurch die Gefahr für den Rüden des N auszuschalten. Leider verfehlt er den Kampfhund, dieser ist jedoch so erschrocken, dass er augenblicklich zurück in den Garten des A springt und sich im Gebüsch versteckt, ehe K weiter reagieren kann.

K ist verblüfft, wendet sich aber beruhigt wieder seinen Pflasterarbeiten zu, während sein Blick glücklich auf seiner eigenen, fast wertlosen, ihm aber sehr teuren Mischlingshündin ruht. Doch der Kampfhund des A ist durch das Verhalten des K so aufgewühlt, dass er sich nun – entgegen dem ursprünglichen Befehl des A – der Mischlingshündin des K

zuwendet, den Zaun überwindet und knurrend auf sie zu eilt. K hört den Kampfhund, dreht sich um und bemüht sich wieder, diesen zu verscheuchen. Als dies misslingt und der Kampfhund die Mischlingshündin fast erreicht hat, ergreift er, da er keinen Ausweg mehr sieht, erneut einen Pflasterstein, um den Kampfhund mit einem tödlichen Treffer zu stoppen. Er weiß, dass er nur eine Chance hat, da der Kampfhund sich sonst verbeißen und seine Hündin nicht einmal mehr loslassen wird, wenn er stirbt. Diesmal gelingt ihm der Wurf. Den Kadaver wirft K über den Zaun in den Garten des A, der entsetzt ist über so viel Brutalität und den eingetretenen finanziellen Verlust von 3.000 €.

1. Wie hat sich K nach dem StGB strafbar gemacht?

2. Beantworten Sie die folgenden Fragen:

a) Was ist ein Verbrechen? Begründen Sie die Antwort anhand des Gesetzes und nennen sie drei Straftatbestände aus dem StGB, die ein Verbrechen darstellen, als Beispiele.

b) Wenn jemand das Strafrecht nicht kennt und daher nicht weiß, dass er sich durch ein bestimmtes Verhalten strafbar macht, dann liegt ein Irrtum vor. Wie nennt man diesen Irrtum und wie wirkt er sich in rechtlicher Hinsicht aus? Begründen Sie die Antwort anhand des Gesetzes.

c) Was ist § 224 StGB im Verhältnis zu § 223 StGB? Wie wirkt sich dies auf den Prüfungsaufbau aus?

## Lösungsvorschlag

### Frage 1: Gutachterliche Falllösung zur Strafbarkeit des K

*Anmerkung:* Der Sachverhalt ist nicht komplex. Zu prüfen ist aus dem Besonderen Teil nur die Sachbeschädigung, die zum Standard-Repertoire auch bereits am Ende des ersten Semesters zu zählen ist. Anspruchsvoll ist dagegen die Versuchsprüfung. Eine häufige Fehlerquelle liegt darin, dass im Tatenschluss auf objektive Umstände abgestellt wird, anstatt auf der Grundlage des Vorstellungsbildes des Täters zu prüfen. Der Schwerpunkt liegt dann im Bereich der Rechtfertigungsgründe. Streitstände kommen in der Klausur aber nicht zum Tragen, die Schwierigkeiten beschränken sich auf die Anwendung der Gutachtertechnik und die sorgfältige Subsumtion, worauf gerade bei einer Klausur im ersten Semester besonderes Augenmerk auch in der Bewertung zu legen ist. Außerdem muss das Zusammenspiel der Normen im Gutachten umgesetzt werden.

### A. Versuchte Sachbeschädigung, §§ 303 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 303 Abs. 3 StGB

K könnte sich wegen versuchter Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 303 Abs. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er einen Pflasterstein nach dem Kampfhund warf, um ihn zu töten.

---

\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

**I. Vorprüfung***1. Nichtvollendung*

Der Stein traf den Kampfhund nicht, dieser blieb zunächst unversehrt. Deshalb scheidet ein Beschädigungs- oder Zerstörungserfolg aus. Damit ist der objektive Tatbestand der Sachbeschädigung unvollendet geblieben.

*2. Strafbarkeit des Versuchs*

Wegen § 12 Abs. 2 StGB ist die Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB ein Vergehen. Deren Versuch ist gem. §§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 303 Abs. 3 StGB strafbar.

*Anmerkung:* Ist es fraglich, ob ein Delikt vollendet oder nur versucht wurde, sollte zunächst das vollendete Delikt geprüft werden. Eine Vorprüfung ist zu Beginn einer Versuchsprüfung immer zu empfehlen,<sup>1</sup> und zwar auch dann, wenn – wie hier – nur ein Versuch in Betracht kommt. Zuvor wurde eine vollendete Sachbeschädigung hier nicht geprüft. Also wurde davor noch nicht festgestellt, dass der objektive Tatbestand der Sachbeschädigung nicht vollendet wurde. Würde man dies nicht in einer Vorprüfung feststellen, dann wüsste man nach einer erfolgreichen Versuchsprüfung nicht sicher, ob nicht nach dem immer zu durchlaufenden Versuchsstadium sogar eine Vollendung eingetreten ist.<sup>2</sup> Außerdem lässt sich die Strafbarkeit des Versuches – gerade in Problemfällen – ohne Vorprüfung nicht anschaulich allein durch die Paragrafenkette in der Überschrift darstellen. Vertretbar ist es zwar auch, die Vorprüfung entfallen zu lassen. Dann muss aber zumindest kurz das vollendete Delikt zuvor geprüft werden, um die Nichtvollendung auf diese Weise festzustellen.

**II. Tatbestand***1. Tatentschluss*

K müsste einen Tatentschluss, also den Vorsatz in Bezug auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes,<sup>3</sup> gehabt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.<sup>4</sup>

*a) Sache*

K müsste sich vorgestellt haben, dass der Hund eine Sache ist.

*Anmerkung:* Beim Versuch ist für den Tatentschluss irrelevant, was wirklich geschehen ist. Es kommt allein darauf an, was passieren sollte. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob der Täter etwas über die wirklichen Geschehnisse „weiß“, sondern ob er sich diesbezüglich etwas „vorgestellt“ hat. Alle Merkmale des objektiven Tatbestandes sind also auf der Grundlage des Vorstellungsbildes des Täters zu prüfen.<sup>5</sup> Für Umstände wie die Sacheigenschaft oder die Fremdheit hat es dabei sein Bewenden. Denn Eigenschaften muss der Täter nicht auch noch „wollen“.

Tiere gelten im Strafrecht als Sachen.<sup>6</sup> Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen auch nach der Wertung des § 90a S. 3 BGB, wonach Tiere wie Sachen behandelt werden.<sup>7</sup> K stellte sich vor, dass der Hund ein Tier sei. Damit stellte K sich eine Sache i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB vor.

*b) Fremd*

K müsste sich vorgestellt haben, dass der Kampfhund fremd ist. Fremd ist eine Sache, die zumindest auch im Eigentum einer anderen Person als des Täters steht.<sup>8</sup> K wusste, dass der Kampfhund A gehört. Also stellte er sich vor, dass der Kampfhund im Eigentum einer anderen Person steht. Folglich stellte er sich vor, dass der Kampfhund fremd ist.

*Anmerkung:* Immer wieder wird in Klausuren zuerst die Fremdheit geprüft und erst danach erörtert, ob überhaupt eine Sache vorliegt. Diese Reihenfolge widerspricht der Logik: Nur Sachen können fremd sein (vgl. die Definition)!)

*c) Zerstören*

K könnte den bewussten Willen zur Zerstörung dieser Sache gehabt haben. Zerstört ist eine Sache, wenn sie in ihrer Sachsubstanz völlig vernichtet oder in ihrer bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit völlig aufgehoben wird.<sup>9</sup> K stellte sich vor, den Hund so mit dem Stein zu treffen, dass dieser stirbt. Dies wollte er auch. Die Sachsubstanz würde dadurch nach der Vorstellung des K aber noch in Form einer Hundeleiche vorhanden sein. Damit stellte sich K keine Vernichtung der Sachsubstanz vor. Allerdings wollte er durch den tödlichen Treffer den bestimmungsgemäßen Zweck des Hundes, zu leben und dem A als Kampfhund und Haustier zur Verfügung zu stehen, vollständig und irreparabel vereiteln. Also stellte

<sup>1</sup> Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 874; ausdrücklich verlangt von *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 15 Rn. 7 f.; ablehnend dagegen *Hardtung*, Jura 1996, 293; teilweise kritisch auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 34 Rn. 3 ff.

<sup>2</sup> Eine Vorprüfung empfiehlt für derartige Fallgestaltungen auch *Rengier* (Fn. 1), § 34 Rn. 6.

<sup>3</sup> Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 598; *Kühl* (Fn. 1), § 15 Rn. 23.

<sup>4</sup> H.M., siehe nur *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 203; *Kühl* (Fn. 1), § 5 Rn. 6; vgl. BGHSt 19, 295 (298); BGHSt 36, 1 (9 f.); BGHSt 51, 100 (119, Rn. 59 ff.

<sup>5</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 34 Rn. 13.

<sup>6</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 2 Rn. 4.

<sup>7</sup> Vgl. auch insoweit *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 4.

<sup>8</sup> *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 17.

<sup>9</sup> RGSt 55, 169 (170); *Rengier* (Fn. 6), § 24 Rn. 7; *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 249; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 8), Rn. 31; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 303 Rn. 10.



er sich vor, dass er durch Einwirkung auf die Substanz die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit vollständig aufheben würde. Dies wollte er auch. Also hatte er den bewussten Willen zur Zerstörung der Sache.

*Anmerkung:* Die sorgfältige Subsumtion fällt Studierenden im 1. Semester noch besonders schwer. In der Mehrzahl der Klausurbearbeitungen wird nach der Nennung einer Definition sofort das Ergebnis formuliert, manchmal in ganz standardisierter Form: „Dies ist hier gegeben.“ Bisweilen wird zuvor zumindest kurz die einschlägige Passage des Sachverhalts wiedergegeben („K wollte den Hund tödlich treffen.“), um im unmittelbaren Anschluss sogleich das Ergebnis („Also wollte er ihn zerstören.“) nachzuschreiben. Die eigentliche Subsumtionsaufgabe, die Definition mit diesem Sachverhaltsbestandteil abzugleichen und (ggf. argumentativ) zu begründen, warum eine Übereinstimmung vorliegt – oder warum gerade nicht –, wird dadurch aber gerade nicht gelöst. Dies macht die Ergebnisse wenig überzeugend – sie könnten auch einfach geraten sein. Und manchmal wird eben auch falsch geraten, wie fehlerhafte Ergebnisse zeigen, die mangels Begründung nicht nachvollzogen werden können. Gerade im 1. Semester ist es daher wichtig, die sorgfältige Subsumtion zu üben, indem immer wieder auf die Definition Bezug genommen und erst danach ein Ergebnis geschlussfolgert wird.

d) Beschädigen

Davon ist der bewusste Wille zur bloßen Beschädigung der Sache notwendig umfasst.

e) Zwischenergebnis

K hatte den Vorsatz zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Sachbeschädigung. Also hatte er Tatentschluss.

2. Unmittelbares Ansetzen

K müsste zur Verwirklichung der Tat unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB. K hat den Stein geworfen und damit aus seiner Sicht alles Erforderliche getan, um den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen. Er hat also in subjektiver Hinsicht die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschritten und in objektiver Hinsicht zur tatbestandlichen Handlung so angesetzt, dass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Erfüllung des Tatbestandes übergehen wird.<sup>10</sup> Also hat er unmittelbar angesetzt.

II. Rechtswidrigkeit

K müsste rechtswidrig gehandelt haben.

1. Nothilfe, § 32 StGB

Sein Verhalten könnte jedoch durch Nothilfe gerechtfertigt sein.

<sup>10</sup> Zur Definition BGH wistra 2008, 105 (106); *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 601.

*Anmerkung:* Wenn die Notwehr zugunsten Dritter (hier: N, Eigentümer des Mischlingsrüden) ausgeübt wird, nennt man dies Nothilfe.<sup>11</sup> Es ist nur ungenau und nicht als Fehler zu bewerten, wenn stattdessen in der Bearbeitung von Nothilfe oder nur von Notwehr die Rede ist.

a) Objektive Merkmale der Nothilfe

aa) Nothilfelage

Zunächst müsste dann ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorgelegen haben. Ein Angriff ist ein menschliches Verhalten, durch das rechtlich geschützte Güter oder Interessen verletzt zu werden drohen.<sup>12</sup> Das Eigentum des N, also ein rechtlich geschütztes Gut, drohte durch den Kampfhund des A verletzt zu werden. Fraglich ist, ob dies durch einen Angriff geschah. Der Kampfhund griff zwar den Mischlingsrüden des N an, dies ist für sich genommen aber ein rein tierisches Verhalten. Hinzu kommt aber, dass A dem Kampfhund den Befehl „Kill!“ gegeben und dabei auf den Mischlingsrüden gezeigt hatte. Dadurch hatte er erst die Kausalkette in Gang gesetzt. A handelte, indem er seinen Kampfhund als Werkzeug benutzte, drohte also durch ein menschliches Verhalten, das Eigentum des N zu beeinträchtigen. Folglich lag ein Angriff vor.

*Anmerkung:* Wer hier das Verhalten des Kampfhundes bereits als Angriff bejaht, arbeitet unsauber. Hier war eine sorgfältige Prüfung erforderlich. Wer nicht erkennt, dass A als Mensch das Geschehen lenkt, und deshalb einen Angriff fehlerhaft ablehnt, muss auf eine Notstandsprüfung ausweichen. Hier ist dann Defensivnotstandshilfe nach § 228 S. 1 BGB zu prüfen, die Prüfung entspricht dann der Prüfung unter B. II. Dass hier eigentlich ein Angriff des A vorliegt, steht der gleichzeitigen Annahme einer Gefahr, die von einer Sache – dem Kampfhund des A – einem Rechtsgut, nämlich dem Eigentum des N, droht, nicht entgegen.

Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder noch fort dauert.<sup>13</sup> Der Kampfhund hatte den Mischlingsrüden fast erreicht, die Beeinträchtigung stand unmittelbar bevor. Also war der Angriff gegenwärtig.

*Anmerkung:* Ähnlich wie bei der Prüfung der fremden Sache muss auch hier zuerst der Angriff geprüft werden, erst danach seine Eigenschaften („gegenwärtig“ und „rechtswidrig“). Auch dies gebietet die Logik: Liegt gar kein Angriff vor, weil gar nichts geschieht, dann ist wenig einsichtig, was dann „gegenwärtig“ oder „rechtswidrig“ sein soll.

<sup>11</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 110; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 327.

<sup>12</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 6; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 325; vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 7 Rn. 23.

<sup>13</sup> *Kühl* (Fn. 1), § 7 Rn. 39; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 19; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 328; vgl. BGH NJW 1973, 255.

Rechtswidrig ist ein Angriff, wenn er nicht seinerseits durch einen Erlaubnissatz (wie einen Rechtfertigungsgrund) gedeckt ist.<sup>14</sup> Zugunsten des A sind keine Erlaubnissätze ersichtlich, also war sein Angriff auch rechtswidrig.

*Anmerkung:* Es genügte auch vollauf, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des A einfach festzustellen.

#### bb) Nothilfehandlung

Die Nothilfehandlung müsste sich gegen Rechtsgüter des Angreifers gerichtet haben.<sup>15</sup> K wollte den Kampfhund des A, mithin dessen Eigentum, beeinträchtigen. Gerichtet war also das Verhalten des K gegen Rechtsgüter des Angreifers.

Die Nothilfehandlung müsste außerdem erforderlich gewesen sein. Dazu müsste sie zunächst zur Abwehr des Angriffs geeignet gewesen sein.<sup>16</sup> Geeignet ist sie, wenn sie grundsätzlich den Angriff beenden oder ihn zumindest erschweren kann.<sup>17</sup> Ein Treffer durch einen geworfenen Pflasterstein kann einen Kampfhund schwer verletzen und sogar töten. Also kann dadurch ein Kampfhund gehindert werden, einen anderen Hund anzufallen. Folglich war der Wurf in der Absicht, einen Treffer zu erzielen, geeignet, den Angriff zu beenden. Mithin war er geeignet.

*Anmerkung:* Dass K die Abwehr auch gelungen ist, ohne dass er den Hund treffen musste, ändert hieran nichts.

Außerdem müsste der Täter das mildeste unter den sicher wirkenden, zur Verfügung stehenden Mitteln gewählt haben.<sup>18</sup> K hätte sich von Anfang an bemühen können, anstatt den Kampfhund zu treffen, nahe an ihm vorbei zu werfen und ihn so zu erschrecken, dass er von der Mischlingshündin ablässt – wie es letztlich auch geschehen ist. Dies ist aber nicht ein sicher wirkendes Mittel. Außerdem bestand die Gefahr, dass der Kampfhund sich verbeißen würde. Das Eigentum des N wäre dann verloren gewesen. Einen zweiten Stein zu werfen für den Fall, dass ein Wurf zur Warnung den Kampfhund nicht abgehalten hätte, hatte K keine Zeit. Auf Experimente mit dem einen Stein muss sich K nicht einlassen.<sup>19</sup> Also war dieser Wurf auch das mildeste Mittel.

*Anmerkung:* Dies konnte man auch knapper damit begründen, dass K keine anderen wirksamen Mittel zur Verfügung standen. Ein anderes Ergebnis ist indes nicht vertretbar.

Mangels entsprechender Anhaltspunkte war der Steinwurf auch geboten.

*Anmerkung:* Die Wertdifferenz zwischen den Hunden führt nicht zu einem krassen, unerträglichen Missverhältnis, weil gleichwertige Rechtsgüter (jeweils Sacheigentum) betroffen sind.<sup>20</sup> Ein krasses Missverhältnis wäre in Betracht gekommen, hätte K einen Menschen zugunsten des (nicht wertvollen) Mischlingsrüden zu töten versucht.<sup>21</sup>

#### b) Subjektive Merkmale der Nothilfe

K handelte in Kenntnis der Notwehrlage und war allein dadurch zu seiner Handlung, also zu dem Steinwurf, motiviert.<sup>22</sup> Bereits nach der engsten hierzu vertretenen Ansicht liegen damit die Voraussetzungen der Nothilfe vor. Die übrigen Meinungen, die weniger vom Täter verlangen,<sup>23</sup> kommen zwangsläufig zu demselben Ergebnis, sodass dieser Streit hier nicht weiter erörtert werden muss.

#### c) Zwischenergebnis

Das Verhalten des K ist durch Nothilfe gerechtfertigt.

#### 2. Zwischenergebnis

K hat nicht rechtswidrig gehandelt.

*Anmerkung:* Es ist denkbar, dass Klausurbearbeiter – etwa in dem Glauben, Notwehr könne man nur zu eigenen Gunsten üben – gar nicht erkannt haben, dass hier Rechtfertigungsgründe zu prüfen waren. Sofern diese die Rechtswidrigkeit bejahen, müssen sie auch die Schuld bejahen. Wegen § 303c StGB ist zudem ein Strafantrag erforderlich, der noch gestellt werden muss. Sollten diese Bearbeiter aber die Versuchsprüfung im Übrigen fehlerfrei bewältigt haben, kann eine solche Klausur immer noch mit 4 oder 5 Punkten bewertet werden, wenn im Anschluss auch die Sachbeschädigung im Tatbestand ohne Mängel geprüft wird (selbst wenn wiederum auf Rechtfertigungsgründe nicht eingegangen wird).

### III. Ergebnis

K hat sich nicht wegen versuchter Sachbeschädigung strafbar gemacht.

<sup>14</sup> Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 28; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 331; vgl. Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 54 ff.

<sup>15</sup> Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 84; Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 31; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 333 f.

<sup>16</sup> Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 89 ff.; Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 33; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 335.

<sup>17</sup> Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 33 f.; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 335; vgl. Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 89 und 94 f.

<sup>18</sup> BGHSt 42, 97 (100); Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 36; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 335; Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 100.

<sup>19</sup> Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 36.

<sup>20</sup> Vgl. Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 58.

<sup>21</sup> Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 59.

<sup>22</sup> Zu diesen Anforderungen an den sog. Verteidigungswillen Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 275 und 350a.

<sup>23</sup> Nur Kenntnis der Notwehrlage verlangt die wohl h.M., dazu Kühl (Fn. 1), § 9 Rn. 16 und § 7 Rn. 128; Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 105; vgl. Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 32 Rn. 13 ff. m.w.N.

**B. Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB**

Indem K den Kampfhund mit dem zweiten Steinwurf tötete, könnte er sich wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

Der Kampfhund, ein Tier, wird strafrechtlich wie eine Sache behandelt, vgl. oben.

Er müsste für K fremd gewesen sein. Zur Definition siehe oben. Der Kampfhund stand im Eigentum des A, also im Eigentum einer anderen Person als K. Damit war er für diesen fremd.

*Anmerkung:* Ein pauschaler Verweis auf die Ergebnisse, die in der vorangegangenen Versuchsprüfung erzielt wurden, ist hier nicht möglich. Denn im Rahmen des Versuchs wurde gerade nicht geprüft, ob der Hund für K fremd war, sondern, ob sich K eine derartige Situation vorstellte. Nach oben verwiesen werden kann daher nur in Bezug auf die Definition.

Der Kampfhund könnte zerstört worden sein. Zur Definition siehe oben. Der Kampfhund war tot. Zwar war die Sachsubstanz in Form des Kadavers noch vorhanden und somit nicht vernichtet. Doch konnte er seiner bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit, zu leben und seinem Eigentümer als Kampfhund und Haustier zur Verfügung zu stehen, gar nicht mehr nachkommen. Die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit war also völlig aufgehoben. Somit war der Kampfhund zerstört. Notwendigerweise war er damit auch beschädigt.

Der objektive Tatbestand ist also erfüllt.

*2. Subjektiver Tatbestand*

K müsste vorsätzlich gehandelt haben. Zur Definition siehe oben. K wusste, dass der Hund eine fremde Sache war. Er wollte den Hund töten und somit zerstören. Dabei wusste er, was er tat. Also handelte er vorsätzlich.

*Anmerkung:* Da die Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB keine besondere Vorsatzform verlangt, reicht diese Prüfung aus. Es ist nicht notwendig (und kostet in einer Klausur nur unnötig Zeit), die genaue Vorsatzart (Absicht, Wissentlichkeit, bedingter Vorsatz) zu bestimmen.

**II. Rechtswidrigkeit**

K müsste rechtswidrig gehandelt haben.

*1. Notwehr, § 32 StGB*

Sein Verhalten könnte jedoch durch Notwehr gerechtfertigt sein.

*a) Objektive Merkmale der Notwehr*

*aa) Notwehrlage*

Zunächst müsste ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorgelegen haben. Zur Definition des Angriffs siehe oben.

Bedroht war das Eigentum des K, also ein rechtlich geschütztes Gut. Diesmal hatte aber nicht A den Hund gehetzt. Stattdessen agierte der Kampfhund von sich aus. Die Bedrohung ging also nicht von einem menschlichen Verhalten aus. Damit lag kein Angriff vor.

*bb) Zwischenergebnis*

Die objektiven Merkmale der Notwehr lagen also nicht vor.

*b) Zwischenergebnis*

Das Verhalten des K war damit nicht durch Notwehr gerechtfertigt.

*2. Defensiver Notstand, § 228 S. 1 BGB*

Das Verhalten des K könnte stattdessen durch defensiven Notstand gerechtfertigt gewesen sein.

*Anmerkung:* Die zivilrechtlich geregelten Notstandsrechte sind spezieller als der allgemeine, in § 34 StGB geregelte rechtfertigende Notstand.<sup>24</sup> Diese sind deshalb in Fällen, in denen Sachen beeinträchtigt werden, vorrangig zu prüfen.<sup>25</sup> Wer stattdessen § 34 StGB prüft, wählt zwar nach einer in der Literatur vertretenen Meinung ebenfalls einen gangbaren Weg.<sup>26</sup> Dies muss aber deutlich gemacht werden, indem zu Beginn der Prüfung kurz in einem Hinweis festgestellt wird, dass in § 34 StGB die Wertungen der §§ 228 S. 1, 904 S. 1 BGB Berücksichtigung finden.<sup>27</sup> Insbesondere muss dann die Interessenabwägung der aus § 228 S. 1 BGB nachgebildet werden, sonst ist dieser Ansatz unvertretbar. Unvertretbar ist es zudem, mit der Prüfung des § 904 S. 1 BGB zu beginnen, diesem geht § 228 S. 1 BGB als speziellere Norm vor.

*a) Objektive Merkmale des Notstands*

*aa) Notstandslage*

Zunächst müsste eine Gefahr von einer Sache gedroht haben. Eine Gefahr droht, wenn nach den tatsächlichen Umständen der Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens nahe liegt.<sup>28</sup> Der Kampfhund ging auf die Mischlingshündin des K los und hatte sie fast erreicht, also lag es nahe, dass die Hündin Schaden nehmen würde. Folglich drohte eine Gefahr. Diese ging vom Kampfhund, also – wie im objektiven Tatbestand bereits aufgezeigt – von einer Sache aus.

<sup>24</sup> H.M., vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 287 m.w.N.

<sup>25</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 287.

<sup>26</sup> *Hellmann*, Die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 106 ff.

<sup>27</sup> Ähnliches empfiehlt *Rengier* (Fn. 1), § 19 Rn. 3 und § 20 Rn. 3 für § 34 StGB im umgekehrten Fall, dass man wegen der Spezialität §§ 228 S. 1, 904 S. 1 BGB vorrangig prüfen will.

<sup>28</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 20 Rn. 8.

*bb) Notstandshandlung*

K hat den Kampfhund und damit die Sache, von der die Gefahr ausging, zerstört. Dies müsste auch erforderlich gewesen sein, um die Gefahr abzuwenden. Für die Erforderlichkeit gilt im Grundsatz der gleiche Maßstab wie bei der Notwehr mit der Einschränkung, dass als milderer Mittel hier auch Ausweichen, Weglaufen, Holen von Hilfe etc. in Betracht gezogen werden muss.<sup>29</sup> Die Tötung des Kampfhundes war geeignet, die Gefahr abzuwenden.

*Anmerkung:* Weitere Ausführungen zur Geeignetheit sind zwar nicht schädlich, aber auch nicht notwendig.

Außerdem dürfte dem K kein milderer, aus der Ex-ante-Sicht<sup>30</sup> ebenso sicheres und ebenso geeignetes Mittel zur Verfügung gestanden haben. Ein Wurf, der den Kampfhund wiederum wie der erste Wurf knapp verfehlt, gewissermaßen als Wurf zur Warnung, hätte den Kampfhund nicht getötet, also wäre dies ein milderer Mittel gewesen. Aus der Ex-ante-Sicht ist dieses Mittel mit dem deutlichen Risiko behaftet, dass der Kampfhund dieses Mal den Stein ignoriert und die Mischlingshündin des K angefallen hätte. Im Falle eines wirkungslosen Warnwurfes hätte K keine Zeit mehr gehabt, noch einen weiteren Stein zu werfen. Ein solcher Warnwurf hätte also nicht mit gleicher Sicherheit die Gefahr abgewandt, war also nicht gleichermaßen geeignet. Außerdem bestand die Gefahr, dass der Kampfhund nun auf K selbst losgegangen wäre. Damit wäre ein Warnwurf kein ebenso sicheres und kein ebenso geeignetes Mittel wie der tödliche Wurf gewesen.

*Anmerkung:* Diese Alternative haben nur ganz wenige Bearbeiter angesprochen. Es wurde allerdings auch nicht erwartet.

Andere mildere Mittel sind nicht ersichtlich. Damit stand K kein milderer, aber gleichermaßen wirksames wie sicheres Mittel zur Verfügung. Folglich war der tödliche Wurf auch erforderlich.

*cc) Interessenabwägung*

Das von K geschützte Interesse, also sein Eigentum, dürfte im Vergleich zum beeinträchtigten Interesse, also dem Eigentum des A, nicht außer Verhältnis gestanden haben. Betroffen sind jeweils Tiere, also im Wesen gleichwertige Eigentums-

objekte. Unter diesem Gesichtspunkt stehen die Interessen nicht außer Verhältnis.<sup>31</sup>

*Anmerkung:* Nur festzustellen, dass jeweils Eigentum und damit zwei wesensgleiche Rechtsgüter betroffen sind, genügt indes nicht, um zu begründen, dass die Interessen nicht außer Verhältnis stehen. Das Rechtsgut Eigentum ist – anders als das menschliche Leben, dessen absoluter Schutz verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 2 GG geboten ist<sup>32</sup> – im Grundsatz gerade nicht abwägungsresistent.<sup>33</sup>

Bezieht man indes die Wertdifferenz in die Abwägung mit ein, so stehen die Interessen nur außer Verhältnis bei einem krassen Missverhältnis der betroffenen Werte.<sup>34</sup> Hier steht dem Verlust eines Tieres im Wert von 3.000 € der Verlust eines fast wertlosen Tieres gegenüber. Diese Differenz ist sehr groß, vor allem im Verhältnis zur fast wertlosen Mischlingshündin. Nimmt man nun die ideellen Interessen der jeweiligen Eigentümer hinzu,<sup>35</sup> so ist festzustellen, dass dem K seine Mischlingshündin „teuer“, also für ihn von hohem ideellen Wert ist. Das „Entsetzen“ des A über „so viel Brutalität“ lässt aber ersehen, dass A seinem Rassekampfhund ebenfalls sehr zugeneigt war. Insoweit sind die ideellen Interessen also annähernd vergleichbar. Fügt man nun diese gewichtigen ideellen Interessen auf beiden Seiten zu den wertbezogenen Interessen, so führt dies dazu, dass sich die Proportionen verschieben. Die Gesamtinteressen nähern einander an. Die Differenz im Verhältnis zur Gesamtsumme verringert sich. Von einem krassen Missverhältnis der Interessen kann man dann nicht mehr ausgehen. Also steht das von K geschützte Interesse nicht außer Verhältnis zum von ihm beeinträchtigten Interesse.

*Anmerkung:* Es ist durchaus vertretbar anzunehmen, dass die Interessen außer Verhältnis stehen, indem man – wie sich dies am Rande in der Rechtsprechung abzeichnet –<sup>36</sup> weniger auf die ideellen Interessen und stattdessen stärker

<sup>29</sup> Rengier (Fn. 1), § 20 Rn. 7 i.V.m. § 19 Rn. 22 ff.

<sup>30</sup> Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 308, stellt dabei auf den Maßstab eines sachkundigen objektiven Dritten ab. Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 58, orientiert sich stattdessen am Blickwinkel des Täters. Dies birgt aber die Gefahr, eine irrtümlich vom Täter für erforderlich gehaltene Handlung zu rechtfertigen. Für den vorliegenden Fall gelangt man jedoch nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen.

<sup>31</sup> Auf diesen Aspekt stellt maßgeblich das OLG Koblenz NJW-RR 89, 541, ab, das für Hunde gleich welcher Wertdifferenz und unabhängig von ideellen Interessen (und damit auch unabhängig davon, welche Zuneigung ihnen seitens ihrer Eigentümer entgegengebracht wird), davon auszugehen scheint, dass die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.

<sup>32</sup> Dazu Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 2; Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 316 ff.

<sup>33</sup> Freund (Fn. 30), § 3 Rn. 64 f.; vgl. Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 311.

<sup>34</sup> Diese ist maßgeblich für Kühl (Fn. 1), § 9 Rn. 20; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 111; OLG Hamm NJW-RR 1995, 279; ähnlich aber auch Rengier (Fn. 1), § 20 Rn. 8 ff.

<sup>35</sup> Diese will Rengier (Fn. 1), § 20 Rn. 10, in die Abwägung einbeziehen. Vgl. Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl. 2011, § 228 Rn. 8.

<sup>36</sup> Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1995, 279.

auf die Wertdifferenz abstellt.<sup>37</sup> Die Mischlingshündin ist fast wertlos. Dies nähert die Fallkonstellation den Literaturbeispielen an, in denen dem getöteten Hund das Interesse an einer Bratwurst<sup>38</sup>, einem Schokoriegel<sup>39</sup> oder an einem Knochen<sup>40</sup> gegenübergestellt und das letztere Interesse jeweils für zu leicht befunden wird. Wichtig war es in diesem Fall vor allem, sich mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen, die Wertdifferenz aufzuzeigen und daraus eine begründete Schlussfolgerung abzuleiten. Die Bearbeiter, die die Interessenabwägung zuungunsten des K ausfallen lassen, brechen die Prüfung des § 228 S. 1 BGB ab. § 904 S. 1 BGB ist nicht einschlägig, § 34 StGB wurde zum einen von § 228 S. 1 BGB im Anwendungsbereich verdrängt, zum anderen kann die dort normierte Interessenabwägung dann erst recht nicht zugunsten des K ausfallen. Deshalb prüfen diese Bearbeiter am besten gleich die Schuld. Hier sollte ein entschuldigender Notstand nach § 35 Abs. 1 S. 1 StGB zwar angesprochen, aber sogleich abgelehnt werden, da Eigentum nicht vom Katalog der in § 35 Abs. 1 S. 1 StGB aufgeführten Rechtsgüter umfasst ist. Mangels Entschuldigungsgründe handelte K dann schuldhaft, zu denken ist dann noch an das Strafantragserfordernis aus § 303c StGB.

#### b) Subjektive Merkmale des Notstands

K handelte in Kenntnis der Notstandslage und war durch diese motiviert, die Gefahr abzuwenden. Auf den Streit, ob weniger enge subjektive Anforderungen zu stellen<sup>41</sup> oder von solchen ganz abzusehen ist, kommt es also – wie auch zuvor bei der Notwehrhilfe unter A. III. 1. b) – nicht an.

#### c) Zwischenergebnis

Die Tat des K war durch defensiven Notstand nach § 228 S. 1 BGB gerechtfertigt.

#### 2. Zwischenergebnis

K handelte nicht rechtswidrig.

### III. Ergebnis

K hat sich nicht nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### d) Gesamtergebnis

K hat sich nicht strafbar gemacht.

### Frage 2: Beantwortung einzelner Fragen

*Anmerkung:* Die Fragen a) und b) mussten unter Bezugnahme auf das Gesetz beantwortet werden. Hier ergaben sich die relevanten Informationen aber auch aus dem Ge-

setz, es ging also darum, aufzuzeigen, dass mit dem Gesetz gearbeitet werden kann. Frage c) war dann eine Frage zur Systematik, die durch Wissen zu beantworten war. Alle Fragen sind insgesamt als leicht einzustufen. Die richtigen Antworten auf alle drei Fragen können daher nicht allein zum Bestehen der Klausur, sondern allenfalls zu 3 Punkten führen (je Frage ein Punkt). Dementsprechend liegt der Schwerpunkt der Klausur auf der Falllösung. Wer den Fall vertretbar löst, sich dann aber nicht mehr zu den Fragen äußert, sollte aber andererseits nicht mit deutlichen Punktabzügen bestraft werden. Die Fragen dienen also eher der Feinsteuerung in der Bewertung.

a) Ein Verbrechen ist gem. § 12 Abs. 1 StGB eine rechtswidrige Tat, die mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet wird.

*Anmerkung:* Auf § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB muss nicht zwingend eingegangen werden.

Beispiele sind etwa Totschlag (§ 212 Abs. 1 StGB), Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) und Rechtsbeugung (§ 339 StGB).

*Anmerkung:* Hier können selbstverständlich auch beliebige andere Beispiele genannt werden. Wichtig ist aber, dass Straftatbestände genannt werden. Werden stattdessen Verhaltensweisen benannt („einen anderen Menschen umbringen“), so kann dies nur in den Fällen noch als vertretbare Antwort gewertet werden, in denen zweifelsfrei klar ist, welche Straftatbestände diese Verhaltensweisen erfüllen und dass diese zwingend ein Verbrechen sind (im Beispiel des „Umbringens“ kann man zumindest von Totschlag, also einem Verbrechen, ausgehen). Leider fanden sich unter den Antworten auch Beispiele wie Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) oder gefährliche Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB). Dass hier gar keine Mindeststrafe (Sachbeschädigung) bzw. eine Mindeststrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe (gefährliche Körperverletzung) und damit jeweils von unter einem Jahr Freiheitsstrafe angedroht wird, wurde offenbar nicht richtig erkannt.

b) Über Umstände irrt diese Person nicht, schon deshalb kommt ein Irrtum nach § 16 StGB nicht in Betracht. Damit bleibt nur ein Verbotsirrtum, der in § 17 StGB geregelt ist. Auf die Kenntnis bzw. Unkenntnis der Strafbarkeit kommt es dabei allerdings nicht an.<sup>42</sup> Fehlt der Person aber infolge ihres Irrtums (bei Begehung der Tat) die Einsicht, Unrecht zu tun, so entfällt nach § 17 StGB die Schuld, wenn sie das Unrecht auch nicht hätte erkennen können, dieser Irrtum also unvermeidbar war. Sie wird dann folglich nicht bestraft. War der Irrtum vermeidbar, kann die Strafe gemildert werden.

*Anmerkung:* Die Antwort ergibt sich aus § 17 StGB. Hier bestand die Aufgabe also im Wesentlichen darin, die Voraussetzungen des § 17 StGB zu nennen. Die Klausurbear-

<sup>37</sup> Diese Gewichtung scheint *Heinrichs* (Fn. 35), § 228 Rn. 8, vorzunehmen.

<sup>38</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 20 Rn. 8 und 10.

<sup>39</sup> *Kühl* (Fn. 1), § 9 Rn. 16.

<sup>40</sup> *Roxin* (Fn. 34), § 16 Rn. 111, der damit allerdings – noch weitergehend – eine völlig wertlose Sache in Bezug nimmt.

<sup>41</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 6 Rn. 11a.

<sup>42</sup> BGH NJW 1999, 2908.

beiter haben zumeist die Unkenntnis der Strafbarkeit mit der fehlenden Unrechtseinsicht schlicht gleichgesetzt. Das war zwar ungenau, traf aber noch den Kern der Frage. Eine differenzierte Beantwortung der Frage sollte vor allem besseren Bearbeitern die Möglichkeit geben, sich mit ihrer Leistung abzusetzen.

c) § 224 StGB ist eine Qualifikation der einfachen Körperverletzung (§ 223 StGB).<sup>43</sup> Die Merkmale der einfachen Körperverletzung sind daher als Grundtatbestand Teil der Merkmale der gefährlichen Körperverletzung. Im Prüfungsaufbau wirkt sich dies demzufolge so aus, dass man diese Merkmale des Grundtatbestandes in die Prüfung der gefährlichen Körperverletzung integrieren muss.<sup>44</sup> Deshalb wird diese auch durch Nennung beider Normen (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB) erfasst.

*Anmerkung:* Es kann auch darauf hingewiesen werden, dass es sich anbietet, erst den Grundtatbestand zu prüfen, und dass die Qualifikation nicht mehr zu prüfen ist, wenn schon der Grundtatbestand scheitert.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> *Wessels/Hettinger* (Fn. 32), Rn. 248 und 261.

<sup>44</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 109 f.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 32), Rn. 284.

<sup>45</sup> So auch die Empfehlung von *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 863.

# Übungsfall: Der rachsüchtige Waffenfreund

Von Wiss. Mitarbeiterin **Swantje Kreuzner**, stud. iur. **Wiebke Zetzmann**, Köln

*Diese Übungsklausur hat einen niedrigen Schwierigkeitsgrad und ist für Studierende im zweiten Fachsemester konzipiert. Der Bearbeiter muss den Versuchsaufbau beherrschen sowie fundierte Kenntnisse bezüglich der Mordmerkmale aufweisen. Schwerpunkt der Klausur ist die Behandlung der Heimtücke und die Darstellung der dazu vertretenen Restriktionsansätze. Durch die Einbeziehung des vorangegangenen Stallings in die Argumentation kann der Bearbeiter Problembewusstsein zeigen.*

## Sachverhalt<sup>1</sup>

Die O hat sich von ihrem langjährigen Freund T getrennt. T glaubt, Grund hierfür sei ein intimes Verhältnis der O mit dem X. Zunächst verfällt T in starken Liebeskummer. Weil er alsbald diese Schmach nicht auf sich sitzen lassen will, ersinnt T aus Rache den Plan, der O „das Leben zur Hölle zu machen“. In der folgenden Zeit bestellt er in regelmäßigen Abständen Waren in ihrem Namen, ruft sie nachts an und legt ihr tote Tiere vor die Haustür. Da T nach einiger Zeit aber zu der Erkenntnis kommt, dass dies alles „nichts bringe“, fasst er den Entschluss, der Sache ein für alle Mal ein Ende zu setzen.

Eines Abends rüstet sich der Kriegswaffenliebhaber T mit zwei Handgranaten aus und macht sich auf den Weg zu Os freistehendem Haus. Dort angekommen beschmiert er den Griff von Os Tür mit schwarzer Farbe. Dann klingelt er an der Tür, läuft schnell weg und versteckt sich hinter einem Busch. Als O die Tür öffnet, sieht sie den beschmierten Türgriff. Sie schaut sich im Vorgarten um, sieht den T jedoch nicht. Sodann holt sie Terpentin aus dem Keller und reinigt die Türklinke. Als O im Eingangsflur steht und sich lautstark über T, den sie hinter der Aktion vermutet, aufregt, sieht dieser seine Gelegenheit gekommen. Er zieht den Splint, ruft laut „Jetzt ist Schluss mit lustig!“ und wirft die Granate in den Flur. Ein Windstoß schlägt die schwere Eisentür zu. Die Granate explodiert im Hausflur. Zu Ts Verwunderung tritt O schwer, jedoch nicht lebensgefährlich verletzt in den Garten. Zwar befindet sich die zweite Handgranate noch in seiner Tasche, T will diese aber für eine andere Gelegenheit aufbewahren und macht sich auf den Nachhauseweg. Dort angekommen, stellt er fest, dass es sich bei der zweiten Granate bloß um eine Attrappe handelt.

## Bearbeitervermerk

Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit der Beteiligten nach dem StGB.

Die §§ 123, 238, 303, 308 StGB sind nicht zu prüfen.

<sup>1</sup> Sachverhalt abgewandelt nach BGH, Urt. v. 1.4.2009 – 2 StR 571/08 = NStZ 2009, 501; gut verständliche Anmerkung bei Hecker, JuS 2010, 81.

## Gutachten

### A. Strafbarkeit nach §§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1 und 3, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB<sup>2</sup>

T könnte sich gemäß §§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1 und 3, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem er die Granate in Os Hausflur warf.

*Hinweis:* Im Obersatz sind die in Betracht kommenden Tatbestände satzgenau zu zitieren. Hinsichtlich § 211 ist eine Zitierweise nach Gruppe und Variante zu empfehlen. Diese wird vereinzelt als nicht dem Gesetz zu entnehmen kritisiert. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass § 211 eine optische Einteilung aufweist, die eine Gruppierung zeigt.

§ 23 Abs. 1 muss nicht zwingend genannt werden, denn diese Norm bestimmt lediglich, wann ein Versuch strafbar ist. Das ist Gegenstand der Vorprüfung. Das Nennen im Obersatz hat sich jedoch eingebürgert, weshalb dieses nicht als falsch bewertet werden wird.

Weiterhin ist im Obersatz die konkrete Tathandlung zu nennen. Dieser eigentlich banal klingende Hinweis hat durchaus seine Berechtigung: Die Korrekturerfahrung zeigt, dass Bearbeiter diesem wichtigen Schritt wenig Beachtung schenken. Hier sei bemerkt, dass der Obersatz der Einstieg in das Gutachten ist. Wenn dieser misslingt, hat der Korrektor bereits zu Beginn einen schlechten Eindruck von der Bearbeitung.

## I. Vorprüfung

*Hinweis:* Die „Vorprüfung“ ist im Versuchsaufbau ein echter Prüfungspunkt und deshalb nicht nur gedanklich auszuführen.

### 1. Nichtvollendung

Die Tat wurde nicht vollendet, da der Erfolg der §§ 211, 212 – der Tod eines anderen Menschen – nicht eingetreten ist.

*Hinweis:* In einer solch unproblematischen Situation (O ist offensichtlich nicht tot) mag die Feststellung überflüssig erscheinen. Denken Sie hier aber an Konstellationen, in denen der tatbestandliche Erfolg zwar eingetreten ist, dem Täter aber nicht zugerechnet werden kann.

### 2. Strafbarkeit des Versuchs

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus der Verbrechensqualität des § 211, vgl. §§ 23, 12 Abs. 1.

<sup>2</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB. Mit dieser Fußnote sollten Sie in der Klausur die erste Paragrafennennung kennzeichnen. So ersparen Sie sich einige müßige Schreibearbeit.



## II. Tatentschluss

T müsste Tatentschluss gehabt haben. Der Tatentschluss umfasst das Vorliegen (1.) des Vorsatzes bezüglich des objektiven Tatbestandes und (2.) der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale.

*Hinweis:* Die Definition zeigt, dass der Tatentschluss dem subjektiven Tatbestand beim vollendeten Delikt entspricht.<sup>3</sup> Zu beachten ist, dass lediglich das Vorliegen und nicht Vorsatz bezüglich der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale zu prüfen ist!

### 1. Vorsatz

Zunächst müsste T Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale, d.h. bezüglich des Todes eines anderen Menschen und etwaiger tatbezogener Mordmerkmale gehabt haben.

#### a) Bzgl. des Todes

Fraglich ist bereits, ob T Vorsatz bezüglich der Tötung der O hatte. Vorsätzlich handelt, wer in Kenntnis aller objektiven Tatumstände mit dem Willen der Tatbestandsverwirklichung tätig wird. Dolus eventualis, also bedingter Vorsatz, liegt vor, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt und diese billigend in Kauf nimmt.<sup>4</sup> Ausdrücklich hat T keinen Tötungsvorsatz geäußert. In der Regel kann von höchst gefährlichen Handlungen des Täters auf zumindest bedingten (Tötungs-)Vorsatz geschlossen werden. Deshalb ist zunächst vom äußerlich erkennbaren gefährlichen Handeln auf den Vorsatz zu schließen.<sup>5</sup> Hier ist folglich auf den objektiv lebensgefährlichen Wurf mit einer Handgranate abzustellen. Diese Handlungsweise legt nahe, dass T den Tod der O für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat. Immerhin wollte T „der Sache ein Ende setzen“ und warf die Handgranate in die unmittelbare Nähe von O.

Fraglich ist jedoch, ob dies zur Bejahung des Tötungsvorsatzes ausreicht. Dabei ist (ebenso wie bei brutalen Gewalttaten) als zusätzliches Kriterium im Rahmen einer Gesamtwürdigung die hohe Hemmschwelle<sup>6</sup> zur Tötung eines anderen Menschen zu berücksichtigen. T rief bei seiner Tat „Jetzt ist Schluss mit lustig!“. Möglicherweise brachte er dadurch zum Ausdruck, dass es ihm gerade auf den Tod der O ankomme. Verbale Äußerungen des Täters vor, während oder unmittelbar nach der Tat haben jedoch ein allenfalls geringes Gewicht bei der Beurteilung des Vorsatzes.<sup>7</sup> Hier ergibt allerdings

auch die Würdigung aller Gesamtumstände kein anderes Bild. T hatte mithin auch die geforderte hohe Hemmschwelle überschritten.

Aus dem objektiv höchst gefährlichen Verhalten des T kann in Verbindung mit seinem Entschluss, „der Sache ein Ende zu setzen“, also geschlossen werden, dass T zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der Tötung von O hatte.

#### b) Bzgl. der Qualifikationsmerkmale

Fraglich ist weiterhin, ob T darüber hinaus auch Vorsatz hinsichtlich objektiver (also tatbezogener) Mordmerkmale hatte. In Betracht kommen vorliegend die Begehung der Tat mit gemeingefährlichen Mitteln i.S.v. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 3 sowie das Mordmerkmal der Heimtücke, vgl. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1.

##### aa) „Mit gemeingefährlichen Mitteln“ i.S.v. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 3

T müsste Vorsatz in Bezug auf die Tatbegehung mit gemeingefährlichen Mitteln gehabt haben. Gemeingefährlich ist ein Mittel, aus dessen Verwendung objektiv eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Personen resultiert, weil der Täter die Auswirkung des Mittels nicht sicher beherrschen kann.<sup>8</sup>

T warf eine Handgranate. Eine Granate ist generell dazu geeignet, eine unbestimmte Anzahl von Menschen zu gefährden. Jedoch kann die Gemeingefährlichkeit eines Mittels nicht abstrakt-generell, sondern nur bezogen auf die jeweilige Verwendung bestimmt werden.<sup>9</sup> Umstritten ist dabei, ob die Gefährlichkeit der Verwendung konkret sein muss oder ob eine bloß abstrakte Gefährdung ausreicht.<sup>10</sup>

O lebt alleine in einem freistehenden Haus. Durch die Explosion der Granate wurden also außer ihr keine weiteren Menschen gefährdet. Der Kreis der Gefährdeten war also nicht unbestimmt, sondern im Gegenteil nur auf die O begrenzt. Eine Gemeingefährlichkeit scheidet somit von vorneherein aus. Die Frage, ob die Verwendung konkret oder abstrakt gefährlich sein muss, kann daher dahinstehen.

Da T diese Umstände bekannt waren, hatte er keinen Vorsatz hinsichtlich einer Verwendung gemeingefährlicher Mittel.

##### bb) „Heimtückisch“ i.S.v. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1

T könnte aber Vorsatz hinsichtlich einer heimtückischen Tötung gehabt haben.

#### (1) Grundvoraussetzungen

Heimtückisch handelt, wer die Arg- und die darauf beruhende Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Arglosigkeit liegt vor, wenn sich das Opfer bei Beginn des Tö-

werden von der Rechtsprechung (lediglich) als Indiz für einen Körperverletzungsvorsatz interpretiert. Vgl. *Altwater*, *NSStZ* 2003, 21 (22).

<sup>8</sup> *Küper*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2010, S. 235 f.

<sup>9</sup> *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 4 Rn. 46.

<sup>10</sup> *Joecks* (Fn. 3), § 211 Rn. 39.

<sup>3</sup> *Joecks*, *Strafgesetzbuch*, Studienkommentar, 9. Aufl. 2010, § 22 Rn. 3: Der Tatentschluss als „Sonderbegriff“ für den subjektiven Tatbestand.

<sup>4</sup> *Joecks* (Fn. 3), § 15 Rn. 11 ff. (vgl. zur Klausurbearbeitung vor allem Rn. 30 ff.).

<sup>5</sup> *Schmidt/Priebe*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2010, Rn. 26.

<sup>6</sup> *Joecks* (Fn. 3), Vor § 211 Rn. 42 f.; *Altwater*, *NSStZ* 2005, 21 (22).

<sup>7</sup> *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), Rn. 22; Äußerungen wie die Drohung jemanden „abzustechen“ oder „plattmachen“ zu wollen,

tungsversuchs keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht. Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist.<sup>11</sup>

Fraglich ist, ob eine Arglosigkeit der O aufgrund des vorangegangenen „Stalkings“ des T ausscheidet. Es ließe sich nämlich argumentieren, dass O sich aufgrund des offenen „Dauerangriffs“ in Gestalt des Stalkings der Möglichkeit eines jederzeitigen konkreten tätlichen Angriffs bewusst sein musste und somit nicht arglos sein konnte. Für die Beurteilung der Arglosigkeit ist jedoch nicht auf eine lang anhaltende, generelle Feindseligkeit abzustellen, sondern nur darauf, ob das Opfer sich in der konkreten Situation eines Angriffs auf sein Leben oder zumindest die körperliche Unversehrtheit versieht. Die auf einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst des Opfers vermag dessen Arglosigkeit allerdings nicht zu beseitigen.<sup>12</sup> Eine andere Beurteilung der Frage würde zu dem absurden Ergebnis führen, dass der Täter, der dem Opfer vor dem Tötungsdelikt nachstellt und es hierdurch in seiner Lebensqualität einschränkt, gegenüber demjenigen, der dies nicht tut, hinsichtlich der Feststellung des Mordmerkmals der Heimtücke privilegiert würde. Es kommt deshalb darauf an, ob das Opfer im konkreten Tatzeitpunkt mit Feindseligkeiten des Täters rechnete.<sup>13</sup> Schon die Tatsache, dass O, nachdem sie die Farbe an ihrer Tür entdeckte, keinen Verdacht schöpfte, sondern den Türgriff reinigte, zeigt, dass O nicht mit einem Angriff rechnete. O war mithin arglos.

*Hinweis:* Hier ist eine Auswertung des Sachverhaltes vorzunehmen. Eine gelungene Argumentation bezieht das Verhalten der O bei der Subsumtion mit ein.

Hätte O sich eines Angriffs versehen, hätte sie die schwere Haustür verschließen und sich damit gegen Ts Attacke schützen können. Dadurch, dass O sich aber keines Angriffes auf ihre Person versah und somit auch nicht die Tür zu ihrem Schutz geschlossen hatte, war sie in ihren Abwehrmöglichkeiten eingeschränkt und folglich auch wehrlos.

T erkannte die auf der Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit der O und wollte diese, indem er sich zunächst hinter dem Busch versteckt hielt, auch bewusst zur Tötung ausnutzen.

Somit hatte T grundsätzlich Tatentschluss zur heimtückischen Tötung, als er die Handgranate in den Hausflur warf.

## (2) Restriktion

*Hinweis:* Die o.g. „Grundvoraussetzungen“ stellen sich als kleinster gemeinsamer Nenner aller vertretenen Ansätze dar („herkömmliche Definition“<sup>14</sup>). Deshalb ist die

Trennung zwischen der Darstellung dieser Kriterien und den verschiedenen Restriktionsmöglichkeiten geboten.

Wegen der zwingend angeordneten lebenslangen Freiheitsstrafe sind die Mordmerkmale des § 211 Abs. 2, um die Verhältnismäßigkeit zu wahren, restriktiv (eng) auszulegen.<sup>15</sup> Hinsichtlich der Heimtücke werden verschiedene Restriktionskriterien – teils auf Tatbestands-, teils auf Rechtsfolgen-seite – verwendet.

### (a) Feindliche Willensrichtung

Die Rechtsprechung fordert als Restriktionskriterium eine feindliche Willensrichtung<sup>16</sup> des Täters. So sollen Tötungen zum vermeintlich Besten des Opfers aus dem Anwendungsbereich der Heimtücke ausgegrenzt werden. Ausgeschlossen werden so vor allem Fälle der missglückten Mitnahmesuizide sowie Tötungen aus echtem Mitleid, bspw. bei schwerer Krankheit des Opfers.

T handelte nicht zum vermeintlich Besten der O, sodass die erforderliche feindliche Willensrichtung vorlag. Nach dieser Auffassung hatte T Tatentschluss zur heimtückischen Tötung.

### (b) Besonders verwerflicher Vertrauensbruch

Die h.L. fordert hingegen zusätzlich (teilweise auch stattdessen) einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch. So soll der Bestandteil „Tücke“, der ein hinterhältig verschlagenes Vorgehen fordere, Geltung erlangen.<sup>17</sup> Zwar sind T und O einmal ein Paar gewesen, nach der Trennung existierte jedoch kein besonderes Vertrauensverhältnis mehr zwischen ihnen. Demnach bestand kein Vertrauen (mehr), welches T zur Tötung hätte ausnutzen können. T hatte mithin keinen Tatentschluss bzgl. eines besonders verwerflichen Vertrauensbruchs. Nach dieser Auffassung wäre deshalb kein Tatentschluss zu einer heimtückischen Tötung gegeben.

### (c) Streitentscheid

Da nach der h.L. kein Tatentschluss zur heimtückischen Tötung vorliegt, bedarf es eines Streitentscheides. Zu klären ist, ob es des Restriktionskriteriums des besonders verwerflichen Vertrauensbruchs überhaupt bedarf. Gegen die h.L. spricht, dass der Begriff des „Vertrauens“ schwer zu definieren und deshalb konturlos ist. Ein Meuchelmord wie die Tötung durch einen Heckenschützen würde dann mangels des durch das Opfer entgegengebrachten Vertrauens nicht mehr als heimtückisch gelten, obwohl gerade der Meuchelmord als klassischer Heimtückemord angesehen wird. Mithin ist das Kriterium des verwerflichen Vertrauensbruchs abzulehnen. T hatte also – auch unter Berücksichtigung der zwingend lebenslangen Freiheitsstrafe – Tatentschluss zur heimtückischen Tötung der O.

<sup>11</sup> Joecks (Fn. 3) § 211 Rn. 24.

<sup>12</sup> BGH NStZ-RR 2001, 14.

<sup>13</sup> BGH NStZ 2009, 501; bei offenen Feindseligkeiten oder unmittelbar vorausgegangener feindseliger Auseinandersetzung mit einem Angriff auf das Leben kann allerdings die Arglosigkeit entfallen, vgl. BGHSt 27, 324.

<sup>14</sup> Joecks (Fn. 3), § 211 Rn. 24.

<sup>15</sup> BVerfGE 45, 187.

<sup>16</sup> vgl. nur: BGHSt 9, 385 (390); 11, 139 (43); 37, 376 (377).

<sup>17</sup> Joecks (Fn. 3), § 211 Rn. 33.

(d) Auch eine umfassende Gesamtwürdigung der Umstände, wie sie die Lehre von der negativen Typenkorrektur<sup>18</sup> vornimmt, kommt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis.

### (3) Zwischenergebnis

Somit hatte T auch Vorsatz bezüglich der heimtückischen Begehung der Tat.

*Hinweis:* Das Mordmerkmal der Heimtücke ist ein „Mischmerkmal“, da neben den objektiven Voraussetzungen „Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit“ auch subjektive Elemente vorhanden sind, nämlich das „bewusste Ausnutzen“ oder auch die „feindliche Willensrichtung“. Im Versuchsaufbau bereitet dies keine Schwierigkeiten, da ohnehin der Tatentschluss bezüglich des objektiven Tatbestandes geprüft wird. Deshalb können auch subjektive Merkmale gut integriert werden. In der Prüfung eines vollendeten Delikts sollte jeder Aufbau akzeptiert werden, d.h. es ist auch möglich, die subjektiven Komponenten der tatbezogenen Mordmerkmale (z.B. „gefühllose Gesinnung“ bei „grausam“ i.S.v. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 2) im objektiven Tatbestand zu prüfen.

### 2. Sonstige subjektive Merkmale

Darüber hinaus könnte das (subjektive) Qualifikationsmerkmal des Handelns aus niedrigen Beweggründen vorliegen. Niedrig sind solche Beweggründe, die nach allgemeiner Wertung auf sittlich tiefster Stufe stehen, durch krasse Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind.<sup>19</sup> Die zwingend angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe gebietet dabei auch hier eine restriktive Auslegung. Die Motivation zur Tötung muss daher so geartet sein, dass sie menschlich nicht mehr begreifbar, also gewissermaßen überhaupt nicht nachvollziehbar ist.

T wollte die O töten, weil sie sich von ihm getrennt hatte und er vermutete, dass Grund hierfür eine intime Beziehung mit X gewesen sei. Er wollte „die Schmach nicht auf sich sitzen lassen“ und O „das Leben zur Hölle machen“. Es kam ihm also gerade auf eine Rache an. Auch wenn es gerade im Fall der Tötung eines ehemaligen Liebespartners, insbesondere wenn diese aus Trauer, Verzweiflung usw. vorgenommen wird, naheliegen mag, die Motivation als menschlich begreifbar zu bezeichnen und einen niedrigen Beweggrund damit abzulehnen, kann dies nicht gelten, wenn der Täter – wie hier – aus Rache und gekränkter Eitelkeit handelt. Aufgrund dieser Motivation zu töten muss deshalb auch bei restriktiver Auslegung und im Rahmen einer Gesamtwürdigung<sup>20</sup> der Umstände als auf sittlich tiefster Stufe stehend bezeichnet werden. Somit hatte T Tatentschluss, die O aus niedrigen Beweggründen zu töten, sodass auch dieses subjektive Qualifikationsmerkmal erfüllt ist.

### 3. Zwischenergebnis

Somit hatte T Tatentschluss zur heimtückischen Tötung der O aus niedrigen Beweggründen.

### III. Unmittelbares Ansetzen

Indem T die Granate warf, überschritt er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ und nahm eine Handlung vor, die bei ungestörtem Fortgang der Geschehnisse ohne wesentliche Zwischenakte zum Tod der O führen sollte und bereits eine konkrete Rechtsgutsgefährdung herbeiführte. Mithin setzte T unmittelbar an.

### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

Dabei handelte er auch rechtswidrig und schuldhaft.

*Hinweis:* Diese knappe Feststellung zu Rechtswidrigkeit und Schuld reicht aus und erspart Schreibearbeit, die – mangels Problemen – an dieser Stelle ohnehin keine Punkte bringen würde.

### V. Rücktritt

T könnte jedoch gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 straffbefreiend von dem Versuch zurückgetreten sein, indem er die zweite Granate nicht mehr warf und sich auf den Nachhauseweg machte.

#### 1. Kein Fehlschlag

Zunächst stellt sich die Frage, ob ein straffbefreiender Rücktritt überhaupt möglich war. Dann dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn der Täter erkennt, dass er den Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitliche Zäsur herbeiführen kann.<sup>21</sup> Die weitere Ausführung war dem T objektiv nicht möglich, da es sich bei der zweiten Granate nur um eine Attrappe handelte. Argumentiert man mit dem Zweck der Möglichkeit des straffbefreienden Rücktritts, nämlich dem Opferschutz, so könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass dem T der Rücktritt hier versagt bleiben müsse, weil für die O objektiv keine Gefahr mehr vorlag. Jedoch ist zu beachten, dass die Versuchsstrafbarkeit sich maßgeblich an der Vorstellung des Täters orientiert. Gleiches muss daher auch bezogen auf den Rücktritt gelten (sog. „Rücktrittshorizont“<sup>22</sup>). Da T nach dem Wurf der ersten Handgranate glaubte, noch eine weitere funktionstaugliche Granate zu haben und O hiermit nochmals angreifen zu können, hatte T nach seiner Vorstellung noch ein taugliches Tatmittel, welches er nicht mehr benutzte. T ist also die Möglichkeit des straffbefreienden Rücktritts zu belassen. Der Versuch war mithin nicht fehlgeschlagen.

*Hinweis:* Die hiesige Konstellation ist kein sog. „Denkzettel-Fall“.<sup>23</sup> Es kommt dem T schließlich nicht auf die Verwirklichung außertatbestandlicher Ziele an. Die O le-

<sup>18</sup> Rengier (Fn. 9), Rn. 33.

<sup>19</sup> Küper (Fn. 8), S. 102.

<sup>20</sup> BGHSt 47, 130.

<sup>21</sup> Joecks (Fn. 3), § 24 Rn. 15 ff.

<sup>22</sup> BGH NSTz 2002, 427.

<sup>23</sup> Vgl. Joecks (Fn. 3), § 24 Rn. 23.

diglich zu verletzen um ihr einen „Denkzettel“ zu verpassen, entspricht nicht Ts Plan.

2. Rücktrittsbedingungen

Ob der Täter die Tatausführung lediglich aufgeben muss, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, oder ob er aktiv die Vollendung abwenden muss, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, hängt davon ab, in welchem Versuchsstadium er sich befindet. Ist der Versuch unbeendet, so ergeben sich die Rücktrittsbedingungen aus § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1. Der Versuch ist unbeendet, wenn der Täter meint, noch nicht alles zur Herbeiführung des Erfolges Erforderliche getan zu haben. T erkannte, dass die geworfene Granate die O noch nicht getötet hatte. Mithin war der Versuch unbeendet. T unternahm nichts, um den Erfolg doch noch herbeizuführen, sodass er die Tat i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 aufgab.

3. Freiwilligkeit

Weiterhin müsste T die Tatausführung freiwillig aufgegeben haben. Freiwillig handelt, wer die Tat aus autonomen Motiven, also auf Grund einer freien Willensbildung, aufgibt.<sup>24</sup> T entschließt sich aus freien Stücken, die zweite Handgranate nicht mehr zu werfen, weil er diese für eine andere Gelegenheit aufbewahren will. Er handelt also freiwillig.

4. Zwischenergebnis

Somit ist T nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 strafbefreiend vom Versuch, die O heimtückisch und aus niedrigen Beweggründen zu töten, zurückgetreten.

*Hinweis:* Wegen des strafbefreienden Rücktritts kann eine Auseinandersetzung mit Restriktionskriterien zu den Mordmerkmalen, die nicht auf der Tatbestandsebene, sondern erst auf der Rechtsfolgenseite ansetzen, dahinstehen.

VI. Ergebnis

Somit hat sich T nicht gemäß §§ 211 Abs. 1, 212 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 strafbar gemacht, indem er die Granate in Os Hausflur warf.

B. Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5

Jedoch könnte sich T gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5 strafbar gemacht haben, indem er die Granate auf O warf.

I. Objektiver Tatbestand

1. § 223 Abs. 1

Unter einer körperlichen Misshandlung versteht man jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>25</sup>

Eine Gesundheitsschädigung liegt im Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen (= krankhaften) Zustandes.

O ist schwer verletzt. Es ist also sowohl ihr körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt als auch ein pathologischer Zustand herbeigeführt worden.

2. § 224 Abs. 1

a) Nr. 2 Alt. 1

Eine Handgranate – als Waffe im Sinne des WaffG – stellt eine Waffe i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 dar. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 ist erfüllt.

b) Nr. 3

Ein Überfall ist ein überraschender oder unerwarteter Angriff; hinterlistig ist dieser, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.<sup>26</sup> Bezogen auf die planmäßige Tätigkeit ist das Merkmal des hinterlistigen planmäßigen Überfalls somit enger als das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit bei der Heimtücke.<sup>27</sup>

*Hinweis:* An dieser Stelle sollte der Bearbeiter daher keinesfalls lediglich auf die obigen Ausführungen zur Heimtücke verweisen.

Vorliegend hat T planmäßig seine wahre Absicht verdeckt, indem er sich hinter dem Busch versteckt hielt. Auch das Merkmal des hinterlistigen Überfalls hat T also verwirklicht.

c) Nr. 5

Voraussetzung für eine das Leben gefährdende Behandlung ist eine abstrakte und keine konkrete Gefährdung des Lebens. Zwar ist O schwer, aber nicht lebensgefährlich verletzt; jedoch ist bei dem Wurf einer Handgranate in die unmittelbare Nähe einer Person eine abstrakte Lebensgefährdung zu bejahen. Auch die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 5 ist somit erfüllt.

II. subjektiver Tatbestand der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5

Der erforderliche Vorsatz zur gefährlichen Körperverletzung ist als „Minus“ im Tötungsvorsatz enthalten.<sup>28</sup>

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich wegen des Wurfs der Handgranate einer gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5 strafbar gemacht.

<sup>24</sup> Joecks (Fn. 3), § 24 Rn. 21.

<sup>25</sup> Joecks (Fn. 3), § 223 Rn. 4; Küper (Fn. 7), S. 232 f.

<sup>26</sup> Joecks (Fn. 3), § 224 Rn. 27; Küper (Fn. 8), S. 302 f.

<sup>27</sup> BGH NSTZ 2005, 97; Rengier (Fn. 9), § 14 Rn. 18.

<sup>28</sup> Rengier (Fn. 9), § 21 Rn. 3.

*Hinweis:* Da die Körperverletzung vollendet ist, darf hier keinesfalls ein Rücktritt geprüft werden.

**C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

T ist strafbar nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5.

*Hinweis:* Ein Gesamtergebnis und die Konkurrenzen gehört als Abschluss in jede Strafrechtsklausur, d.h. Ihre Bearbeitung endet immer (!) mit dem Prüfungspunkt: „Gesamtergebnis und Konkurrenzen“.<sup>29</sup> Im vorliegenden Fall erübrigt sich eine Erörterung der Konkurrenzen, da T sich – im Ergebnis – nur nach einem Delikt strafbar gemacht hat.

---

<sup>29</sup> Lehrreich zum Umgang mit den Konkurrenzen: *Steinberg/Bergmann*, Jura 2009, 905.

## Entscheidungsanmerkung

### Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht

**Der Erfüllungsort der Nacherfüllung hat im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches keine eigenständige Regelung erfahren. Für seine Bestimmung gilt daher die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB.**

**Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte. (Amtliche Leitsätze)**

BGB §§ 269, 439

BGH, Urt. v. 13.4.2011 – VIII ZR 220/10 (OLG Koblenz, LG Koblenz)<sup>1</sup>

### I. Rechtsgebiet und Problemstellung und Examensrelevanz

Im zehnten Jahr nach Inkrafttreten des reformierten Schuldrechts hat sich der u.a. für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH zu einer der umstrittensten Fragen der Schuldrechtsreform geäußert. Wo befindet sich der Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht?

Vorab sei festgestellt: Auch wenn man dem BGH in dem einen oder anderen Punkt im Ergebnis womöglich nicht folgen mag, hat er ein Urteil vorgelegt, in dem er seine Auffassung in ungewöhnlicher Ausführlichkeit auf knapp dreißig Druckseiten, versehen mit 55 Randnummern, begründet hat. Die seit dem 24. Mai im Volltext vorliegende Entscheidung wirft ein ganzes Bündel von examensrelevanten Problemen auf, die an dieser Stelle zunächst aufgezeigt werden sollen. Eine tiefgründigere Auseinandersetzung mit den zum Teil ungemein schwierigen und grundsätzlichen Fragestellungen bleibt weiteren ausführlichen Abhandlungen vorbehalten.

Die Problemstellung des zu entscheidenden Falls verblüfft auf den ersten Blick durch ihre Einfachheit. Zu Grunde zu legen ist ein alltäglicher Fall, bei dem sich der Käufer einer beweglichen Sache in das Ladengeschäft eines Verkäufers begibt und die erworbene Ware in seine Wohnung, befinde sie sich in der selben Stadt oder nicht, mitnimmt. Die Besonderheiten des tatsächlich vom BGH entschiedenen Falls, in dem es sich zum einen um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt und zum anderen die Ware entgegen der ursprünglich im Kaufvertrag getroffenen Vereinbarung an den Wohnort des Käufers geliefert wurde, können hier übergangen werden. Man mag also, um die einzelnen Fragen der aktuellen Entscheidung möglichst einfach und

eingängig darzustellen, von einem Fall ausgehen, in dem ein Käufer eine recht unproblematisch zu transportierende Ware, angenommen einen Fernseher, in einem Laden kauft und in seine Wohnung bringt. Innerhalb der Gewährleistungsfrist zeigt sich ein nicht unerheblicher Mangel, z.B. ein sich vergrößernder Haarriss auf dem Bildschirm. Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass es sich um einen Mangel im Sinne des § 434 BGB und eine erhebliche Pflichtverletzung im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB handelt. Die einzige und zentrale Frage des Falls richtet sich darauf, ob der Käufer verpflichtet ist, den Fernseher zum Zwecke der Nacherfüllung in den Laden des Verkäufers zu transportieren bzw. transportieren zu lassen oder er vielmehr die Hände in den Schoß legen und den Verkäufer bitten kann, das defekte Gerät abzuholen, zu reparieren und wieder anzuliefern bzw. gegebenenfalls sofort ein Ersatzgerät zu liefern.

Der Senat hat, wie bereits angedeutet, ausführlich zu den einzelnen Problemen, sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht, Stellung bezogen.

### II. Kernaussagen und Würdigung

#### 1. Bestimmungsgemäßer Belegenheitsort der Sache ist nicht grundsätzlich Erfüllungsort der Nacherfüllung

In der Literatur wird vielfach, wohl auch überwiegend, die Auffassung vertreten, dass der Erfüllungsort der Nacherfüllung unabhängig davon, wo sich der Erfüllungsort des ursprünglichen Leistungsanspruchs befunden hat, am bestimmungsgemäßen *Belegenheitsort* der Sache liegt.<sup>2</sup> Dem tritt der Senat nun entgegen. Er kommt zu dem Schluss, dass sich aus den Vorschriften des Kaufrechts nicht ergibt, wo die Nacherfüllung zu erfolgen hat.

a) Dazu stellt der BGH zunächst fest, dass aus der Verwendung des Begriffs „Lieferung“ in § 439 Abs. 1 BGB nicht etwa der Schluss gezogen werden könne, dass der Verkäufer stets dazu verpflichtet sei, die Nacherfüllung am Wohnort bzw. Aufenthaltsort des Käufers zu erbringen. Die Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache bedeute nicht, dass dem Verkäufer die Erfüllung einer Bringschuld auferlegt werde.<sup>3</sup>

b) Ebenso wenig folge die grundsätzliche Verlegung des Erfüllungsorts an den Belegenheitsort der Sache aus § 439 Abs. 2 BGB.<sup>4</sup> Nach Maßgabe der Vorschrift hat der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen. Daraus sei aber, so der Senat, nicht der Schluss zu ziehen, dass die Regelung Einfluss auf den Erfüllungsort der Nacherfüllung habe. Es handele sich um nichts anderes als eine reine *Kostentragungsregelung* hinsichtlich der Nacherfüllung, die der Umsetzung von Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie diene, wonach die Nacherfüllung für den Käufer als Verbraucher unentgeltlich erfolgen muss. Diese reine Kostentragungsregelung könne auch nicht als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Erfül-

<sup>2</sup> Nachweise zum Schrifttum unter Rn. 16 der Entscheidungsgründe.

<sup>3</sup> Rn. 22 der Entscheidungsgründe.

<sup>4</sup> Rn. 23 ff. der Entscheidungsgründe.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

lungsorts der Nacherfüllung dienen. Insbesondere schulde der Verkäufer auf Grundlage des § 439 Abs. 2 BGB nicht etwa den Transport, sondern allein die Übernahme der Kosten.<sup>5</sup>

c) Schließlich stellt der BGH fest, dass sich die Situation bei der Befriedigung des Nacherfüllungsverlangens nicht vergleichen lasse mit der Rückabwicklung der erbrachten Leistungen infolge der Ausübung des Rücktritts- oder Widerrufsrechts.<sup>6</sup> Während Ziel der Nacherfüllung gerade die Herbeiführung des vertragsgemäßen Zustands sei, komme es infolge des Rücktritts oder Widerrufs gerade zur Beendigung und Rückabwicklung des Vertrags.

Angemerkt sei allerdings an dieser Stelle, dass der Gesetzgeber in § 439 Abs. 4 BGB durchaus die entsprechende Anwendung des § 346 BGB für den Fall angeordnet hat, dass dem Käufer im Zuge der Erfüllung des Nachlieferungsanspruchs eine andere, mangelfreie Sache geliefert wird und sich die Frage der Rückgabe der zunächst gelieferten Ware stellt. Hier ist die Problematik des „Quelle“-Verfahrens angesiedelt.<sup>7</sup>

d) Im Ergebnis stellt der *Senat* fest, dass dem Kaufrecht keine Aussage zu der Frage des Erfüllungsorts im Rahmen der Nacherfüllung zu entnehmen ist. Die Frage, ob der zu Grunde liegenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dahingehende Vorgaben zu entnehmen sein könnten, wird insoweit zunächst nicht aufgeworfen. Darauf wird noch einzugehen sein.

## 2. Vorrang der vertraglichen Bestimmung

Wenn nun das Kaufrecht zu der hier diskutierten Frage nach Auffassung des BGH schweigt, sieht er sich nicht gehindert, die allgemeinen Regelungen des allgemeinen Schuldrechts zur Anwendung kommen zu lassen. Hier wendet der *Senat* nun § 269 Abs. 1 BGB an und stellt fest, dass in erster Linie die zwischen den Parteien getroffenen *Vereinbarungen* Vorrang genießen. Mit anderen Worten: Vereinbaren die Vertragspartner, dass die Nacherfüllung an diesem oder jenem Ort stattzufinden hat, so gibt der Inhalt dieser Vereinbarung Maß.

Spätestens an dieser Stelle hätte sich aber die Frage der Vorlage an den EuGH stellen müssen. Immerhin bestimmen Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass der Verbraucher einen Anspruch auf *Ersatzlieferung* hat. Nicht ausgeschlossen ist es jedenfalls, dass der Begriff der Ersatzlieferung durch den allein dafür zuständigen EuGH dahingehend ausgelegt würde, dem Verbraucher den Anspruch auf tatsächliche Lieferung der Ersatzware nach Hause einzuräumen. Wäre dies aber der Fall, stünde die zu Gunsten des Verbrauchers zwingende Wirkung des Verbrauchsgüterkaufrechts einer vertraglichen Vereinbarung über den Erfüllungsort der Nacherfüllung entgegen. Eine Anwendung des § 269 Abs. 1 BGB, wie sie der BGH nun vornimmt, verstieße gegen die Vorgaben der Richtlinie. Der Vorabentscheidung

des EuGH über die Auslegung des Begriffs „Ersatzlieferung“ hätte es bedurft.

## 3. Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Schuldverhältnisses

Liegt eine Vereinbarung über den Erfüllungsort der Nacherfüllung nicht vor, so sollen nach dem Willen des BGH die Umstände des konkreten Vertrags Ausschlag dafür geben, wo die Nacherfüllung zu erfolgen hat. Zu berücksichtigen seien, so der *Senat*, „die Ortsgebundenheit und Art der vorzunehmenden Leistung [...], die Verkehrssitte, örtliche Gepflogenheiten und eventuelle Handelsbräuche“.<sup>8</sup>

Durchaus beachtlich sind die in diesem Zusammenhang erfolgenden Ausführungen des *Senats* vor dem Hintergrund, dass es sich um eine Materie des Verbraucherprivatrechts handelt. Während man schon über die vorstehend zitierte Formulierung stolpern mag, dass Handelsbräuche im Verbrauchsgüterkaufrecht Maß geben, stellt der BGH nun fest: „In vielen Fällen wird der Erfüllungsort nach den Umständen des Falles am Sitz des Verkäufers anzusiedeln sein. Bei Geschäften des täglichen Lebens, etwa beim Kauf im Ladengeschäft, entspricht es der Verkehrsauffassung, dass die Kunden ihre Reklamationen regelmäßig unter Vorlage der mangelhaften Ware am Sitz des Verkäufers vorbringen“.<sup>9</sup> Daraus folgt, dass der Verbraucher einen womöglich bestehenden Anspruch auf Vornahme der Nacherfüllung in seiner Wohnung dadurch verliert, dass er sich regelmäßig mit defekten Sachen in das Ladengeschäft des Verkäufers begibt. Anders gewendet: Gelänge es verbraucherschützenden Organisationen, ihre Klientel dazu zu bewegen, defekte Ware nicht ins Geschäft zu tragen, sondern den Verkäufer um Abholung zu bitten, führte dies infolge der Übung zur Verlagerung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung.

Befallen einen schon schwerwiegende Zweifel, ob dies richtig sein kann, scheint die Rechtsicherheit im nächsten Schritt erheblich in Gefahr zu geraten. Der *Senat* stellt nämlich fest, dass sich alles ändert, wenn die mangelhafte Ware in bestimmter Art und Weise verwendet wurde. „Dagegen erweist sich eine Gleichsetzung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung mit dem Sitz des Verkäufers insbesondere in den Fällen als unangemessen, in denen es um die Nachbesserung von Gegenständen geht, die der Käufer an ihrem Bestimmungsort auf- oder eingebaut hat, oder in denen ein Rücktransport aus anderen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zu bewerkstelligen wäre.“<sup>10</sup> Wendet man dies nun auf den eingangs gebildeten Fall an, ergibt sich folgendes Bild: Erkennt der Käufer den Mangel an dem Fernseher, wenn er ihn in seiner Wohnung auspackt, liegt der Erfüllungsort der Nacherfüllung im Laden des Verkäufers, und der Käufer hat den Transport zu organisieren. Hat der Käufer den Flachbildschirm aber bereits aufwendig an die Wand montiert, verlagert sich der Erfüllungsort in seine Wohnung. Kann dies stimmen?

<sup>5</sup> Rn. 25 der Entscheidungsgründe.

<sup>6</sup> Rn. 28 der Entscheidungsgründe.

<sup>7</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06 (Quelle) = Slg. 2008, I-2685 = NJW 2008, 1433, dazu *Staudinger*, ZJS 2008, 309 und BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427.

<sup>8</sup> Rn. 30 der Entscheidungsgründe.

<sup>9</sup> Rn. 33 der Entscheidungsgründe.

<sup>10</sup> Rn. 34 der Entscheidungsgründe.



#### 4. § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage

Der *Senat* wendet sich dann doch noch der Frage zu, ob seine Lösung mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar ist und weist zu Recht darauf hin, dass nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben die Nacherfüllung unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen habe. Gerechtfertigt werden will der *Senat* den europäischen Vorgaben dadurch, dass er § 439 Abs. 2 BGB nun die Qualität einer Anspruchsgrundlage zuweist, die dem Käufer nicht nur einen Ersatz- sondern auch einen Vor-schussanspruch gewährt. Der Käufer ist danach in dem Fall, dass der Erfüllungsort der Nacherfüllung beim Verkäufer liegt, allein verpflichtet, den Transport zu organisieren, nicht aber ihn vorzufinanzieren.

Allerdings stellt sich auch hier wieder das Problem, ob es nicht einer Vorlage an den EuGH hinsichtlich der Frage bedürft hätte, ob es erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher mit sich bringt, wenn er den Transport der Ware zu organisieren hat.

Der *Senat* sieht durch die Richtlinie „gewisse Wertungsspielräume eröffnet“<sup>11</sup>, die er selbst nutzen möchte, und tut dies auch. Er hält ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten im Zuge der Organisation des Transports für zumutbar.<sup>12</sup> Man mag die vorsichtige Frage stellen, wie sich dies mit dem Auslegungsmonopol des EuGH hinsichtlich der Richtlinie verträgt.

So schön ein Kostenersatzanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB für den Verbraucher auf den ersten Blick auch sein mag, scheint eines klar zu sein: Stellt sich später heraus, dass ein Mangel in Wahrheit nicht vorlag, bleibt der Verbraucher auf den Transportkosten sitzen.

#### 5. Zumutbarkeit des Transports abhängig von der Entfernung

Ein wenig verblüffend erscheinen die abschließenden Erörterungen des *Senats*. Die Zumutbarkeit der Organisation des Transports durch den Käufer soll abhängig davon sein, wie weit der Wohnort des Käufers vom Sitz des Verkäufers entfernt ist.<sup>13</sup> Soll nun wiederum der Erfüllungsort der Nacherfüllung abhängig davon sein, ob der Verbraucher den Fernseher in seiner Heimatstadt oder während eines Wochenendaufenthalts in einer 100, 500, 800 Kilometer entfernten Stadt erworben hat?

### III. Ergebnis

Einige der offenen Probleme der vorliegenden, außergewöhnlich examensrelevanten Entscheidung sind an dieser Stelle nur angerissen worden. Im Kern muss sich der *Senat* allerdings fragen lassen, ob der Fall tatsächlich entschieden werden konnte, ohne dass man den EuGH angerufen hat.

*Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld*

<sup>11</sup> Rn. 38, auch schon in Rn. 35 der Entscheidungsgründe.

<sup>12</sup> Rn. 43 der Entscheidungsgründe.

<sup>13</sup> Rn. 55 der Entscheidungsgründe.

## Entscheidungsanmerkung

### Kein Schadensersatzanspruch des Mieters bei formell rechtsunwirksamer Eigenbedarfskündigung des Vermieters

**Die Angabe der Gründe für die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses ist eine bloße Obliegenheit des Vermieters, aus deren Verletzung der Mieter keine Schadensersatzansprüche (hier: Kosten eines außergerichtlich eingeschalteten Anwalts) herleiten kann. (Amtlicher Leitsatz)**

BGB § 280 Abs. 1 S. 1

BGH, Urt. v. 15.12.2010 – VIII ZR 9/10 (LG Potsdam, AG Potsdam)<sup>1</sup>

#### I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung betrifft einen mietrechtlichen Sachverhalt, behandelt jedoch im Kern eine Frage des allgemeinen Schuldrechts und ist damit in hohem Maße ausbildungsrelevant. Konkret geht es um die Reichweite der Schutz- und Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB.

2. Die Vermieter einer Wohnung hatten den Mietern das Mietverhältnis gekündigt und sich dabei auf § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB berufen, ohne jedoch ihren – tatsächlich vorliegenden – Eigenbedarf näher zu begründen. Die Kündigung war damit formell rechtsunwirksam. Denn ein pauschaler Hinweis auf Eigenbedarf genügt dem Begründungserfordernis nach § 573 Abs. 3 S. 1 BGB nicht. Vielmehr müssen die jeweiligen Gründe im Kündigungsschreiben ausreichend substantiiert dargelegt werden.<sup>2</sup> Dies soll dem Mieter ermöglichen, zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Position zu erlangen und rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen.<sup>3</sup> Ein im Streitfall von den Mietern beauftragter Rechtsanwalt wies die Kündigung denn auch zurück. Später kündigten die Vermieter erneut unter hinreichender Darlegung der Eigenbedarfsgründe und erwirkten ein Räumungsurteil. Die Mieter verlangen nun im vorliegenden Verfahren Ersatz ihrer Kosten für die Einschaltung des Rechtsanwaltes anlässlich der formell unwirksamen Kündigung.

3. Eine Schwierigkeit mag für Studierende schon darin bestehen, die richtige Anspruchsgrundlage zu finden, geht es doch vorliegend nicht um die Verletzung einer Leistungspflicht aus dem Mietverhältnis. In § 241 Abs. 2 BGB wird allerdings klargestellt, dass aus dem Schuldverhältnis nicht nur Leistungs-, sondern auch sogenannte Schutz- oder Rück-

sichtnahmepflichten erwachsen können, dass nämlich die Parteien nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses auch dazu verpflichtet sein können, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen. Verstößt eine Partei dagegen, so liegt – ebenso wie bei der Leistungspflichtverletzung – eine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 S. 1 BGB vor und kann die andere Seite auch hier unter der weiteren Voraussetzung des – nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vermutenden – Verschuldens Schadensersatz verlangen.

4. In casu kam es damit also entscheidend darauf an, ob den Vermieter von Wohnraum eine Schutz- oder Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB trifft, eine formell rechtswidrige Eigenbedarfskündigung zu unterlassen.

#### II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der BGH hält einen Verstoß gegen eine Nebenpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB nicht für gegeben. Zwar hält er an der bisherigen ständigen Rechtsprechung fest, nach der sich ein Vermieter wegen Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht schadensersatzpflichtig macht, der schuldhaft – insbesondere unter Angabe falscher Tatsachen – eine materielle unberechtigte Kündigung ausspricht und dem Mieter auf diese Weise die weitere Nutzung des Mietobjekts vorwerfbar streitig macht.<sup>4</sup>

2. Der Senat lehnt es aber ab, diese zum Fehlen eines materiellen Kündigungsgrundes ergangene Rechtsprechung auf die vorliegende Situation zu übertragen, in der lediglich eine formelle Kündigungsvoraussetzung, i.e. die hinreichende Angabe der Gründe für den Eigenbedarf des Vermieters im Kündigungsschreiben fehlte, ein Kündigungsgrund aber tatsächlich bestand.

3. In dem formellen Begründungserfordernis sieht der BGH keine Schutz- oder Rücksichtnahmepflicht, sondern eine bloße Obliegenheit, die der Vermieter im eigenen Interesse zur Vermeidung von Rechtsnachteilen zu beachten habe.<sup>5</sup> Der Vermieter mache dem Mieter den Besitz der Mietsache nicht vorwerfbar streitig, wenn er einen materiell bestehenden Kündigungsgrund nicht oder nicht ausreichend darlege.<sup>6</sup> Vor allem aber stellt der BGH auf die Ratio des Begründungserfordernisses ab: Dem Interesse des Mieters, die Kündigungsgründe frühzeitig zu erfahren und die Wahrnehmung seiner Rechte darauf einzustellen, werde bereits durch die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der unzureichend begründeten Kündigung umfassend Rechnung getragen.<sup>7</sup> Angesichts der sich schon aus dem Begründungsmangel ergebenden Unwirksamkeit sei für den Mieter nicht mehr von Bedeutung, welche Gründe den Vermieter zu der ausgesprochenen Kündigung veranlasst hätten. Die rechtliche Beurteilung aber, ob eine Kündigung dem gesetzlichen Begründungserfordernis genüge, sei dem eigenen Risikobereich des Mieters zuzuordnen, weswegen Anwaltskosten, die ihm in-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (31.5.2011) abrufbar und veröffentlicht in NJW 2011, 914.

<sup>2</sup> S. dazu die Nachw. bei Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 573 Rn. 47 f.

<sup>3</sup> S. Rn. 10 der Entscheidungsgründe, unter Verweis auf BT-Drs. 6/1549, S. 6 f. zur Vorgängerregelung des § 564a Abs. 1 S. 1 BGB a.F.; in diesem Sinne auch BGH NJW 2006, 1585 (1587).

<sup>4</sup> S. Rn. 8 der Entscheidungsgründe m.w.N.

<sup>5</sup> S. Rn. 11 der Entscheidungsgründe.

<sup>6</sup> S. Rn. 9 der Entscheidungsgründe.

<sup>7</sup> S. Rn. 10 der Entscheidungsgründe.

soweit außerhalb eines Prozesses zur Wahrnehmung seiner Interessen entstünden, nicht erstattungsfähig seien.<sup>8</sup>

4. Die Argumentation des BGH begegnet erheblichen Bedenken.<sup>9</sup> Das Verständnis der Begründungspflicht im Sinne einer bloßen Obliegenheit überzeugt nicht. Denn auch wenn der Begründungsmangel bereits die Unwirksamkeit der Kündigung nach sich zieht, so ändert dies doch nichts daran, dass selbst derjenige juristische Laie, der die mangelnde Wirksamkeit erahnt, vernünftigerweise einen Rechtsanwalt aufsuchen wird, um sich Klarheit über das weitere Schicksal des Mietverhältnisses und etwaige notwendige Schritte von seiner Seite zu verschaffen. Der Schutz des materiellen Rechts ist eben in Wahrheit umfassend nur für denjenigen, der die Rechtslage genau kennt und weiß, dass er nicht reagieren muss.

5. Davon abgesehen erscheint die Entscheidung inkonsequent, greift doch auch bei materiell unwirksamer Kündigung bereits die gesetzliche Sanktion der Unwirksamkeit der Kündigung ein und hätte folgerichtig dort ebenfalls ein Ersatz der im eigenen Interesse zur Abwehr der Kündigung aufgewendeten Anwaltskosten zu unterbleiben.<sup>10</sup>

6. Die Annahme einer bloßen Obliegenheit zu formell einwandfreier Kündigung steht schließlich in Widerspruch zu der – auch im Mietrecht<sup>11</sup> – im Vordringen begriffenen Ansicht, wonach der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann, wenn er eine Klausel verwendet, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach der Rechtsprechung unzulässig ist, bei Verschulden aus culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) auf Schadensersatz haftet.<sup>12</sup> Folgt man dem BGH in seiner Prämisse eines bereits durch die materiellrechtliche Unwirksamkeit gewährleisteten hinreichenden Schutzes, so müsste man sich auch hier auf den Standpunkt stellen, dass der Verwendungsgegner bereits durch die Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 307-309 BGB umfassend geschützt werde und die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts zur Klärung der Zulässigkeit der jeweiligen Klausel nur Wahrnehmung eigener Interessen des Verwendungsgegners sei.

7. Die besseren Gründe sprechen deshalb für eine echte Schutz- bzw. Rücksichtnahmepflicht des Vermieters i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB, eine formell unwirksame Kündigung zu unterlassen und für eine Ersatzfähigkeit der Kosten angemessener außergerichtlicher Rechtsverfolgung aus § 280 Abs. 1 BGB, sofern es nicht ausnahmsweise an einem Verschulden des Vermieters fehlt.

8. Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität besteht hier allerdings noch die Besonderheit, dass der Geschädigte die Kosten für den Rechtsanwalt sehenden Auges selbst verursacht hat. Dies hindert jedoch in Übereinstimmung mit den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen deren Einordnung als unfreiwillig erlittenen Schaden nicht und zwingt insbesondere nicht zur Annahme freiwilliger Aufwendungen, sofern man nur die Einschaltung eines Rechtsanwaltes nach den Umständen für zweckmäßig oder gar erforderlich erachten muss<sup>13</sup>, was mit Blick auf die Komplexität des Wohnraummietrechts vorliegend zu bejahen wäre.

*Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg*

<sup>8</sup> S. Rn. 11 der Gründe des vorliegenden Urteils.

<sup>9</sup> Kritisch bereits *Börstinghaus*, jurisPR-ZivilR 4/2011 Anm. 3.

<sup>10</sup> In diesem Sinne bereits *Börstinghaus*, jurisPR-ZivilR 4/2011 Anm. 3, unter C.

<sup>11</sup> S. nur *Artz*, NZM 2007, 265 (272); *Schmidt*, WuM 2010, 191 (195); *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 538 Rn. 207; *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 535 Rn. 126.

<sup>12</sup> In diesem Sinne etwa BGH NJW 1988, 197 (198); BGH NJW 1984, 2816 (2817), dazu ausf. *Schmidt*, WuM 2010, 191 m.w.N.

<sup>13</sup> Allg. dazu BGH NJW 2004, 444 (446); w. Nachw. bei *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 249 Rn. 57.

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Erschließungsverträge mit kommunalen Eigengesellschaften

**1. Die Regelung über den Erschließungsvertrag in § 124 BauGB ist gegenüber denjenigen über die Zulässigkeit und den Gegenstand städtebaulicher Verträge in § 11 BauGB die speziellere Norm.**

**2. Eine von der Gemeinde (ganz oder mehrheitlich) beherrschte sog. Eigengesellschaft ist kein Dritter i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB, auf den die Gemeinde die Erschließung durch Vertrag übertragen kann.**

**3. Eine Übertragung i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB liegt nicht vor, wenn sich die Gemeinde in dem Erschließungsvertrag umfangreiche Befugnisse vorbehält, die praktisch auf ein unbeschränktes Recht zur Selbstvornahme hinauslaufen. (Amtliche Leitsätze)**

BauGB §§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 124 Abs. 1 bis 3, 127 ff.

BGB §§ 288, 291, 415, 812 ff.

GVG § 17a Abs. 5

*BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09*

#### I. Sachverhalt und Problemstellung

##### 1. Sachverhalt

Die Parteien streiten um die Rückzahlung von Erschließungsbeiträgen. Die Kläger hatten von der Gemeinde ein Grundstück in einem Erschließungsgebiet erworben und waren in den zwischen der Gemeinde und der beklagten Erschließungsgesellschaft – einer kommunalen Eigengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH – bestehenden Erschließungsvertrag eingetreten (§ 415 BGB). Aufgrund dessen wurden von den Klägern Abschlagszahlungen auf die Erschließungskosten geleistet, welche die Kläger zurückforderten. Hinsichtlich der an die kommunale Eigengesellschaft gezahlten Beiträge erhoben die Kläger zunächst vor dem Landgericht Leistungsklage auf Rückzahlung und stützten den Anspruch auf die Nichtigkeit des Erschließungsvertrages gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB, § 124 BauGB. Der Erschließungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 124 Abs. 1 BauGB nichtig, da die kommunale Erschließungsaufgabe nicht wirksam auf die Beklagte habe übertragen werden können.<sup>1</sup> Das Landgericht verwies den Rechtsstreit gemäß § 17a GVG an das Verwaltungsgericht, weil es den Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO als eröffnet ansah.

<sup>1</sup> § 124 Abs. 1 BauGB meint keine Übertragung der Erschließungslast. Diese verbleibt bei der Gemeinde: BT-Drs. 12/3944, S. 29; Löhr, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, 11. Aufl. 2009, § 124 Rn. 4; *Driehaus*, BauR 1999, 862 (864); *Driehaus*, in: *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow*, Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl. 2002, § 124 Rn. 8; *Grziwotz*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Stand: 96. EL 2010, § 124 Rn. 44; BVerwG, Urt. v. 22.8.1975 – 4 C 7.73.

Das Verwaltungsgericht<sup>2</sup> und der Verwaltungsgerichtshof<sup>3</sup> wiesen die Klage auf Rückzahlung der Beiträge ab. Hiergegen legten die Kläger Revision zum BVerwG ein, das die Beklagte antragsgemäß verurteilte.

##### 2. Problemstellung

Diese Entscheidung wirft Fragen der Auslegung des § 124 Abs. 1 BauGB auf, die für die Beurteilung der Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrages im Sinne des § 54 S. 1 VwVfG<sup>4</sup> entscheidend sind. Diese Fragen stellen sich unabhängig davon, ob man der – für das BVerwG gemäß § 17a Abs. 5 GVG verbindlichen – Entscheidung des zunächst angerufenen Landgerichts die Rechtswegfrage betreffend folgt.<sup>5</sup>

Hintergrund des unter 1. Skizzierten ist die Ausgestaltung des Erschließungsbeitragsrechts (§§ 127 ff. BauGB), das bestimmte Begrenzungen der Beitragserhebung der Gemeinden gegenüber den Grundstückseigentümern vorsieht (§§ 127 Abs. 2, 129 Abs. 1 S. 3 BauGB). Diese Begrenzungen bestehen nicht, wenn ein Vertrag im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB geschlossen wird. Vereinfacht gesagt: Der Abschluss eines Erschließungsvertrages und die vertragliche Überwälzung der Kosten auf die Grundstückseigentümer stellt sich für die Gemeinde schlicht günstiger dar, als die Erschließungsmaßnahmen selbst durchzuführen.

Im Kern geht es um die Problematik, ob eine Eigengesellschaft „Dritter“ im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB ist, sowie um die Frage, wann eine Aufgabe im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB „übertragen“ wird. Ob eine kommunale Eigengesellschaft wie die Beklagte „Dritter“ im Sinne des § 124 BauGB sein kann, ist streitig.<sup>6</sup> Während man dies bei einer rein formalen<sup>7</sup> und weiten Betrachtung bejahen kann, kann eine eingehende Untersuchung des § 124 Abs. 1 BauGB zum gegenteiligen Ergebnis, nämlich einem engen Verständnis der

<sup>2</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 8.11.2007 – 2 K 2708/07.

<sup>3</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 23.10.2009 – 2 S 424/08.

<sup>4</sup> Zur Rechtsnatur des Vertrages vgl. *Hoffmann*, in: BeckOK BauGB, Edition 13, § 124 Rn. 9; *Löhr* (Fn. 1), § 124 Rn. 3; BGH NVwZ-RR 2000, 845 (845); BVerwG NVwZ 1992, 1642 (1643).

<sup>5</sup> Kritisch zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs das BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09. Für den Zivilrechtsweg spricht, dass die Grundstückseigentümer im (zivilrechtlichen) Kaufvertrag mit der Gemeinde in den Erschließungsvertrag eingetreten waren. Anspruchsgrundlage ist daher § 812 BGB.

<sup>6</sup> Dafür z.B.: *Löhr* (Fn. 1), § 124 Rn. 1; *Dirnberger*, in: *Jäde/Dirnberger/Weiß*, BauGB, 6. Aufl. 2010, § 124 Rn. 9; *Grziwotz* (Fn. 1), § 124 Rn. 94; *Grziwotz*, MittBayNot 2010, 356 (359); *Oertel*, Der Erschließungsvertrag mit der kommunalen Eigengesellschaft, 2009, S. 169 (S. 231 ff.); *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2007, 316 (317). Dagegen z.B.: *Driehaus*, BauR 1999, 862 (863 ff.); *Driehaus* (Fn. 1), § 124 Rn. 8; *Birk*, BauR 1999, 205 (207); *Quaas*, BauR 1999, 1113 (1123); *Weber*, VBl. BW 2001, 95 und nun auch BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 37 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Driehaus*, BauR 1999, 862 (863).

Norm, führen. Anders gesagt: Man kann allein darauf abstellen, dass die Eigengesellschaft als juristische Person des Privatrechts im Verhältnis zur Gemeinde rechtlich verselbstständig ist, oder man kann aufgrund des Alleineigentums der Gemeinde auf die Zugehörigkeit der Eigengesellschaft zur Gemeinde und die gesetzlich vorgesehene Einflussnahme der Gemeinde (vgl. z.B. § 104 GemO BW) abstellen. Letzterenfalls würde man die Gemeinde und ihre Eigengesellschaft als Einheit betrachten.

Folge der engen Sichtweise, d.h. der Betrachtung als Einheit, wäre, dass der Erschließungsvertrag mit der Eigengesellschaft gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB nichtig wäre, weil die Eigengesellschaft kein „Dritter“ ist. Zudem hat sich die beigeladene Gemeinde im vorliegenden Fall im Erschließungsvertrag umfangreiche Einwirkungsmöglichkeiten gesichert, die eine Aufgabenübertragung im Sinne des § 124 BauGB ausschließen könnten. So wurde ein Weisungs- und Aufsichtsrecht der Gemeinde bei der Herstellung der Erschließungsanlagen vereinbart, die technische Gestaltung und Materialverwendung in die Hände der Gemeinde gelegt und geregelt, dass die Vergabe der Erschließungsmaßnahmen des Einvernehmens bzw. der Abstimmung mit der Gemeinde bedürfen. Der Erschließungsvertrag sah also eine erhebliche – über die gesetzlich vorgesehene hinausgehende – Einflussnahme der Gemeinde auf die Eigengesellschaft vor, was die Frage aufwirft, ob überhaupt Aufgaben „übertragen“ wurden.

## II. Entscheidung

Das BVerwG gibt den Klägern Recht und setzt sich damit in Abkehr zu den Vorinstanzen. Der Erschließungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 124 Abs. 1 BauGB gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB<sup>8</sup> nichtig. Dies ergebe sich sowohl unter dem Aspekt des „Dritten“ (dazu 1.) als auch aufgrund einer fehlenden Übertragung der Erschließungsaufgabe (dazu 2.).

### 1. Eine Eigengesellschaft ist nicht „Dritter“ im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB

Eine Gemeinde könne die Erschließungsaufgabe nicht auf eine kommunale Eigengesellschaft übertragen, weil diese kein „Dritter“ im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB sei. Nach Auffassung des Gerichts sei nicht ausreichend, dass die Erschließungsgesellschaft formal-juristisch eine eigenständige juristische Person darstelle.<sup>9</sup> Aus der Gesetzeshistorie ergebe sich, dass der Gesetzgeber einen Erschließungsträger meine, der unabhängig von der Gemeinde am Maßstab der Wirtschaftlichkeit seine Entscheidungen treffe. Eine kommunale Eigengesellschaft entspreche dieser Vorstellung nicht. Auch die Gesetzessystematik gebiete ein enges Verständnis der Norm. Zuletzt sprächen auch Sinn und Zweck des Erschließungsbeitragsrechts, den durch § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB

normierten Schutz der Grundstückseigentümer dann zu durchbrechen, wenn ein Investor die Erschließung durchführe, dafür, im Falle, dass – wie hier – ein privater Investor nicht existiere, die Übertragung zu untersagen. Die Durchbrechung des Schutzes rechtfertige sich nämlich nur dann, wenn die Nachfrage nach den Grundstücken so hoch sei, dass diese neben dem Erschließungsvorteil noch eine weitergehende Wertsteigerung erfahren würden.

### 2. Unzulässigkeit einer rein formalen „Übertragung“

Das Gericht stellt weiterhin deutlich heraus, dass der Erschließungsvertrag der beklagten Eigengesellschaft in seiner konkreten Ausgestaltung kaum eigenständige Befugnisse belasse. Dies habe zur Folge, dass die Gemeinde so stehe, als wenn sie die Erschließung in Eigenregie durchführe. Da es der Gemeinde unter beitragsrechtlichen Gesichtspunkten untersagt sei, einerseits einen Vertrag im Sinne des § 124 BauGB abzuschließen und andererseits die Durchführung und die Abwicklung der Erschließungsmaßnahmen weitgehend an sich zu ziehen,<sup>10</sup> verstoße der Erschließungsvertrag in seiner konkreten Ausgestaltung gegen ein weiteres in § 124 Abs. 1 BauGB normiertes gesetzliches Verbot.

## III. Bewertung

Der Entscheidung des BVerwG ist im Hinblick auf die aufgeworfenen Fragestellungen vollumfänglich zuzustimmen. Sie entspricht dem rechtlichen Gehalt des § 124 Abs. 1 BauGB.

### 1. Die Person des „Dritten“ im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB

Es entspricht einer schulmäßigen Auslegung des § 124 Abs. 1 BauGB, dass eine kommunale Eigengesellschaft kein „Dritter“ im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB ist. Zwar lässt der Wortlaut dieses Ergebnis offen.<sup>11</sup> Die Gesetzeshistorie, die auch Sinn und Zweck der Norm verdeutlicht, sowie die Binnsystematik der Norm und deren Zusammenhang mit § 123 Abs. 1 BauGB lassen aber keinen anderen Schluss als den des BVerwG zu.

Die Auslegung ergibt zunächst, dass der Gesetzgeber als „Dritter“ einen privaten Investor meinte, da nur dieser die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Möglichkeit besitzt, „frei“ entscheiden zu können, ob er die auf die Gemeinde entfallenden Kosten gemäß § 124 Abs. 2 S. 2 BauGB übernimmt.<sup>12</sup> Dieses Zwischenergebnis deckt sich auch mit Sinn und Zweck des § 124 Abs. 2 BauGB. Mit der in § 124 Abs. 2 BauGB geregelten Möglichkeit, die Kosten vollständig auf den Erschließungsunternehmer bzw. im Ergebnis den Grundstückseigentümer bzw. -erwerber überzuwälzen, verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, einem Rückgang der Erschließungstä-

<sup>8</sup> Zur Verbotsgesetzeigenschaft vgl. auch *Quaas*, BauR 1999, 1113 (1124); *Driehaus* (Fn. 1), § 124 Rn. 8.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Driehaus*, BauR 1999, 862 (864); *Quaas*, BauR 1999, 1113 (1123).

<sup>10</sup> Dazu, dass der Gesetzgeber zwei verschiedene Wege normiert hat, vgl. auch *Driehaus*, BauR 1999, 862 (864).

<sup>11</sup> Vgl. z.B. *Weber*, VBl. BW 2001, 95 (96); a.A. z.B. *Quaas*, BauR 1999, 1113 (1123).

<sup>12</sup> BT-Drs. 12/3944, S. 29.

tigkeit und einer geringeren Bereitstellung von Wohnbauland entgegenzuwirken.<sup>13</sup> Der Abschluss von Erschließungsverträgen sollte attraktiver werden.<sup>14</sup> Eine weitreichende Beschränkung des grundsätzlich zu beachtenden<sup>15</sup> und die Grundeigentümer schützenden Beitragsrechts (§§ 127 ff. BauGB<sup>16</sup>) war damit aber nicht verbunden. Das Beitragsrecht schützt die Grundstückseigentümer dadurch, dass der beitragsfähige Erschließungsaufwand auf bestimmte Erschließungsanlagen begrenzt wird und die Gemeinde verpflichtet ist, mindestens 10 % des Erschließungsaufwands selbst zu tragen (§§ 127 Abs. 2, 129 Abs. 1 S. 3 BauGB). Es wurde das Vorteilsprinzip<sup>17</sup> für die Fälle – und nur für diese – außer Kraft gesetzt, in denen ein privater Investor die Erschließung übernimmt, weil in diesen Fällen der Schutzzweck zugunsten der Grundstückseigentümer<sup>18</sup> nicht im gleichen Maße eingreift.<sup>19</sup> So hat nämlich ein privater Investor ein Interesse an der Erschließungstätigkeit regelmäßig deswegen, weil die Nachfrage nach Bauland so groß ist, dass neben dem Erschließungsvorteil eine allgemeine Wertsteigerung der Grundstücke eintritt, die auch den Grundstückseigentümern einen Sondervorteil vermittelt.<sup>20</sup> Im Übrigen entsteht den Grundstückseigentümern dadurch ein Vorteil, dass die Erschließung bei Einschaltung eines privaten Erschließungsträgers schneller vonstatten geht und die Grundstücke schneller bebaut werden können; insofern wird die erhöhte Kostenbelastung in der Regel ausgeglichen.<sup>21</sup> Eine entsprechende Fallkonstellation besteht nicht, wenn eine kommunale Eigengesellschaft als Erschließungsträger auftritt. Ihr Interesse ist zwangsläufig identisch mit dem Interesse der sie beherrschenden Gemeinde, Siedlungspolitik zu betreiben und nicht, die allgemeine Wertsteigerung als Gewinn abzuschöpfen.<sup>22</sup>

<sup>13</sup> Hoffmann (Fn. 4), § 124 Rn. 23.

<sup>14</sup> Zuvor ging die Rechtsprechung davon aus, dass § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB auch im Falle des Abschlusses eines Erschließungsvertrages gilt, vgl. BVerwG, Urt. v. 23.4.1969 – 4 C 69/67.

<sup>15</sup> Weber, VBl. BW 2001, 95 (96).

<sup>16</sup> Zum Landesrecht: vgl. z.B. § 23 des bad.-würt. KAG. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG besitzen die Länder die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das Recht der Erschließungsbeiträge.

<sup>17</sup> Das Vorteilsprinzip schützt die Grundstückseigentümer davor, über den ihnen durch die Erschließung zufließenden Erschließungsvorteil hinaus mit Kosten belastet zu werden, die für Vorteile der Allgemeinheit entstehen.

<sup>18</sup> Die Schutzfunktion des Erschließungsbeitragsrechts verdeutlicht – dies sei wiederholt – z.B. § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB, der die Gemeinde verpflichtet, mindestens 10 % des Erschließungsaufwands selbst zu tragen. Diese Grundsatznorm spricht für eine enge Auslegung des § 124 Abs. 1 BauGB, um Umgehungskonstellationen zu verhindern; dagegen aber VGH Mannheim, Urt. v. 23.10.2009 – 2 S 424/08.

<sup>19</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 45; vgl. auch Quaas, BauR 1999, 1113 (1124).

<sup>20</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 45.

<sup>21</sup> Löhr (Fn. 1), § 124 Rn. 7; BT-Drs. 12/3944, S. 24.

<sup>22</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 45.

Eine allgemeine Wertsteigerung im Sinne eines Sondervorteils zugunsten der Grundstückseigentümer besteht dann nicht bzw. deren Fehlen wird bei Inexistenz eines privaten Investors zumindest indiziert.<sup>23</sup> § 124 Abs. 2 BauGB ist also im Sinne einer Ausnahme von den zwingenden §§ 127 ff. BauGB<sup>24</sup> auf die Fälle zugeschnitten, dass ein privater Investor als Erschließungsträger auftritt. Die Norm ist daher eng auszulegen. „Umgehungstatbestände“ bzgl. des Erschließungsbeitragsrechts zugunsten der Gemeinde in dem Sinne, dass diese „im Mantel der Eigengesellschaft“ auftreten kann, sollten aber nicht geschaffen werden.<sup>25</sup>

Der Wille des Gesetzgebers und der in § 124 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB ausgeprägte Sinn und Zweck der Norm sprechen daher ganz entscheidend dafür, die kommunale Eigengesellschaft nicht als „Dritten“ anzusehen. Das entspricht auch der Binnensystematik des § 124 BauGB. So verwendet das Gesetz den Begriff des „Dritten“ nicht nur in Abs. 1 und Abs. 2, sondern auch in Abs. 3 S. 2. Die Begriffe sind parallel auszulegen. Im Rahmen des Abs. 3 S. 2 geht die Norm davon aus, dass die Gemeinde das Angebot eines „Dritten“, die in einem Bebauungsplan vorgesehene Erschließung vorzunehmen, ablehnt. Es ist unrealistisch, dass die Gemeinde ein Angebot einer Eigengesellschaft ablehnt, die sie beherrscht.<sup>26</sup> Demnach kann eine Eigengesellschaft kein „Dritter“ im Sinne des § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB sein. Folglich scheidet sie auch als „Dritter“ im Sinne des Abs. 1 aus. Zuletzt steht dieses Ergebnis auch in Einklang mit der Regelung des § 123 Abs. 1 BauGB, der die Erschließungslast bei der Gemeinde verortet. Die Erschließungslast kann nicht übertragen werden und bleibt durch den Abschluss eines Erschließungsvertrages unberührt.<sup>27</sup> Daraus ergibt sich zugleich, dass die Gemeinde für die Durchführung der Erschließung verantwortlich bleibt und ihr daher Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber dem Erschließungsunternehmen zustehen müssen.<sup>28</sup> Das ist gegenüber einer Eigengesellschaft aufgrund der Personenidentität gerade nicht der Fall, da „Kontrolleure sich nicht selbst kontrollieren können“.<sup>29</sup>

## 2. Keine Übertragung im Sinne des § 124 Abs. 1 BauGB

Dagegen, dass der Erschließungsvertrag mit § 124 Abs. 1 BauGB in Einklang steht, spricht auch, dass es an einer Aufgabenübertragung im Sinne der Norm fehlte. § 124 Abs. 1 BauGB will der Gemeinde die Wahl lassen, die Erschließung entweder selbst durchzuführen und an die §§ 127 ff. BauGB gebunden zu sein oder die Erschließung zu „übertragen“, so dass der Dritte sie in eigener Verantwortung durchführt und hinsichtlich der Refinanzierung nicht an die Begrenzungen

<sup>23</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 45.

<sup>24</sup> Vgl. Weber, VBl. BW 2001, 95 (96).

<sup>25</sup> Quaas, BauR 1999, 1113 (1123); Weber, VBl. BW 2001, 95 (96).

<sup>26</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 43.

<sup>27</sup> Vgl. oben Fn. 1.

<sup>28</sup> Driehaus, BauR 1999, 862 (864); Driehaus (Fn. 1), § 124 Rn. 8.

<sup>29</sup> Driehaus, BauR 1999, 862 (864) unter Bezugnahme auf v. Münch, NJW 1998, 34 (35).

des Beitragsrechts gebunden ist.<sup>30</sup> Die Norm verbietet damit ein Vorgehen der Gemeinde, das dazu führt, dass die Gemeinde die Erschließung selbst durchführt und die Kosten vollständig auf die Grundstückseigentümer umlegt.<sup>31</sup> Darin wäre eine Kombination der beiden skizzierten Wege zu sehen, die § 124 BauGB nicht kennt. § 124 Abs. 1 BauGB ist daher so auszulegen, dass eine Übertragung nicht stattfindet, wenn wesentliche Entscheidungszuständigkeiten bei der Gemeinde verbleiben, so dass diese die Erschließung faktisch selbst durchführt.<sup>32</sup> Da sich die Gemeinde vorliegend Weisungs- und Aufsichtsrechte gesichert hatte, die technische Gestaltung und Materialverwendung zu lenken hatte und geregelt worden war, dass die Vergabe der Erschließungsmaßnahmen des Einvernehmens bzw. der Abstimmung mit der Gemeinde bedürfen, fand eine Übertragung nicht statt.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Es entspricht der Praxis, dass Gemeinden versuchen, die bedeutsamen und zwingenden<sup>33</sup> beitragsrechtlichen Beschränkungen des Erschließungsbeitragsrechts zu vermeiden, indem sie die Aufgabe der Erschließung auf eine private Erschließungsgesellschaft übertragen und die Umlegung der Erschließungskosten auf die Grundstückseigentümer regeln. Schließt die Gemeinde zu diesem Zwecke Erschließungsverträge mit Eigengesellschaften ab, so sind diese Verträge nach diesem Grundsatzurteil gemäß § 124 Abs. 1 BauGB, § 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB als nichtig anzusehen, da § 124 BauGB diese Konstellationen im Sinne eines Verbotsgesetzes verbietet. Folge des Urteils ist, dass viele Grundstückserwerber gute Aussichten haben, Beiträge, die aufgrund von vermeintlich wirksam geschlossenen Verträgen geleistet wurden, nach Bereicherungsrecht zurückzuerhalten.

*Rechtsanwalt Dr. Jan Knöbl, Stuttgart*

---

<sup>30</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 48; vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 24.11.1998 – 3 A 706/91; a.A. *Grziwotz* (Fn. 1), § 124 Rn. 3.

<sup>31</sup> BVerwG, Urt. v. 22.8.1975 – 4 C 7.73; vgl. auch *Quaas*, *BauR* 1999, 1113 (1123).

<sup>32</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8.09 Rn. 48 f.

<sup>33</sup> BVerwG, Urt. v. 23.4.1969 – 4 C 69.67; *Weber*, *VBl. BW* 2001, 95 (96).



## Entscheidungsanmerkung

### Nötigung: Errichten eines physischen Hindernisses in mittelbarer Täterschaft durch eine Straßenblockade – Zweite-Reihe-Rechtsprechung

**Auslegung und Anwendung der einschlägigen Strafvorschriften anhand der vom Bundesgerichtshof entwickelten sogenannten Zweite-Reihe-Rechtsprechung verstoßen nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.**

**Innerhalb der Verwerflichkeitsprüfung sind die Dauer und die Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntheit, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand zu berücksichtigen. Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Strafgericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. (Leitsätze des Verf.)**

StGB § 240  
GG Art. 8

*BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05*<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Jetzt ist sie endlich da: Die Stellungnahme des BVerfG zur sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH, mag es auch „nur“ eine Kammerentscheidung sein. Zwar blieb schon kurz nach der heftig diskutierten Entscheidung des BVerfG zum Gewaltbegriff aus dem Jahre 1995<sup>2</sup> in der höchststrichterlichen strafrechtlichen Rechtsprechung<sup>3</sup> anerkannt, dass in Fällen von Steh- oder Sitzblockaden der Nötigungstatbestand seine Bedeutung nicht verloren hat, vielmehr eine Bestrafung möglich bleibt. Jedoch schienen die Fronten zwischen BVerfG und BGH verhärtet. Der BGH machte klar, dass die Entscheidung des BVerfG vom 10.1.1995 keine Korrektur der Rechtsprechung zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Gewalt erfordere, soweit die direkte physische Auswirkung einer Blockade auf nachfolgende Kraftfahrer in Rede stehe. Von dritter Seite wurde angesichts der Zweite-Reihe-Rechtsprechung gar von einem „kaum verhüllten Ungehorsam“<sup>4</sup> gegenüber der Entscheidung des BVerfG gesprochen. In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2001 sah das BVerfG<sup>5</sup> ausdrücklich keinen Anlass, auf die Zweite-Reihe-Recht-

sprechung des BGH einzugehen. Drei Sondervoten<sup>6</sup> zu dieser Senatsentscheidung zeigen jedoch die innere Zerrissenheit des *Senats*. Der Beschluss der *1. Kammer* des *1. Senats* sollte also versöhnen.

Wenig versöhnlich stimmt jedoch die Begründung, denn erneut bleibt offen, worin im Unterschied zur Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1995 die für die Verwirklichung von Gewalt erforderliche Kraftentfaltung bei dem in der ersten Reihe haltenden Kfz bestehen soll. Hinzu kommt die fehlende Begründung für die Annahme physischen Zwangs.

Der Kammerbeschluss stärkt die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahr 2001 zur praktischen Konkordanz zwischen der Freiheitsbeeinträchtigung Einzelner auf der einen Seite und dem Demonstrationsrecht auf der anderen Seite.

### II. Sachverhalt

Aus Protest gegen die bevorstehende militärische Intervention der USA im Irak, setzten sich der Beschwerdeführer und weitere ca. 40 Personen im Jahr 2004 auf die zur Rhein-Main Military Air Base führende Ellis Road. Dadurch wurden mehrere Fahrzeugführer für eine nicht unerhebliche Zeit an der Weiterfahrt gehindert. Die Fahrzeuge stauten sich in mehreren Reihen hintereinander. Deswegen wurde der Beschwerdeführer vom Amtsgericht wegen gemeinschaftlicher Nötigung gemäß §§ 240, 25 Abs. 2 StGB zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen verurteilt.

### III. Prozessuales

Der Beschwerdeführer wendet sich („bei sachgerechter Auslegung“)<sup>7</sup> mit seiner Verfassungsbeschwerde nun nicht gegen das Urteil des Amtsgerichtes, sondern gegen den die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss des Landgerichts.

In den Fällen von Bagatelldelikt ist seit dem 1.3.1993<sup>8</sup> eine Berufung u.a. nur zulässig, wenn diese angenommen wird, § 313 StPO. Diese nicht ganz unbedenkliche<sup>9</sup> Rechtswegbeschränkung soll der Entlastung der Justiz dienen. Bei Verurteilungen zu einer Geldstrafe von nicht mehr als fünfzehn Tagessätzen ist die Annahme der Berufung erforderlich. Die Berufung wird nicht angenommen, wenn sie offensichtlich unbegründet ist, § 313 Abs. 2 StPO. Das Landgericht hatte sich in seiner Begründung u.a. auf die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH zum Gewaltbegriff berufen. Für die Bejahung verwerflichen Verhaltens spreche, dass die Blockade außerhalb des Schutzbereichs der Art. 5 und 8 GG stattgefunden habe und völlig ungeeignet gewesen sei, den angestrebten Zweck zu erreichen.

<sup>1</sup> [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20110307\\_1bvr038805.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20110307_1bvr038805.html) (zuletzt 17.5.2011).

<sup>2</sup> BVerfGE 92, 1.

<sup>3</sup> BGHSt 41, 182; zur uneinheitlichen OLG Rechtsprechung vgl. *Gropp/Sinn*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 3, 2003, § 240 Rn. 46.

<sup>4</sup> *Herzberg*, GA 1996, 557 (562).

<sup>5</sup> BVerfGE 104, 92 (103).

<sup>6</sup> BVerfGE 104, 92 (115 ff.).

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 11.

<sup>8</sup> Rechtspflegeentlastungsgesetz BGBl. I 1993, S. 50.

<sup>9</sup> Vgl. *Frisch*, in Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 20. Lfg., Stand: Oktober 1999, § 313 Rn. 2; *Paul*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 313 Rn. 1; *Rieß*, JZ 2000, 813 (821 ff.).

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung von Art. 103 Abs. 2 und Art. 8 GG.

#### IV. Einführung in die Problematik

Wohl kaum eine Strafvorschrift brachte es in den letzten Jahrzehnten zu so verfassungsrechtlicher Prominenz wie § 240 StGB. Nach 1995<sup>10</sup> und der darauffolgenden relativierenden Senatsentscheidung aus dem Jahr 2001<sup>11</sup> beschäftigten sich zwei Kammerbeschlüsse wieder mit dem Gewaltbegriff: zum einen in Fällen von Verkehrsnötigungen<sup>12</sup> und nun im Zusammenhang mit Blockadeaktionen.

##### 1. Die Hintergrundentscheidungen 1995/2001

###### a) BVerfG 1995

Im Jahr 1995 entschied der 1. Senat bei drei abweichenden Sondervoten in seinem Leitsatz wie folgt: „Die erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB im Zusammenhang mit Sitzdemonstrationen verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG.“<sup>13</sup> Dem lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem sich Personen auf die Straße zum Sondermunitionslager der Bundeswehr in Großengstingen setzten und dadurch ein Fahrzeug der Bundeswehr an der Weiterfahrt hinderten. Zur Begründung zieht das BVerfG den Wortlaut des § 240 StGB heran, der das Tatmerkmal „nötigt“ von den Zwangsmitteln „Gewalt“ und „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ unterscheidet. Da das Tatmerkmal „nötigt“ selbst schon Zwang beschreibe, könne die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern müsse über diesen hinausgehen.<sup>14</sup> Über Inhalt und Reichweite dieser Entscheidung ist viel gestritten worden.<sup>15</sup> Einigkeit dürfte jedoch in drei Punkten zu erzielen sein: 1. Der Gewaltbegriff besteht aus zwei Komponenten – körperliche Kraftentfaltung und physischer Zwang. 2. Gewalt ist abzulehnen, wenn der Zwang lediglich in körperlicher Anwesenheit besteht und die Zwangswirkung auf den Genötigten nur psychischer Natur ist. 3. Eine Kraftentfaltung, die nur zur körperlichen Anwesenheit an einer Stelle führt, reicht für die Komponente „Kraftentfaltung“ nicht aus.

###### b) BGH 1995

Nur ein halbes Jahr nach der Entscheidung des BVerfG hatte der BGH<sup>16</sup> wieder die Gelegenheit, sich mit einem Blockadefall und damit auch mit dem Gewaltbegriff vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beschäftigen. Konkret ging es – anders als im vom BVerfG entschiedenen Fall – um die Blockade mehrerer Fahrzeugführer auf der Autobahn A 8. Das war die Geburtsstunde der Zweite-Reihe-Rechtsprechung. Zwar seien die blockierten ersten Fahrzeuge nur psychischem Zwang ausgesetzt, allerdings ständen den

danach haltenden Fahrzeugen durch die davor stehenden Pkws nicht zu beseitigende physische Hindernisse entgegen. „Diese Fahrer konnten ihre Fahrt nicht fortsetzen, selbst wenn psychischer Zwang sie nicht beeindruckt haben würde.“<sup>17</sup> Die nach der Rechtsprechung des BVerfG gebotene Einschränkung, dass allein psychischer Zwang als Folge bloßer Anwesenheit den Anforderungen an den Begriff der Gewalt nicht genüge, treffe auf die vorliegende Fallgestaltung also nicht zu.<sup>18</sup> Eine Korrektur der Rechtsprechung zum Gewaltbegriff allein an der Tathandlung, am Merkmal der körperlichen Kraftentfaltung, hält der BGH weder für geboten noch für sinnvoll.<sup>19</sup> „Der Senat ist der Auffassung, dass auch geringer körperlicher Aufwand – dazu gehören das Sich-Hinsetzen oder das Sich-auf-die Fahrbahn-Begeben – den Anforderungen an den Gewaltbegriff genügen kann, wenn seine Auswirkungen den Bereich des rein Psychischen verlassen und (auch) physisch wirkend sich als körperlicher Zwang darstellen.“<sup>20</sup> Entscheidend sei also die Errichtung eines physischen Hindernisses. Dieses hätten die Blockierer zwar mit eigener Hand nicht errichtet, die „physische Sperrwirkung“ sei ihnen aber zuzurechnen.<sup>21</sup> Es ist also offensichtlich, dass der BGH zur Rolle der Komponente „Kraftentfaltung“ eine andere Auffassung vertritt, als das BVerfG.

###### c) BVerfG 2001

Gegenstand der Entscheidung des 1. Senats aus dem Jahr 2001 waren die Blockaden der Wiederaufbereitungsanlage in Wackersdorf, des Grenzübergangs Weil am Rhein sowie der Autobahn A 5. In dem ersten Leitsatz formuliert das BVerfG: „Art. 103 II GG ist nicht verletzt, wenn die Strafgerichte das Tatbestandsmerkmal der Gewalt in § 240 I StGB auf Blockadeaktionen anwenden, bei denen die Teilnehmer über die durch ihre körperliche Anwesenheit verursachte psychische Einwirkung hinaus eine physische Barriere errichten.“ Zur Zweite-Reihe-Rechtsprechung Stellung zu nehmen, sah der Senat ausdrücklich keinen Anlass.<sup>22</sup> Es genüge, dass die Blockierer durch das Anketten aneinander und an das Haupttor der Wiederaufbereitungsanlage in Wackersdorf bzw. durch das Anhalten der Fahrzeugkolonne und das Abstellen der von den Teilnehmern benutzten Fahrzeuge auf den beiden Fahrstreifen und dem Seitenstreifen der Autobahn A 8 ein physisches Hindernis geschaffen hätten.<sup>23</sup> Immerhin, die körperliche Kraftentfaltung wird problematisiert: Im Fall Wackersdorf sei diese im Anketten zu sehen, im Fall der Autobahnblockade im Anhalten und Abstellen der Fahrzeuge.<sup>24</sup>

Neue Wegweisungen gab das BVerfG in Bezug auf die Berücksichtigung von Art. 8 GG innerhalb der Verwerflich-

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 92, 1.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (103).

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2007, 1669.

<sup>13</sup> BVerfGE 92, 1.

<sup>14</sup> BVerfGE 92, 1 (17).

<sup>15</sup> Vgl. die Nachw. bei *Gropp/Sinn* (Fn. 3), § 240 Rn. 38 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BGHSt 41, 182.

<sup>17</sup> BGHSt 41, 182 (184).

<sup>18</sup> Vgl. BGHSt 41, 182 (184).

<sup>19</sup> Vgl. BGHSt 41, 182 (185).

<sup>20</sup> BGHSt 41, 182 (185).

<sup>21</sup> Vgl. BGHSt 41, 182 (185).

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (103).

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (102).

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (102).

keitsprüfung. Im Rahmen einer Gesamtabwägung sei das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit in die Mittel-Zweck-Relation des § 240 Abs. 2 StGB einzustellen. Das bedeute, dass auch der von den Blockierern verfolgte Kommunikationszweck zu berücksichtigen sei.<sup>25</sup> Damit hatte das BVerfG der bislang umstrittenen Berücksichtigung von „Fernzielen“ den Weg gebahnt.<sup>26</sup>

## 2. Zwischenfazit

Die Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH war der Ausweg aus dem engen Verständnis des BVerfG zum Gewaltbegriff in der Entscheidung aus dem Jahr 1995. Das BVerfG hat seine Auffassung im Jahr 2001 mit der „Hindernisrechtsprechung“ wieder etwas gelockert. Am Moment „körperlicher Kraftentfaltung“ wird ausdrücklich festgehalten. Erfolgt die Blockade ohne Fahrzeuge, so muss eine *Kraftentfaltung bei Anwesenheit* erfolgen (bspw. Anketten). Erfolgt die Blockade mit Fahrzeugen, so soll zur Bejahung der Kraftentfaltung das „Zum-Halten-Bringen“ oder Abstellen der Fahrzeuge genügen, weil dadurch ein physisches Hindernis geschaffen werde.

## V. Die Entscheidung

### 1. Gewalt

Die 1. Kammer des 1. Senats stellt klar, dass die Auslegung und Anwendung der Strafvorschriften durch das Landgericht vor dem Hintergrund der Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen.<sup>27</sup> Insbesondere vermag sie keinen Widerspruch der Zweite-Reihe-Rechtsprechung zur Senatsentscheidung aus dem Jahr 1995 zu erkennen.<sup>28</sup> Es handele sich einerseits um „zweiseitige“ (BVerfG 1995) und andererseits um „mehrseitige“ (BGH 1995) Personenverhältnisse. Das führe zu einer unterschiedlichen Bewertung der Fälle.

Die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten gemäß § 240 Abs. 1 StGB ergäbe sich aus mittelbarer Täterschaft durch die ihnen zurechenbare Gewaltanwendung des ersten Fahrzeugführers als Tatmittler gegenüber den nachfolgenden Fahrzeugführern.<sup>29</sup>

Diese Auslegung der strafbarkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmale „Gewalt durch einen anderen“ sei im Lichte des Analogieverbots nicht zu beanstanden. Es handele sich um die Konstellation des Einsatzes eines *gerechtfertigten Werkzeuges*. Die Demonstranten, so die Kammer, „versetzen den ersten Fahrzeugführer mit dem Betreten der Fahrbahn, ohne dass es weiterer (Inter-)Aktion bedarf, gezielt in ein rechtliches Dilemma, das dieser aufgrund der von der

Rechtsordnung auferlegten strafbewehrten Pflichten etwa nach §§ 212, 224, 226 StGB zum Schutz von Leib und Leben nicht anders als nach dem Willen der Demonstranten durch einen Eingriff in die Willensbetätigungsfreiheit der nachfolgenden Fahrzeugführer auflösen kann. Sie sind damit unmittelbar für das Strafbarkeitsdefizit des ersten Fahrzeugführers im Verhältnis zu den nachfolgenden Fahrzeugführern in Form des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB verantwortlich.“ Auf die beiden Komponenten des Gewaltbegriffes geht die Kammer nicht näher ein. Sie stellt einzig auf die Hinderniswirkung ab, erwähnt nur kurz die Entscheidung des 1. Senats aus dem Jahr 1995, um dann auf die Hindernisrechtsprechung aus dem Jahr 2001 überzugehen.

### 2. Art. 8 GG

Demgegenüber bejaht die Kammer eine Verletzung von Art. 8 GG. Dass die Blockierer Gewalt (vermittelt über die in der ersten Reihe haltenden Fahrzeugführer) angewendet hätten, stünde der Eröffnung des Schutzbereiches nicht entgegen.<sup>30</sup> Damit knüpft die Kammer nahtlos an die Entscheidung aus dem Jahr 2001 an. Das Landgericht habe nicht nur den Kommunikationszweck der Aktion ungenügend innerhalb der Verwerflichkeitsfeststellung berücksichtigt und damit bereits den Schutzbereich des Art. 8 GG verkannt, sondern es auch versäumt, alle erforderlichen Kriterien in die Verwerflichkeitsprüfung einzustellen.<sup>31</sup> Schließlich sei der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand ohne tragfähige Begründung verneint worden.<sup>32</sup>

Die Kammer hat deshalb den angegriffenen Beschluss aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Landgericht Frankfurt am Main zurückverwiesen.

## VI. Würdigung

Mit der Kammerentscheidung wird die Zweite-Reihe-Rechtsprechung „geadelt“. Nach 2001 hätte es an sich keiner weiteren Stellungnahme mehr bedurft. Durch die „Hindernisrechtsprechung“ des BVerfG war die Auffassung des BGH jedenfalls abgesichert. Dass sich die Kammer dennoch dazu äußerte, kann nur als „Akt der Versöhnung“ gewertet werden. Die Brüche zwischen der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1995 und denen aus den Jahren 2001 und 2011 werden jedoch nicht überbrückt.

### 1. Die Komponenten des Gewaltbegriffs

#### a) Kraftentfaltung?

Aufgrund der unterschiedlichen Fallgestaltungen, mit denen sich das BVerfG jeweils auseinanderzusetzen hatte, sind die abstrakten Auswirkungen auf den Gewaltbegriff nicht einfach festzustellen:

Unbestritten ist, dass ein gewisses Maß an körperlicher Kraftentfaltung auf Täterseite zum Begriff der Gewalt gehört.

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (109).

<sup>26</sup> Vgl. zur Fernzieldebatte *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, 1990; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 240 Rn. 29; konkret zu dieser Weichenstellung vgl. *Sinn*, NJW 2002, 1024.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 20.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 27.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 28.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 31 ff.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 39.

<sup>32</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 43.

Wie groß dieses Maß sein muss, lässt sich kaum beschreiben. Negativ kann aber nach 1995 gesagt werden – und daran halten auch alle nachfolgenden Entscheidungen des BVerfG und des BGH fest – dass eine Kraftentfaltung, die nur zur Anwesenheit führt (Blockaden durch bloße physische Anwesenheit), nicht genügen soll. Demgegenüber soll nach 2001 eine Kraftentfaltung bei Anwesenheit dann genügen, wenn dadurch eine über die Anwesenheit hinausgehende Hinderwirkung geschaffen wird. Das BVerfG nennt dies Schaffung einer „physischen Barriere“.<sup>33</sup> Wer sich also bei einer Blockadeaktion ankettet, der entfaltet mehr körperliche Kraft als notwendig wäre, um an den Blockadeort zu gelangen. Durch diese Kraftentfaltung (Anketten) wird ein Hindernis geschaffen, das nicht allein auf bloßer Anwesenheit beruht. Es handelt sich also um Fälle hilfsmittelverstärkter Anwesenheit. Im Ergebnis werden nun die Fälle hilfsmittelverstärkter Anwesenheit durch Anketten einerseits und durch eine Fahrzeugblockade andererseits gleich behandelt. Problematisch ist jedoch, dass sich diese Gleichbehandlung nicht auf die beiden Komponenten des Gewaltbegriffs – so man daran festhalten will – zurückführen lässt. Der Unterschied liegt in der Komponente „Kraftentfaltung“. In den Ankettfällen gelangt man zum Blockadeort und wendet dort Kraft auf (Kraftentfaltung bei Anwesenheit) die schließlich zur hilfsmittelverstärkten Anwesenheit führt. In den Pkw-Blockadefällen wird bei Anwesenheit keine Kraft mehr aufgewendet. Die Kraftentfaltung führt zur bloßen Anwesenheit. Durch das Hilfsmittel „Pkw“ unterscheidet sich dieser Fall jedoch von denen einer nur personenbedingten Anwesenheit. Dies könnte rechtfertigen, diese Fälle in den Kreis *hilfsmittelverstärkter Anwesenheit* einzubeziehen und den Fokus mehr auf die Wirkungen der Kraftentfaltung zu richten, als auf deren Ursache. Es rückt dann die Hinderwirkung in den Mittelpunkt. Das Ergebnis ändert aber nichts daran, dass dann die „körperliche Kraftentfaltung“ als Komponente des Gewaltbegriffs seine Funktion zur Bestimmung, wann Gewalt anzunehmen ist, verloren hat. Der Begriff löst sich auf und weicht der Kasuistik.

#### b) *Physischer Zwang oder Hindernis?*

Lässt man die Widersprüchlichkeiten beiseite, so ist auch eine Nötigung in mittelbarer Täterschaft denkbar, wenn ein Hindernis durch einen anderen aufgestellt wurde (Zweite-Reihe-Rechtsprechung). Für die mittelbare Täterschaft ist nun entscheidend, dass der Tatmittler derjenige ist, der Gewalt angewendet haben muss. Dogmatisch undenkbar ist es, die Komponenten des Gewaltbegriffs aufzuspalten und die Kraftentfaltung bei den Blockierern genügen zu lassen, während die physische Zwangswirkung über § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet wird. Insoweit ist die Entscheidung des BGH missverständlich, wenn dort nur ausgeführt wird, „dass auch geringer körperlicher Aufwand – dazu gehören das Sich-Hinsetzen oder das Sich-auf-die-Fahrbahn-Begeben – den Anforderungen an den Gewaltbegriff genügen kann, wenn seine Auswirkungen den Bereich des rein Psychischen verlassen und (auch) physisch wirkend sich als körperlicher

<sup>33</sup> BVerfGE 104, 92 (102).

Zwang darstellen“.<sup>34</sup> Geht es um die Zurechnung von Gewalt, so kann es nicht um die Kraftentfaltung der Blockierer gehen, sondern um die des Tatmittlers – der anhaltenden Fahrzeugführer. Die in der ersten Reihe haltenden Fahrzeugführer müssten dementsprechend aufgrund dieses Verhaltens und unter Verwirklichung beider Komponenten die nachfolgenden Fahrzeugführer mit Gewalt genötigt haben. Dies kann man nur dann bejahen, wenn der Kraftentfaltung bei hilfsmittelverstärkter Anwesenheit keine oder nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen soll. Vor dem Hintergrund der BVerfG-Entscheidung aus dem Jahr 1995 drängt sich eine solche Sichtweise nicht auf, die Entscheidung aus dem Jahr 2001 geht aber klar in diese Richtung.

Wenn es also bei hilfsmittelverstärkter Anwesenheit nicht auf die Kraftentfaltung ankommen soll, so doch auf den physischen Zwang, der von dem Hindernis ausgeht. Allerdings bleibt dieser Zwang, wie man es auch drehen und wenden mag, immer nur *hypothetisch*, weil die Fahrzeugführer die Konfrontation mit den vor ihnen stehenden Fahrzeugen gerade vermeiden wollen. Der Zwang bleibt also psychisch.<sup>35</sup> Indem die *Kammer* den vom Hindernis ausgehenden physischen Zwang begründen will, gelingt aber nichts anderes, als jene These zu untermauern: „Indem der erste Fahrzeugführer aus Rücksicht auf die Rechtsgüter der Demonstranten abbremsst, zwingt er den nachfolgenden Fahrzeugführer zur Vermeidung eines Aufpralls und damit zur Schonung eigener Rechtsgüter anzuhalten. Das erste Fahrzeug in der Reihe bedeutet für den nachfolgenden Fahrzeugführer ein unüberwindbares physisches Hindernis im Sinne des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Januar 1995. [...] Die Demonstranten versetzen den ersten Fahrzeugführer mit dem Betreten der Fahrbahn, ohne dass es weiterer (Inter-) Aktion bedarf, gezielt in ein rechtliches Dilemma, das dieser aufgrund der von der Rechtsordnung auferlegten strafbewehrten Pflichten etwa nach §§ 212, 224, 226 StGB zum Schutz von Leib und Leben nicht anders als nach dem Willen der Demonstranten durch einen Eingriff in die Willensbetätigungsfreiheit der nachfolgenden Fahrzeugführer auflösen kann.“ Deutlicher lässt sich psychischer Zwang nicht beschreiben! Natürlich ist es sinnlos, gegen die Barriere anzurennen oder auf das Fahrzeug gar aufzufahren, nur um physischen Zwang annehmen zu können. Hält man aber wenigstens am Merkmal „physischer Zwang“ fest, so handelt es sich eben gerade nicht um Gewalt, sondern um das mittelbare Bereiten eines Hindernisses. Immerhin unterscheidet der Gesetzgeber auch Hindernisse in den §§ 315 Abs. 1 Nr. 2 sowie § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB von Gewalt in anderen Tatbeständen.

Selbst wenn man dem nicht folgen will, so erzwingt doch die Hindernisrechtsprechung eine Gleichbehandlung aller Fälle, in denen Hindernisse bereitet werden. Wenn es richtig ist, dass es auf die körperliche Kraftentfaltung dann nicht

<sup>34</sup> BGHSt 41, 182 (185).

<sup>35</sup> So schon die Sondervoten der Richterin *Jaeger* und des Richters *Bryde* BVerfGE 104, 92 (124 ff.); außerdem *Herzberg*, GA 1996, 557 (560); *Sinn*, NJW 2002, 1024 (1025).

ankommen soll, wenn ein unüberwindliches physisches Hindernis geschaffen wird, dann muss dies auch bei einer Ansammlung von Menschen gelten. Es macht keinen Unterschied, ob einem Pkw durch einen vor ihm haltenden Pkw die Fahrt versperrt, oder ob einem Pkw in einer engen Straße durch mehrere einhundert Menschen die Weiterfahrt unmöglich gemacht wird. In einer engen Gasse genügen sogar wenige Menschen, um einer einzelnen Person den Weg zu versperren. Warum in diesen Fällen eine Kraftentfaltung, die nur zur Anwesenheit führt, aber allein deshalb ein physisches Hindernis bildet, nicht genügen soll, wäre nicht nachzuvollziehen. Der Unterschied zwischen Konstellationen bloßer Anwesenheit und hilfsmittelverstärkter Anwesenheit bei Schaffung eines unüberwindlichen Hindernisses führt zu bloßer Kasuistik, die nichts mehr mit einem strafrechtsdogmatischen Begriffsverständnis zu tun hat.

## 2. Art. 8 GG – Gewalt und Fernziele

Die Frage, ob die Beschwerdeführer durch den Beschluss des Landgerichts in ihrem Recht auf Versammlungsfreiheit verletzt sind, löst die *Kammer* klassisch über die „Prüfungstrias“ „Schutzbereich eröffnet“, „Eingriff in den Schutzbereich“ und „Rechtfertigung des Eingriffs“.

Die tragende demokratische Rolle des Art. 8 GG hebt die *Kammer* im Anschluss an die Entscheidung aus dem Jahr 2001 noch einmal deutlich bei der Schutzbereichsdiskussion hervor. Die symbolische Kraft einer Demonstration ist ein hohes Gut, das es zu schützen gilt. Dem ist nichts hinzuzufügen. Allerdings setzt sich in der Argumentation des BVerfG der schon im Jahr 2001 aufgetretene Widerspruch fort: Wenn es richtig ist, dass die Blockierer (mittelbar) Gewalt anwenden, also den Tatbestand des § 240 Abs. 1 StGB verwirklichen und die Aktion in den Schutzbereich des Art. 8 GG fällt, so werden vom Schutzbereich eines Grundrechts Gewalttätigkeiten erfasst.<sup>36</sup> Diesem Widerspruch könnte man nur entgehen, beim Begriff „friedlich“ in Art. 8 Abs. 1 GG anzusetzen und von Gewalt begleitete rechtswidrige, weil verwerfliche Blockadeaktionen aus dem Schutzbereich des Art. 8 GG auszuklammern. In ständiger Rechtsprechung vertritt das BVerfG jedoch eine engere Sichtweise, nach der Unfriedlichkeit der Versammlung erst dann anzunehmen ist, wenn „Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden.“<sup>37</sup>

Um feststellen zu können, ob der Eingriff in den Schutzbereich (der Beschluss des LG) gerechtfertigt ist, kommt es darauf an, ob das Verhalten der Blockierer strafbar war. Inzident musste sich die *Kammer* also mit der Verwerflichkeitsfrage, § 240 Abs. 2 StGB, beschäftigen. Konkret werden die bereits im Jahr 2001 entwickelten Maßstäbe angewendet. Innerhalb der Zweck-Mittel-Relation sei insbesondere „die Art und das Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwä-

gungselemente sind hierbei die Dauer und die Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand“. Führt die Verwerflichkeitsprüfung im Lichte des Art. 8 GG zu einem positiven Ergebnis, ist die Verwerflichkeit also zu bejahen, so ist der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 GG gerechtfertigt, andernfalls nicht. Gemessen an den o.g. Kriterien stellt die *Kammer* fest, dass die vom Landgericht vorgenommene Verwerflichkeitsprüfung fehlerhaft gewesen sei und deshalb den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletze. Insbesondere habe das LG versäumt, den Kommunikationszweck bei der Prüfung der Verwerflichkeit zu berücksichtigen.

Die miteinander kollidierenden Rechte der Blockierer und der Blockierten in einen Abwägungsvorgang einzustellen ist der richtige Weg. Die von der *Kammer* im Anschluss an die Entscheidung aus dem Jahr 2001 genannten Kriterien führen auch zu einem Maß an Vorhersehbarkeit, welches die Verwerflichkeitsklausel allein nicht herzustellen vermag. Die Fachgerichte haben Fernziele („Kommunikationszweck“) innerhalb der Verwerflichkeitsprüfung über Art. 8 GG zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass die Instrumentalisierung anderer (die in der ersten Reihe stehenden Fahrzeugführer als Tatmittler und die nachfolgenden Fahrzeugführer als Nötigungsadressaten) verfassungsrechtlich wegen Art. 8 GG nicht zu beanstanden ist. Außerhalb von Art. 8 GG bleibt eine Berücksichtigung von Fernzielen jedoch weiterhin ausgeschlossen.

## VII. Fazit

Von einer Auslegung des Gewaltbegriffs, die dessen Merkmale offenlegt und somit gemessen an Art. 103 Abs. 2 GG zur Bestimmtheit des Begriffs und der Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen führt, ist die Rechtsprechung nach 1995 wieder weit entfernt. Einzelfälle bringen es immer wieder zu verfassungsrechtlicher Prominenz. Der Begriff und dessen Merkmale verkümmern. Mit einer Auslegung des Gewaltbegriffs, die sich an körperlicher Kraftentfaltung und physischem Zwang orientiert, sind der Auslegung Grenzen gesteckt. Will man diese überwinden, so muss man die Merkmale des Begriffs überdenken und gegebenenfalls aufgeben. Schließlich kann auch der Gesetzgeber tätig werden. Soll das Bereiten eines Hindernisses bestraft werden, so soll dies auch im Gesetz so formuliert werden.

*Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück*

<sup>36</sup> So schon das Sondervotum der Richterin *Haas* BVerfGE 104, 92 (115 ff.); kritisch auch *Sinn*, NJW 2002, 1024 (1025).

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 33 m.w.N.

## Entscheidungsanmerkung

### Zu den Voraussetzungen des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

**Anfragebeschluss zur Frage, ob die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bei der Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude erst vollendet ist, wenn ein zum Wohnen bestimmter selbständiger Teil des Gebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist.**

StGB §§ 28 Abs. 2, 306a Abs. 2, 306b Abs. 2 Nr. 1  
GVG § 132 Abs. 3 S. 1

BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07<sup>1</sup>  
BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10<sup>2</sup>

### I. Einleitung

Die Brandstiftungstatbestände gehören zu denjenigen Delikten des Kernstrafrechts, die sowohl inhaltlich als auch systematisch mit am schwierigsten zu handhaben sind. Dies findet sich einerseits in den oft schwachen Ergebnissen von Übungsarbeiten bestätigt als auch in dem Umstand, dass hier relativ häufig Revisionen mit der Sachrüge Erfolg haben. Den Tatgerichten fällt es nicht immer leicht, den Sachverhalt so umfassend zu ermitteln und im Urteil darzustellen, wie es erforderlich ist, um dem Revisionsgericht die notwendige Prüfung der Anwendung des materiellen Rechts zu ermöglichen. Es sollte daher ein besonderes Anliegen sein, dass sich das juristische Studium intensiv mit den Branddelikten befasst. Dazu bieten die nachfolgenden Entscheidungen des 2. und 4. Strafsenats des BGH eine gute Gelegenheit.

### II. Zu den Sachverhalten

#### 1. BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07

Der Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte zündete Holzgegenstände in einem Ladengeschäft an, in das er eingedrungen war. Neben dem Ladengeschäft im Erdgeschoss befanden sich in dem Gebäude mehrere Wohnungen, von denen die Dachgeschosswohnung bewohnt war. Durch das Feuer brannte die als Deckenverkleidung dienenden Holzpaneele in dem Laden herunter, Büro und Lagerräume wurden verrußt sowie erhebliche Teile der Einrichtung zerstört. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen schwerer Brandstiftung verurteilt, wogegen sich die im Ergebnis erfolglose Revision richtete. Der Senat meint, soweit der Angeklagte wegen schwerer Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB verurteilt ist, könne offen bleiben, ob die Feststellungen ein vollendetes

In-Brand-Setzen des Gebäudes ausreichend belegen. Jedenfalls sei eine teilweise Zerstörung eines Gebäudes durch Brandlegung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB gegeben, weil das Ladengeschäft als abgrenzbarer Teil des Gebäudes für eine nicht unbeträchtliche Zeit nicht mehr seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch habe dienen können.

#### 2. BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10

Der Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte betrieb in angemieteten Räumlichkeiten im Erdgeschoß des Tatanwesens, in welchem sich im Erdgeschoß verschiedene Geschäftslokale und im Obergeschoß fünf genutzte Wohnungen befanden, ein Sonnenstudio. Da die Einkünfte des Angeklagten nicht ausreichten, um seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, fasste er den Entschluss, das Inventar des Sonnenstudios durch Dritte in Brand setzen zu lassen, um gegenüber der Inventarversicherung vermeintliche Versicherungsansprüche betrügerisch geltend zu machen. Mit der Brandlegung beauftragte der Angeklagte ihm bekannte Personen, die nicht ermittelt werden konnten. Der Angeklagte hielt es für möglich und nahm billigend in Kauf, dass sich das Feuer auch auf das bewohnte Obergeschoß ausweiten konnte. Nicht ausschließbar vertraute er aber darauf, dass Menschen dadurch weder verletzt noch getötet werden.

Am 24. Januar 2009 zwischen 2.30 und 4.20 Uhr gelangten die vom Angeklagten beauftragten Täter mit einem vom Angeklagten überlassenen Schlüssel in das Sonnenstudio. Sie entzündeten im Eingangsbereich in der Nähe der dortigen Empfangstheke befindliche Gegenstände, wofür sie etwas Benzin aus einem mitgebrachten 5-Liter-Kanister verwendeten, den sie mit geöffnetem Verschluss im Sonnenstudio zurückließen. Das Feuer, das Gebäudeteile nicht erfasste, führte dazu, dass die Einrichtungen des Sonnenstudios, vor allem die Trennwände im Bereich der Empfangstheke und in ihrer Nähe in größerem Umfang verrußt bzw. verkohlt und – ebenso wie die Akustikdecke – durch die Hitzeeinwirkung zerstört wurden. Beim Eintreffen der um 6.55 Uhr alarmierten Feuerwehr war das Feuer bis auf noch vorhandene Glutnester erloschen. In Folge des Brandes, durch den niemand verletzt wurde, war das vom Angeklagten angemietete Geschäftslokal bis zu dessen Instandsetzung nicht mehr nutzbar. Hätte sich aus der Brandlegung ein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwartender Vollbrand des Sonnenstudios entwickelt, wäre mit einem Übergreifen des Feuers auf das Obergeschoß und einer Gefährdung der Bewohner zu rechnen gewesen.

Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung zu der Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Senat indessen beabsichtigt, den Schuldspruch des angefochtenen Urteils dahin zu ändern, dass sich der Angeklagte der Anstiftung zur versuchten besonders schweren Brandstiftung in Tateinheit mit Brandstiftung gemäß § 26 StGB i.V.m. §§ 306b Abs. 2 Nr. 2, 306a Abs. 1 Nr. 1, 22, 306 Abs. 1 Nr. 1, 52 StGB schuldig gemacht hat. Die von den unbekanntenen Tätern begangene schwere Brandstiftung sei nicht über das Versuchsstadium hinaus verwirklicht worden. Da das LG ein

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.juris.de> (17.5.2011) abrufbar.

<sup>2</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.juris.de> (17.5.2011) abrufbar sowie in Kurzwiedergabe veröffentlicht in: NJW-Spezial 2011, 280.



Übergreifen des Feuers auf Gebäudeteile in der Weise, dass deren Fortbrennen aus eigener Kraft möglich war, nicht habe feststellen können, fehle es an einem vollendeten In-Brand-Setzen. Nach Ansicht des *Senats* liegen auch die Voraussetzungen der Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht vor. Dazu beabsichtigt der *Senat* zu entscheiden: Die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist bei der Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude erst vollendet, wenn ein zum Wohnen bestimmter selbständiger Teil des Gebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Dem stehe allerdings die Entscheidung des 2. *Strafsenats* entgegen. Der 4. *Strafsenat* hat daher beim 2. *Strafsenat* angefragt, ob an dem genannten Beschluss festgehalten werde.

### III. Die rechtlichen Hintergründe der Entscheidungen

#### 1. Materiell-rechtliche Grundlagen

§ 306 Abs. 1 StGB und § 306a Abs. 1 sowie Abs. 2 StGB mögen zwar auf den ersten Blick erscheinen, als wären sie untereinander nach Art von Grunddelikt und Qualifikation abgestuft, doch dieser Eindruck trügt. Es handelt sich um nebeneinander stehende, eigenständig zu behandelnde Delikte, die jeweils einzeln als Grunddelikt der §§ 306b Abs. 1, Abs. 2, 306c StGB fungieren und insoweit qualifiziert oder erfolgsqualifiziert werden. Dabei knüpft § 306b Abs. 2 StGB nur an die Tatbestände des § 306a Abs. 1 und Abs. 2 StGB an. Hinzu kommt, dass das Konkurrenzverhältnis zwischen § 306 StGB und § 306a StGB umstritten ist. Nach der zutreffenden h.M. tritt § 306 StGB hinter § 306a Abs. 1 StGB zurück,<sup>3</sup> während zwischen § 306 StGB und § 306a Abs. 2 StGB Tateinheit besteht.<sup>4</sup> Diese Konkurrenzfrage setzt sich auf der Ebene des § 306b Abs. 2 StGB fort, indem hinsichtlich des Verhältnisses dieser Norm zu § 306 Abs. 1 StGB danach unterschieden werden sollte, ob § 306a Abs. 1 StGB oder aber § 306a Abs. 2 StGB in dem jeweiligen Fall als Grunddelikt greift.<sup>5</sup> Vor diesem Hintergrund ist dringend zu empfehlen, die Branddelikte stets streng nacheinander anhand der gesetzlichen Abfolge zu prüfen und nicht sogleich auf einen spezielleren (oder als solchen erscheinenden) Tatbestand zurückzugreifen.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> BGH NJW 2001, 765; BGH StV 2001, 232; Börner, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch*, § 306 Rn. 53; Küpper, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, II § 5 Rn. 4; a.A. Heine, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 306 Rn. 24; Wolff, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 306a Rn. 39.

<sup>4</sup> Heine (Fn. 3), § 306 Rn. 24; Wolff (Fn. 3), § 306a Rn. 39; a.A. Küpper (Fn. 3), II § 5 Rn. 4.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Börner (Fn. 3), § 306b Rn. 20 m.w.N.

<sup>6</sup> Zum Konzept der §§ 306 ff. StGB vgl. Börner, *Ein Vorschlag zum Brandstrafrecht*, 2006, passim.

Inhaltlich unterscheiden sich § 306 Abs. 1 StGB und § 306a Abs. 1 StGB in den Objekten der Brandhandlung. Der § 306a Abs. 2 StGB hingegen übernimmt zwar mit Ausnahme der Fremdheit den Katalog des § 306 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 StGB, setzt darüber hinaus aber die vorsätzlich<sup>7</sup> herbeigeführte konkrete Gefahr der Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen voraus. Identisch sind alle drei Delikte im Hinblick auf die tatbestandlichen *Brandhandlungen*. Doch obwohl diese *Brandhandlungen* identisch formuliert sind, können sie trotzdem nur in Verbindung mit dem jeweiligen tatbestandlichen *Brandobjekt* betrachtet werden. Es stellt sich damit die Frage, ob die Voraussetzungen des In-Brand-Setzens einerseits und der (teilweisen) Zerstörung durch Brandlegung andererseits davon abhängen, welches *Brandobjekt* für das jeweilige Delikt relevant ist. Darum geht es in der gemeinsamen Rechtsfrage der hier betrachteten Entscheidungen.

#### 2. Die prozessuale Situation

Innerhalb des BGH sind fünf Strafsenate errichtet worden, die nach einem Geschäftsverteilungsplan für das gesamte Bundesgebiet über die gegen erstinstanzliche Urteile der Landgerichte und Oberlandesgerichte erhobenen Revisionen zu entscheiden haben, vgl. § 135 Abs. 1 GVG. Die mit dieser Zuständigkeit des BGH erstrebte Vereinheitlichung der Rechtsprechung setzt voraus, dass die Strafsenate keine voneinander abweichenden Entscheidungen treffen. Dem wird zunächst durch eine regelmäßige Information der beteiligten Bundesrichter über die jüngsten Entscheidungen der anderen Strafsenate genüge getan. Vor allem aber gilt bei unterschiedlichen Rechtsauffassungen ein besonderes Verfahren, dessen Einhaltung die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG berührt.

Möchte ein Strafsenat (erkennender Senat) von den tragenden Gründen einer vorherigen Entscheidung eines anderen Strafsenats abweichen (Innendivergenz), so vermag er dies nicht aus eigener Kraft. Zunächst obliegt es gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG dem erkennenden Senat, mit einem sog. Anfragebeschluss denjenigen Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, zu der Erklärung aufzufordern, ob an der vertretenen Rechtsauffassung festgehalten werde. Wenn dieser Senat dann erklärt, er gebe seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf, ist der erkennende Senat an der gewünschten Entscheidung nicht mehr gehindert. Anderenfalls obliegt es dem erkennenden Senat, die Rechtsfrage nunmehr gem. § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat für Strafsachen vorzulegen. Dieser besteht gem. § 132 Abs. 5 S. 1 GVG aus dem Präsidenten des BGH sowie je zwei Mitgliedern der Strafsenate. Zur Entscheidung wird abgestimmt, wobei im Falle der Stimmgleichheit, die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gilt, und das ist grundsätzlich der

<sup>7</sup> Dies ergibt sich zwingend aus einem Umkehrschluss aus der in § 306d Abs. 1 Var. 3 StGB eigens unter Strafe gestellten Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination des § 306a Abs. 2 StGB, weshalb der allgemeine Streit um die Anwendbarkeit des § 18 StGB auf konkrete Gefährdungen dahin stehen kann, vgl. Börner (Fn. 6), S. 41 ff.



Präsident des BGH, vgl. § 132 Abs. 6 S. 4 und S. 3 GVG. An die Entscheidung der Rechtsfrage durch den Großen Senat für Strafsachen ist der erkennende Senat gem. § 138 Abs. 1 S. 3 GVG gebunden. Vor diesem Hintergrund kann eine Verletzung der Verfahrensregeln aus § 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG zugleich eine im Wege der Verfassungsbeschwerde erfolgreich zu rügende Verletzung des durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsrechtlich garantierten gesetzlichen Richters sein.<sup>8</sup>

Im vorliegenden Fall hat der 4. Strafsenat seinen Anfragebeschluss an den 2. Strafsenat in der Erwartung gerichtet, dass dieser seine damalige Rechtsauffassung aufgeben werde. Insbesondere lege eine spätere Entscheidung des 2. Strafsenats nahe,<sup>9</sup> dass dieser nunmehr die Auffassung des 4. Strafsenats teile.<sup>10</sup> Weil aber die einmal vertretene Rechtsansicht des 2. Strafsenats nicht eindeutig aufgegeben worden ist, hat der 4. Strafsenat mit dem Anfragebeschluss den richtigen Weg beschritten, um die Innendivergenz eindeutig zu beheben und das Gebot des gesetzlichen Richters zu wahren.

### III. Das In-Brand-Setzen eines gemischt genutzten Gebäudes

Im Fall des 2. Strafsenats hatte das LG den Angeklagten gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB wegen schwerer Brandstiftung verurteilt. Dazu müsste ein Wohngebäude in Brand gesetzt worden sein.

#### 1. Die gemischte Nutzung

Problematisch war jedoch bereits, dass es sich nicht um ein reines Wohngebäude gehandelt hat, denn die über dem betroffenen Ladengeschäft im Erdgeschoss gelegene, bewohnte Dachgeschosswohnung selbst ist von dem Brand nicht erreicht worden. Zu dieser Konstellation der sog. gemischt genutzten Gebäude besteht ein alter Streit von hoher Praxis- und Examensrelevanz.

Nach h.M. kommt es nicht darauf an, in welchem Teil eines einheitlichen Gebäudes sich die Wohnung befindet, wenn der Brand in den Wohnbereich übergreifen kann.<sup>11</sup> Nötig wäre damit also zunächst ein nach der baulichen Beschaffenheit einheitliches Gebäude,<sup>12</sup> was in der Subsumtion besonderer Aufmerksamkeit bedarf. Für die Einheitlichkeit sprechen ein gemeinsames Treppenhaus, ein gemeinsamer Flur sowie

ineinander übergehende Räume;<sup>13</sup> dagegen sprechen Brandmauern<sup>14</sup> und nur unter Beseitigung besonderer Schutzvorrichtungen ausnahmsweise benutzbare Verbindungen.<sup>15</sup> Eine bloße räumliche Nähe durch angrenzende Bebauung als Reihen- und Doppelhaus oder im Innenstadtbereich reicht für sich genommen nicht aus.<sup>16</sup> Zudem muss der Täter um diese Einheitlichkeit des Gebäudes und die gemischte Nutzung wissen, doch Vorsatz auf den Brand der eigentlichen Wohnung ist hiernach (konsequent) nicht erforderlich.<sup>17</sup>

Obwohl die Anforderungen an die Feststellungen des Tatgerichts in diesem Punkt regelmäßig besonders hoch sind,<sup>18</sup> ist der 2. Senat ohne weiteres von der notwendigen Einheitlichkeit und der Möglichkeit der Ausbreitung des Brandes in den Wohnbereich ausgegangen, und zwar ohne diese Voraussetzungen der Grundsätze des In-Brand-Setzens bei gemischter Nutzung auch nur zu erwähnen.<sup>19</sup> Stattdessen wäre es angesichts der mitgeteilten Feststellungen des Tatgerichts angezeigt gewesen, das Urteil in diesem Anklagepunkt in dem gebotenen Umfang mit den Feststellungen aufzuheben und zur erneuten Verhandlung an eine andere Kammer des Landgerichts zurückzuverweisen.<sup>20</sup>

#### 2. In-Brand-Setzen

Als problematisch erachtete der 2. Senat stattdessen, ob das Gebäude als solches überhaupt in Brand gesetzt worden ist, mag der betroffene Teil nun zur Wohnnutzung gedient haben oder nicht. In Brand gesetzt ist ein Gebäude erst, wenn ein Teil, der für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentlich ist, so vom Feuer erfasst wird, dass es selbstständig und ohne Fortwirken des Zündstoffs weiter brennt.<sup>21</sup> Das Tatgericht hatte lediglich festgestellt, dass die als Deckenverkleidung dienenden Holzpaneele in dem Laden herunter gebrannt seien. Problematisch ist, ob die Holzpaneele bereits ein (wesentlicher) Bestandteil des Gebäudes waren. Das hängt von den näheren Umständen des Einzelfalles ab. Als wesentlicher Bestandteil sind etwa angesehen worden: Wohnungstür,<sup>22</sup> Türschwelle,<sup>23</sup> Flurtreppe,<sup>24</sup> Tür- und Fens-

<sup>8</sup> Vgl. nur Hannich, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 132 GVG Rn. 10 f.; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 132 GVG Rn. 13 a.E. sowie zu den Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG Börner, ZStW 122 (2010), 157 (158 ff.).

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 17.11. 2010 – 2 StR 399/10 m. Anm. Börner, StraFo 5/2011 (im Erscheinen).

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 15.02.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 7.

<sup>11</sup> BGH NStZ 1985, 455; BGH NJW 1987, 141; BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH NStZ 2000, 197 (198); BGH StV 2002, 145; BGH NStZ 2007, 270; a.A. Börner (Fn. 3), § 306a Rn. 20 m.w.N.

<sup>12</sup> BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH NStZ 2000, 197 (198); BGH StV 2002, 145.

<sup>13</sup> BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH StV 2002, 145.

<sup>14</sup> BGH NStZ 1984, 455; BGH StV 2001, 576; BGH StV 2002, 145.

<sup>15</sup> BGH NJW 1988, 3025 (3026).

<sup>16</sup> BGH NStZ 1984, 455; BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH StV 2001, 576; BGH, Beschl. v. 1.4.2010 – 3 StR 456/09, Rn. 4; Bachmann, NStZ 2009, 667 (669 f. mit Fn. 32).

<sup>17</sup> BGH NJW 1988, 3025 (3026).

<sup>18</sup> Vgl. nur BGH NStZ 2007, 270.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07, Rn. 6.

<sup>20</sup> Ohne diese notwendige Feststellung der Einheitlichkeit des Gebäudes würde auch die vom 2. Senat verfolgte Lösung über die Handlungsalternative des teilweisen Zerstörens nicht möglich gewesen sein, vgl. dazu unten IV.

<sup>21</sup> Vgl. nur BGHSt 48, 14 (18); BGH NStZ 1981, 220; BGH NJW 1987, 141; BGH NStZ 1994, 130.

<sup>22</sup> BGH NStZ 1981, 220.

<sup>23</sup> BGH NJW 1954, 1335.

<sup>24</sup> BGH NStZ 1981, 220.

terrahmen,<sup>25</sup> Holzfußboden<sup>26</sup> und Zimmerwand;<sup>27</sup> nicht hingegen: die Zimmertapete,<sup>28</sup> eine Fußbodensockelleiste,<sup>29</sup> eine Latten-Kellertür als solche;<sup>30</sup> ferner nicht Einrichtungsgegenstände, bspw. ein nicht mit der Wand ein ganzes bildendes Regal,<sup>31</sup> Mobiliar und sonstige bewegliche Gegenstände.<sup>32</sup> Für einen wesentlichen Teil können Festigkeit und Dauer der Verbindung mit dem Gebäude sprechen,<sup>33</sup> umgekehrt können jederzeit entfernbare verdübelte Verkleidungen und sonstige Ausschmückungen eines Gastraumes unbeachtliche Einrichtungsgegenstände sein.<sup>34</sup> Vor diesem Hintergrund sind die mitgeteilten Feststellungen des Tatgerichts bei weitem zu knapp, um die Relevanz der Holzpaneele für das In-Brand-Setzen abschließend beurteilen zu können. Der 2. Senat hingegen hat diese Frage auf sich beruhen lassen und die Verurteilung stattdessen auf die teilweise Zerstörung durch Brandlegung gestützt,<sup>35</sup> um die Sache nicht zur weiteren Aufklärung an das LG zurückverweisen zu müssen.

#### IV. Das teilweise Zerstören eines gemischt genutzten Gebäudes

Der 2. Senat meint, es sei jedenfalls eine teilweise Zerstörung eines Gebäudes durch Brandlegung nach § 306 a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB gegeben, weil das Ladengeschäft als abgrenzbarer Teil des Gebäudes für eine nicht unbeträchtliche Zeit nicht mehr seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch dienen konnte.<sup>36</sup> So sehr der Senat damit für die teilweise Zerstörung eines Gebäudes i.S.d. § 306 Abs. 1 S. 1 StGB sowie des § 306a Abs. 2 StGB recht gehabt haben würde, so hat er doch übersehen, dass es für § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB auf ein Wohngebäude und nicht auf irgendein Gebäude ankommt. Es handelt sich also um zwei unterschiedliche Fragen. Wo die Widmung zur Wohnung von Menschen nur einem abgegrenzten Teil des Gebäudes gilt, ist es begrifflich möglich und notwendig, für die teilweise Zerstörung einerseits nach dem Gebäude an sich zu fragen und andererseits danach, ob das Gebäude auch und gerade in seiner Qualität als Wohnung betroffen ist. Der 2. Senat indes hat mit seiner Argumentation nur das Gebäude an sich und damit nur §§ 306 Abs. 1 Nr. 1, 306a Abs. 2 StGB erfasst, nicht aber die Besonderheiten des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB berücksichtigt.

Demgegenüber richtet der 4. Senat seine Aufmerksamkeit genau auf die notwendige Unterscheidung. Nach seiner Auf-

fassung ist § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bei der Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude erst vollendet, wenn ein zum Wohnen bestimmter selbständiger Teil des Gebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Der Senat stützt sich dazu auf den Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, welcher sich auf das Wohnen richte. Dass das Feuer übergreifen könne, ändere nichts daran, dass der Erfolg i.S.d. § 306a Abs. 1 StGB ausgeblieben sei.<sup>37</sup> Diese Argumentation jedoch ist angreifbar und begegnet insbesondere dem Einwand, in der Alternative des In-Brand-Setzens eines gemischt genutzten Gebäudes genüge doch auch schon die bloße Gefahr des Wohnungsbrandes aufgrund einer Brandhandlung in einem anderen Gebäudeteil. Dieser Vergleich zur ersten Tatvariante ist notwendiger Bestandteil der Diskussion und führt unmittelbar zu dem alten Argument gegen die h.M., dass diese mit ihren Grundsätzen des In-Brand-Setzens bei gemischter Nutzung den Unwert des Versuchs unzutreffend zu einer Vollendung umdeklariere, denn die Wohnung selbst hat nie gebrannt.<sup>38</sup>

Der interessanteste Punkt des Anfrageverfahrens wird daher sein, ob und wie es dem BGH gelingen wird, die unterschiedlichen Ergebnisse für das In-Brand-Setzen einerseits und das teilweise Zerstören andererseits zu begründen. Der 4. Senat selbst macht dazu keine näheren Ausführungen, verweist jedoch auf eine Entscheidung des 3. Senats vom 26.1.2010,<sup>39</sup> in der es heißt, eine (teilweise) Zerstörung könne auf vielfältigen durch die Brandlegung ausgelösten Umständen beruhen, etwa auf einer Rußentwicklung oder auf der Einwirkung von Löschmitteln. Sie sei deshalb, wenn sie die gewerblichen Räume betreffe, nicht typischerweise auch mit einer Gefährdung der Personen verbunden, die sich in dem zu Wohnzwecken genutzten Gebäudeteil aufhalten. Auf diesen Gebäudeteil bezogen liege der Sachverhalt nicht anders als bei einer Brandlegung, deren Erfolg ausgeblieben ist.<sup>40</sup> Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Erwägungen tragen. Zunächst ist hervorzuheben, dass es bislang nicht abschließend geklärt ist, ob Zerstörungen durch Löschmittel tatsächlich genügen. Nach zutreffender Ansicht ist dies nicht der Fall, da es nach dem Schutzzweck auf das Gefährdungspotential des geschaffenen Brandherdes ankommt.<sup>41</sup> Es macht für die Sicherheit der Bewohner einen wesentlichen Unterschied, ob die Räume voll von heißem Qualm sind oder ob der Fußboden unter Wasser steht. Andererseits ist die vom 3. Senat erwähnte Rußentwicklung in unbewohnten Teil keineswegs typischerweise ungefährlicher für die Bewohner als ein Brand von dort gelegenen Bestandteilen des Gebäudes. Personen sterben durch Brandsituationen regelmäßig aufgrund von

<sup>25</sup> BGH NStZ 1981, 220; BGH NStZ 1985, 408.

<sup>26</sup> BGH NStZ 1981, 220; BGH NStZ 1985, 408; BGH NJW 1987, 141; OLG Hamburg NJW 1953, 117.

<sup>27</sup> BGH NStZ 1981, 220; BGH NStZ-RR 2000, 42.

<sup>28</sup> BGH NStZ 1981, 220.

<sup>29</sup> BGH NStZ 1994, 130 m.w.N.

<sup>30</sup> BGHSt 44, 175; BGH NStZ 2003, 266; diff. BGHSt 18, 363 (364 ff.).

<sup>31</sup> BGHSt 16, 109 (110).

<sup>32</sup> BGH StV 1984, 245; BGHSt 48, 14 (18); OLG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 80.

<sup>33</sup> BGH NStZ 1994, 130 m.w.N.

<sup>34</sup> BGH StV 2002, 145.

<sup>35</sup> BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07, Rn. 6.

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07, Rn. 6.

<sup>37</sup> BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 6.

<sup>38</sup> Vgl. nur Heine (Fn. 3), § 306a Rn. 11; Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 306a Rn. 33.

<sup>39</sup> BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 6.

<sup>40</sup> BGH StraFo 2010, 213 (214) m. abl. Anm. Bachmann/Goeck, ZIS 2010, 445.

<sup>41</sup> Radtke (Fn. 38), § 306 Rn. 53 f. sowie Börner (Fn. 3), § 306 Rn. 32.

Verletzungen der Atemwege, bevor es zu Verbrennungen des Körpers kommt. Deshalb ist die Frage erlaubt, weshalb der Brand des Holzfußbodens eines Ladengeschäfts nach Maßgabe gemischter Nutzung die Tat vollenden soll, wogegen ein Brand des Inventars, der durch Hitze und Ruß das Ladengeschäft zerstört, nicht in gleichem Maße Beachtung findet. In beiden Fällen hat der Täter eine Gefahrenquelle geschaffen, welche den Wohnraum zwar durch weitere Ausdehnung erreichen könnte, aber gerade noch nicht erreicht hat. Hier wie dort handelt es sich im Hinblick auf den Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB um den Unwert eines Versuchs. Daher ist dem 4. Senat in seiner Auffassung zur teilweisen Zerstörung durch Brandlegung beizupflichten, zugleich aber eine Aufgabe der Rechtsprechung zur gemischten Nutzung in der Variante des In-Brand-Setzens zu verlangen.

Die Verschiedenheit der Voraussetzungen einer teilweisen Zerstörung durch Brandlegung, welche auf den unterschiedlichen Eigenarten der Tatobjekte beruht, kommt dadurch zum Ausdruck, dass der Senat den Schuldpruch dahingehend zu berichtigen wünscht, dass der vollendete § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Tateinheit zu dem nur versuchten § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB steht,<sup>42</sup> obwohl es sich um das selbe Brandereignis im selben Gebäude handelt. Dieses Ergebnis des Senats ist konsequent und zutreffend.

#### V. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB bei Betrug und die Geltung des § 28 Abs. 2 StGB

Darüber hinaus berührt die Entscheidung des 4. Senats zwei weitere dogmatische Fragen, die im Examen ebenso wie in der forensischen Praxis von erheblicher Bedeutung sein können.

##### 1. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB bei Versicherungsbetrug

Der BGH steht auf dem zutreffenden Standpunkt, dass auch die Absicht eines späteren Versicherungsbetruges für die von § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Ermöglichungsabsicht genügt,<sup>43</sup> wogegen das Schrifttum einen Bezug zur Brandsituation verlangt.<sup>44</sup> Die gesetzestechnische Herkunft des Merkmals aus § 211 Abs. 2 StGB sowie die dahinter stehende Pönalisierung der subjektiven Verknüpfung eines Unrechts mit einem weiteren Unrecht lassen indes schwerlich ein anderes Verständnis der Norm zu als dasjenige des BGH.<sup>45</sup> Das eigentliche Problem besteht in der drohenden Verletzung des Prinzips schuldangemessenen Strafens, da trotz der Mindeststrafe des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB von fünf Jahren Freiheitsstrafe gesetzlich ausnahmsweise kein minder schwerer Fall vorgesehen ist. Ein gangbarer Ausweg, um einem sachlich gegebenen minder schweren Fall Rechnung zu tragen – falls ein solcher tatsächlich einmal vorliegen

<sup>42</sup> BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 4.

<sup>43</sup> Vgl. nur BGHSt 45, 211 (216 ff.); BGH NStZ 2008, 571; Börner (Fn. 3), § 306b Rn. 9 ff.; Wolff (Fn. 3), § 306b Rn. 21.

<sup>44</sup> Vgl. nur LG Kiel StV 2003, 675 m. Anm. Ostendorf; Hecker, GA 1999, 332; Küpper (Fn. 3), II § 5 Rn. 19 f.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 306b Rn. 4 m.w.N.

<sup>45</sup> Vertieft Börner (Fn. 6), S. 52 ff.

sollte<sup>46</sup> – wäre die Anwendung der vom BGH für den Heimtückemord entwickelten Rechtsfolgenlösung, indem im Wege der Gesetzesfortbildung eine Strafmilderung gewährt wird.<sup>47</sup>

##### 2. Die Bedeutung von § 28 Abs. 2 StGB

Die Besonderheit im Falle des 4. Strafsenats besteht darin, dass der Revisionsführer sich gegen seine Verurteilung wegen Anstiftung zu § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB wendet. Die Täter hingegen konnten nicht ermittelt werden. Zudem wird nicht mitgeteilt, ob diese Täter um den Betrug als Zweck der Brandstiftung gewusst haben,<sup>48</sup> doch darauf kommt es wegen § 28 Abs. 2 StGB auch nicht an. Diese Norm wird im Studium zumeist allein mit dem systematischen Verhältnis der §§ 211, 212 StGB assoziiert, wodurch die Allgemeingültigkeit der dogmatischen Funktion des § 28 Abs. 2 StGB leicht in den Hintergrund gerät. Diese Norm hat mit ihrer von der h.M. angenommenen tatbestandsverschiebenden Wirkung<sup>49</sup> gleichsam den Effekt, dass im Hinblick auf ein besonderes persönliches Merkmal für jeden Tatbeteiligten das für ihn passende Delikt zur Anwendung kommt, ohne dass es darauf ankäme, ob das von dem besonderen persönlichen Merkmal abhängige qualifizierte Delikt auch für einen anderen Beteiligten zur Anwendung kommt. Es genügt deshalb für die Anstiftung zu § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB, dass der Anstifter selbst in Ermöglichungsabsicht gehandelt hat, ohne Rücksicht darauf, ob die Täter diese Absicht teilten oder welche Vorstellung sich der Anstifter von den Absichten der Täter gemacht hat.

Wiss. Assistent Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. René Börner, Potsdam

<sup>46</sup> Es erscheint zweifelhaft, ob das alleinige Argument des fehlenden Bezuges zur Brandsituation zum minder schweren Fall führt, denn was einen Totschlag zum Mord macht, sollte auch eine schwere Brandstiftung zur besonders schweren machen können. Statt dessen käme es auf eine Gesamtbeurteilung an, wobei eine Milderung insbesondere dann in Frage käme, wenn der Gefährdungsgrad und der zu erzielende Vermögensvorteil des Betrugs gering sind, oder wenn der Täter in erheblichem Umfange tätige Reue leistet, jedoch ohne damit unter den Schutz des § 306e StGB zu fallen, weil bereits ein erheblicher Schaden eingetreten ist.

<sup>47</sup> Börner (Fn. 3), § 306b Rn. 9.

<sup>48</sup> BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 2 f.

<sup>49</sup> Statt aller Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 28 Rn. 8 m.w.N.; a.A. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 19 (Strafzumessungsregel).

## B u c h r e z e n s i o n

**Ulrich Foerste**, Insolvenzrecht, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2010, € 21,90.

Das Insolvenzrecht ist eine schwierige Materie, die jedoch in der Praxis eine große Rolle spielt. Durch eine starke Zunahme von Insolvenzen in den letzten 20 Jahren ist die Bedeutung weiterhin gestiegen. Fast täglich entscheidet der IX. Senat des BGH zu insolvenzrechtlichen Fragen und ein wirtschaftsrechtlich tätiger Anwalt kann heute ohne solide Kenntnis im Insolvenzrecht nicht mehr arbeiten.

Vor diesem Hintergrund kann nur dringend empfohlen werden, sich rechtzeitig mit diesem Rechtsgebiet vertraut zu machen, auch wenn sich die rechtlichen Grundlagen ständig – und eine weitere Reform des Insolvenzrechts steht an – ändern.

Der vorliegende Grundriss von *Foerste* macht anhand von Fällen, die geschickt in die grundsätzliche Darstellung eingebunden werden, den Ablauf eines Insolvenzverfahrens deutlich und zeigt die wesentlichen Rechtsgrundsätze hierbei auf.

Durch klare Strukturen, eine prägnante Darstellung und einige Übersichten wird der Leser mit den Abläufen des Insolvenzverfahrens vertraut gemacht. Dem interessierten Studenten und Referendar sei jedoch ans Herz gelegt, auch die wesentlichen BGH-Urteile „nachzuarbeiten“, denn (scheinbares?) Wissen und die Kunst, sein Wissen zu gebrauchen, sind bekanntlich zweierlei. Insoweit sollte der *Autor* nicht nur insolvenzrechtliche Zeitschriften zitieren, sondern auch Datum und Aktenzeichen des Urteils, damit es in der Urteilsdatenbank des BGH sofort aufgefunden werden kann.

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH (IX. und XI. Senat) zur Rechtsmacht des Insolvenzverwalters, Lastschriften grundlos zu widerrufen, wird dargestellt (Rn. 82 ff.).<sup>1</sup> Das Problem wird sich insoweit wohl durch eine Vorabautorisierung in den Banken-AGB entschärfen. Die Haftung des Insolvenzverwalters hierbei wird in Rn. 53, 156 beim Lastschriftwiderruf angesprochen.

§ 55 Abs. 2 InsO betrifft nur den vorläufigen Verwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist (zu ergänzen: BGH, Urt. v. 13.1.2011 – IX ZR 233/09). Eine Haftung nach § 61 InsO kommt i.Ü. nur in Betracht, wenn der Insolvenzverwalter die Rechtsmacht hatte, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Die Nichtgenehmigung einer Lastschrift durch den Insolvenzverwalter kann auch nicht zu einem Anspruch führen, der als Masseverbindlichkeit anzusehen ist.

Übersichtlich und aktuell wird auch die Rechtsprechung zur Aufrechnung in der Insolvenz erläutert (Rn. 193 ff). Bei der Aufrechnung mit Nebenkostenguthaben aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung gegen die laufenden Mietforderungen in der Insolvenz des Vermieters, ist der nun umgekehrte Fall zu ergänzen: bei Insolvenz des Mieters, die einen Abrechnungszeitraum für Betriebskostennachforderungen vor Insolvenzeröffnung betrifft, liegt auch dann nur eine einfache Insol-

venzforderung vor, wenn der Vermieter erst nach Insolvenzeröffnung abgerechnet hat (BGH, Urt. v. 13.4.2011 – VIII ZR 295/10).

Bei der Insolvenz des Leasingnehmers wäre noch auf die Kündigungssperre von § 112 InsO hinzuweisen (bereits ab Eröffnungsantrag), i.Ü. berechtigt das Eigentum des Leasinggebers zur Aussonderung.

Kurz angesprochen wird auch der Überweisungsverkehr im Girovertrag (Rn. 269), zu vertiefen wären auch Kautionsicherungsverträge in der Insolvenz des Auftraggebers und Dienstverhältnisse in der Insolvenz (hierzu Rn. 250).

Die Kautionsicherung muss getrennt angelegt sein, sonst besitzt der Mieter in der Insolvenz des Vermieters nur eine Insolvenzforderung. Eine Aussonderung ist daher nur möglich, wenn das Konto ausschließlich zur Aufnahme von Fremdgeldern bestimmt ist.

Ebenso ist die Rechtslage, wenn der Wohnungseigentümer dem Verwalter den Auftrag erteilt, auf einem von ihm einzurichtenden Konto die von den Mietern geschuldeten Zahlungen einzuziehen, der Verwalter dieses Konto jedoch auch für die Abwicklung eigener Zahlungsvorgänge verwendet. Auch hier steht dem Vermieter in der Insolvenz des Verwalters an den vor Insolvenzeröffnung auf dem Konto eingehenden Mietzahlungen weder ein Aussonderungs- noch ein Ersatzaussonderungsrecht zu.

Auch die Insolvenzanfechtung ist auf etwa 30 Seiten knapp und anhand von Fällen einprägsam dargestellt.

Hervorzuheben ist nicht zuletzt ein ausführliches Paragrafen- und Sachregister (zusammen fast 20 Seiten).

Aufgrund der präzisen Darstellung und Hervorhebung der wesentlichen Leitsätze und Fallgruppen ist der Grundriss sehr gut als Einführung für Studenten und Referendare geeignet, ebenso für den nicht ständig mit Insolvenzrecht befassten Praktiker, der sich in die Materie einarbeiten möchte. Wer darüber hinaus die angeführten Urteile nachliest und sich hiermit beschäftigt, hat mit dem „*Foerste*“ den Nutzen eines wirklich „großen“ Lehrbuchs.

Fazit: Zur Anschaffung uneingeschränkt zu empfehlen.

RA Dr. Jürgen Niebling, München-Pullach

<sup>1</sup> Zum Einfluss auf die AGB-Banken: *Bunte*, AGB-Banken, 3. Aufl. 2011, (1) Nr. 7 Rn. 177.

### B u c h r e z e n s i o n

**Alexander Dix u.a.** (Hrsg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2009, Lexxion, Berlin 2009, 365 S., brosch., € 78,-

Das Informationsfreiheitsrecht ist spätestens seit dem Inkrafttreten des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes im Jahre 2006 in das Bewusstsein der Öffentlichkeit getreten. Die vielfältigen Einwirkungen auf das Verwaltungsrecht sind dagegen zum großen Teil schon früher deutlich geworden, gilt doch in Deutschland seit 1994 eine europarechtlich vorgegebene Informationsfreiheit in Bezug auf Umweltdaten. Nichtsdestotrotz wirft das Informationsfreiheitsrecht eine Reihe von spezifischen und strukturellen Fragen auf, die nicht nur die Verwaltungspraxis bestimmen, sondern die zunehmend auch in den Blick bereits der juristischen Ausbildung gelangen. Insofern ist es nicht nur für Behördenmitarbeiter, interessierte Bürger und entscheidende Richter, sondern auch bereits für Jurastudenten unerlässlich, sich mit einigen Aspekten dieses in Deutschland jungen Rechtsgebietes auseinanderzusetzen. Einen vertiefenden Überblick verschaffen dabei die Jahrbücher der Deutschen Gesellschaft für Informationsfreiheit, von denen das Jahrbuch 2009 im Folgenden kurz vorgestellt sei.

Es enthält neben Übersichtsbeiträgen, etwa zum Stand der Informationsfreiheit in Deutschland von *Sven Berger* und der neueren Rechtsprechung zum UIG von *Gregor Franssen* und *Christian Tenhofen*, einen rechtsvergleichenden Beitrag von *Richard Thomas* zur „Freedom of Information in the UK“ sowie europarechtliche Aufsätze von *Frankie Schram* zur „First International Convention on Access to Official Documents in the World“ und vom deutschen Richter am EuGH, *Thomas von Danwitz*, zur „Öffentlichkeit, Transparenz und Vermittlung von Rationalität in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften“. Einen guten Einblick in die Struktur von Informationsfreiheitsgesetzen gibt der Aufsatz von *Marcel Dalibor*, der das Informationsfreiheitsrecht in Deutschland am Beispiel des IFG Mecklenburg-Vorpommerns untersucht. Mit dem Beitrag von *Ulrich Wustmann* zu Praxisproblemen bei der Umsetzung des VIG und dem Rechtsprechungsbeitrag von *Dirk Lechtermann* zur Rechtsprechung des OVG NRW zum Informationsfreiheitsrecht werden ebenso verlässliche Darlegungen geboten wie mit den übrigen Beiträgen, die – wie der Beitrag von *Sabine Sauerwein* zur Gebührenerhebung nach der Informationsgebührenverordnung – zum Teil rechtspolitisch motiviert sind oder wie insbesondere die Beiträge von *Peter Schaar* und *Michaela Schulze* zur Anrufung des Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit nach § 12 Abs. 1 IFG als Modell außergerichtlicher Streitbeilegung und dem Beitrag von *Wilhelm Mecklenburg* und *Benno H. Pappelmann* zur Internetfreiheit 02 durchaus über den Rahmen des Informationsfreiheitsrechts hinausgehen.

Wegen seiner Abstrahierbarkeit und der aus ihr folgenden (teilweisen) Übertragbarkeit auf andere Formen des staatlichen Informationshandelns ist der Beitrag von *Dietrich Murswiek* von besonderem Interesse. Er befasst sich ausge-

hend von dem sog. „JF-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> mit der Frage, inwieweit Verfassungsschutz durch Information der Öffentlichkeit auf verfassungskonforme Weise gewährleistet werden kann. Sein Résumé stimmt nachdenklich, weil die meisten der jüngeren Verfassungsschutzberichte den verfassungsgerichtlich postulierten Anforderungen (insbesondere an die Wahrung der Pressefreiheit) nicht genügen. Ein anderes Problem von ebenso allgemeiner politischer Bedeutung beleuchtet *Susanne Olbertz*, die das Verhältnis des Stasi-Unterlagen-Gesetzes zur allgemeinen Informationsfreiheit untersucht. Und schließlich widmet sich *Peter Schaar* in einem weiteren Beitrag, dieses Mal zusammen verfasst mit *Dirk Hensel*, dem Auskunftsanspruch des § 34 BDSG in Bezug auf Telekommunikationsverkehrsdaten. Die aufgeworfene Frage, ob der Telekommunikationsnutzer gegenüber seinem Provider einen Anspruch auf Auskunftserteilung über die zu seiner Person gespeicherten Verkehrsdaten habe, wird nur im Grundsatz bejaht, im Übrigen aber mit Blick auf die häufig betroffenen Grundrechte des Fernmeldegeheimnisses und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung anderer Teilnehmer aber ein gesetzlicher Handlungsbedarf erkannt.

Insgesamt erweist sich das Jahrbuch 2009 zur Informationsfreiheit und zum Informationsrecht als eine ausgesprochen geeignete Dokumentation der Vielfältigkeit dieses noch neuen Rechtsgebiets. Entsprechend der unterschiedlichen Verwurzelung der Autoren werden praktische Aspekte ebenso beleuchtet wie primär wissenschaftliche Fragestellungen in den Vordergrund gerückt. Für ein hohes Mindestmaß der durchaus unterschiedlichen Qualität der einzelnen Beiträge haben die Herausgeber hinreichend gesorgt. Insofern sei dieses Jahrbuch jedem zur Lektüre empfohlen, der sich mit den Grundlagen wie mit den Feinheiten der Informationsfreiheit vertraut machen will.

*Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg*

<sup>1</sup> BVerfGE 113, 63.

## B u c h r e z e n s i o n

**Kathrin Ruhl/Nina Mahrt/Johanna Töbel (Hrsg.)**, Publizieren während der Promotion, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, 268 S., kart., € 29,95

Nicht jeden Doktoranden in der Rechtswissenschaft treibt die tiefsitzende Neugier des Wissenschaftlers zu seiner Arbeit. Auch Karriereaussichten und das Sozialprestige, das mit dem Doktorgrad verbunden ist, können den Ausschlag gegeben haben, einige Monate oder Jahre seines Lebens für ein mitunter sprödes Thema hinzugeben. Wer jedoch ein wissenschaftliches Interesse am Wesen des Rechts hegt oder gar höhere akademische Weihen erstrebt, den mögen Neugier oder Ehrgeiz bereits während der Promotionsphase auch zu weiteren kleineren Publikationen veranlassen. Über solche Vorhaben, die selbst als „Nebenerträge“ (S. 116) der Dissertation bisweilen die Zeit bis zu deren Abschluss nicht unbeträchtlich verlängern, kann man geteilter Ansicht sein. Der Doktorand, der dieser Skepsis zum Trotz dennoch schreiben und das Geschriebene auch veröffentlichen will, war dabei bislang auf den Rat seines Doktorvaters und erfahrener Kollegen angewiesen: Zwar existiert eine Vielzahl von Ratgebern, Leitfäden und „How to's“, die Strategien, Techniken und Regeln für den Promotionserfolg vermitteln wollen. Wer jedoch eine Rezension verfassen, einen Aufsatz in einer Zeitschrift unterbringen oder einen Sammelband herausgeben will, wird von der Ratgeberliteratur weitgehend im Stich gelassen.

In diese Lücke stößt der zu besprechende Sammelband. Dreißig kurze Kapitel sind in fünf Abschnitten zu Schreibprozess, Textsorten, Fachzeitschriften, Publikationswegen und Rahmenbedingungen thematisch zusammengefasst und mit Einleitung, Schlussgedanken und Nachwort versehen. Mit zwei Ausnahmen entstammen alle *Autoren* den acht Fachbereichen der Universität Koblenz-Landau, an deren „Interdisziplinärem Promotionszentrum“ das Werk entstanden ist.

Vorwegzuschicken ist, dass sich das Buch nicht ausdrücklich an Juristen wendet. Dem interdisziplinären Anspruch gemäß spiegeln die einzelnen Kapitel die Perspektive der jeweiligen Fachvertreter und die zum Teil sehr unterschiedlichen Publikationskulturen in den Fächern wider. Die Universität Koblenz-Landau verfügt jedoch nicht über eine juristische Fakultät, weswegen die Eigenheiten der Rechtswissenschaft keine Berücksichtigung gefunden haben. So heißt es an einigen Stellen, dass Promovierende „mit dem Verfassen ihrer Studienabschlussarbeit“ (S. 9) bereits Erfahrung mit wissenschaftlichem Schreiben gesammelt hätten. Dies trifft auf Juristen jedoch in der Regel nicht zu – die Praxisorientierung des Studiums bringt es mit sich, dass manche Doktoranden, die in der gutachterlichen Lösung von Fällen geübt sind, mit der Dissertation erstmals einen längeren wissenschaftlichen Text verfassen. Im dritten Abschnitt, der verschiedene Textsorten behandelt, fehlen Hinweise auf typisch juristische Gattungen wie Urteilsanmerkung und Kommentar, und der vierte Abschnitt, in dem die *Verf.* Zeitschriftenartikel als herausgehobene Textsorte in ihrer Bedeutung für die ver-

schiedenen Fächer betrachten, spart die Rechtswissenschaft ebenso aus.

Diese Mängel mindern den Wert des Ratgebers jedoch kaum. Viele Beiträge zu den Geistes-, Kultur- und Sozialwissenschaften lassen sich auf die Rechtswissenschaft und insbesondere die juristischen Grundlagenfächer übertragen, die methodisch ohnehin ihren Nachbarwissenschaften oft näher stehen als der Dogmatik. Auch wenn spezifisch juristische Textgattungen nicht vertreten sind, sind die Kapitel zu Rezensionen, Tagungsberichten, Lexikonartikeln und Beiträgen zu Hand- und Lehrbüchern sowie zu Tagungs- und Sammelbänden auf alle Fächer anwendbar.

Andere Kapitel betreffen jeden Autor ungeachtet seiner fachlichen Interessen. Dies gilt etwa für den Abschnitt über die Herausforderungen des Schreibprozesses wie Zeitmanagement, Schreibimpulse und -hemmnisse sowie die Überarbeitung des liebgewonnenen Werkes („Wasch mich, aber mach mich nicht nass“, S. 42). Informativ sind auch die Überlegungen zu den Kriterien des wissenschaftlichen Schreibens, die zum Teil widerstreitende Anforderungen an den Autor stellen. Das achtseitige Kapitel über Veröffentlichungen in englischer Sprache kann dagegen nur grobe Hinweise und Lektüeranregungen geben: Das umfassende Thema verdient eine selbständige Behandlung, die es in dutzenden Ratgebern zum „Academic Writing“ auch erfahren hat.

Die Ausführungen zu Publikationswegen sowie zu dem organisatorischen und finanziellen Rahmen des Schreibens sind ebenso von allgemeinem Interesse. Einen Sammelband herauszugeben, den „richtigen“ Verlag zu finden und seine Publikationen auch zu finanzieren sind Herausforderungen, denen man mit rechtzeitiger Planung begegnen kann. Hilfreich sind die Hinweise zur Ablehnung von Beiträgen, die einerseits einen Blick in den Begutachtungsprozess erlauben und andererseits Wege aufzeigen, mit Kritik umzugehen. Etwas unkritisch muten dagegen die Ausführungen zu Bildrechten an. Zwar stellt der *Verf.*, der „mit dem Problem der Bildrechte [...] ständig konfrontiert“ (S. 265) ist, die gewachsene Bedeutung des Bildes für wissenschaftliche Texte umsichtig dar. Zu Bild- bzw. Zitatrechten verweist er dagegen im Wesentlichen auf Auskünfte der Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst, die an erster Stelle daran interessiert sein dürfte, die Interessen ihrer Mitglieder zu wahren. Der Rat, „bei übernommenen Abbildungen genaue Auskünfte einzuholen“ (S. 241), ist daher zu unterstreichen.

Ein Band über das wissenschaftliche Publizieren wäre nicht zeitgemäß, wenn die *Autoren* nicht die Einflüsse neuer Medien aufgriffen. Die Publikationswege des Book on Demand und Open Access haben daher ebenso Eingang gefunden wie Hinweise zu Textverarbeitungsprogrammen und zu digitalen Mitteln der Literaturverwaltung. Die rasanten Entwicklungen auf diesen Gebieten bergen jedoch Gefahren für einen gedruckten Ratgeber, wie das Kapitel über die „Netzpräsenz als DoktorandIn“ (S. 212) zeigt: Erfreulich ist hier der Hinweis auf die Blogkultur, die in Deutschland noch weit weniger entwickelt ist als etwa in der amerikanischen (rechts-)wissenschaftlichen Gemeinschaft. Als Beispiel dient jedoch ein Blog, das bereits bei Erscheinen des Bandes nicht mehr gepflegt wurde.

Insgesamt ist es den Herausgeberinnen gelungen, aus der Vielzahl der Einzelbeiträge ein einheitliches Gesamtwerk zu schaffen. Jedem Abschnitt ist eine kurze Einleitung beigegeben, jedem Kapitel eine Literaturliste zur Vertiefung. An vielen Stellen finden sich zudem Querverweise im Buch, wenn andere Kapitel verwandte Themen oder unterschiedliche Aspekte desselben Themas behandeln. Die wirkliche Stärke des Bandes liegt jedoch darin, dass er nicht davor zurückschreckt, seine eigenen Voraussetzungen in Frage zu stellen. Dies zeigt sich zum einen in den Schlussbetrachtungen der Herausgeberinnen, die der Frage „Publizieren um jeden Preis?“ (S. 253) nachgehen und kritische Gedanken zum richtigen Maß und zum Verhältnis von Beruf und Privatleben äußern. Mehr noch zweifelt *Ulrich Sarcinelli* in seinem klugen Nachwort an der „These vom ‚Publizieren als System‘“ (S. 261), die er vor dem Hintergrund seiner eigenen Erfahrungen reflektiert. Angelehnt an das Werk des Renaissance-Autors *Machiavelli* gibt *Sarcinelli* fünf Ratschläge für Nachwuchswissenschaftler, die diese im Spannungsfeld von *virtù* und *fortuna*, Tüchtigkeit und Schicksal, leiten sollen.

Wer schreiben will, wird sich von Zeitaufwand und möglichen Rückschlägen nicht abschrecken lassen. Diese Leidenschaft für das Schreiben hat seit Jahrhunderten zu unzähligen Veröffentlichungen geführt, ohne dass es dazu geschriebener Ratgeber bedurft hätte. Ein solches Lernen durch Handeln kostet jedoch jeden Autor von neuem Zeit und Energie. Die Beiträge in diesem Sammelband können helfen, die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen „kleiner“ Veröffentlichungen zu klären, und so die Konzentration auf die Inhalte erleichtern. Es bleibt den angehenden Autoren überlassen, ob sie diese Hilfestellung annehmen.

*Wiss. Mitarbeiter Sandro Wiggerich, Münster*



# Typografie für Juristen

Von Dr. Kai Engelbrecht, Bad Reichenhall\*

*Die meisten Juristen verbringen einen nicht unerheblichen Teil ihrer Zeit mit der Produktion von Texten. Der folgende Beitrag macht mit einigen Grundregeln lesegerechter Typografie vertraut, nennt häufige Fehlerquellen und gibt Hinweise für den Umgang mit einem marktgängigen Textverarbeitungsprogramm.*

## I. Warum Typografie?

Was der wissenschaftlich tätige Jurist schreibt, soll meist irgendwann den Weg in eine Zeitschrift oder ein Buch finden. Bei vielen Verlagen ist die Einlieferung einer Word-Datei Standard, wenn nicht ohnehin eine reproduktionsfähige Vorlage erbeten wird. Können die Zeitschriftenredaktionen noch manchen Fehler beheben, ist etwa der Doktorand mit seiner Dissertation nicht selten auf sich gestellt: Die Druckvorbereitung erledigt der Autor, bestenfalls von einem Merkblatt geleitet, ganz allein. Meint der Verlag, für den Satz auf einen Fachmann verzichten zu können, sollte der an seine Stelle tretende Jurist über Grundkenntnisse in Typografie verfügen. Dabei geht es nicht um gestalterische Raffinessen, sondern um das ‚Einmaleins‘ des Textsatzes, dasjenige, was notwendig ist, mit vergleichsweise einfachen Mitteln einen ästhetisch erträglichen und vor allem gut lesbaren Text herzubringen.<sup>1</sup>

## II. Schriften

Die meisten der in Textverarbeitungsprogrammen ‚eingebauten‘ Schriften gehören Familien von Schriftschnitten an. Neben der Standardschrift gibt es hier etwa kursive, fette und fett-kursive Schnitte, auch Kapitälchen. Jeder dieser Schriftschnitte ist ein separater, von einem Schriftgestalter gefertigter Zeichensatz. Das verbreitete Textverarbeitungsprogramm Word weckt bei seinen Benutzern die Vorstellung, jede der angebotenen Schriften sei auch fett, kursiv, fett-kursiv sowie in Kapitälchen verfügbar. Oftmals finden sich aber nur rechnerisch schräggestellte anstelle kursiver, breitgedrückte anstelle fetter und schräggestellt-breitgedrückte anstelle fett-kursiver Zeichen. Als ‚Kapitälchen‘ erscheinen kleingerechnete Großbuchstaben, die in Gesellschaft von Kleinbuchstaben der Standardschrift auffallend schwächig wirken. ‚Echte‘ Kapitälchen sind in Strichdicke und Proportionen an die Kleinbuchstaben gleicher Größe angepasst. Der Benutzer eines Textverarbeitungsprogramms sollte sich vor der Entscheidung für eine bestimmte Schrift davon überzeugen, ob

\* Dr. Kai Engelbrecht ist Rechtsrat bei der Stadt Bad Reichenhall, zuvor war er Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht der Universität München. Der Beitrag beruht auf langjährigem Umgang mit studentischen Arbeiten und akademischen Qualifikationschriften.

<sup>1</sup> Literatur: Willberg/Forssman, Erste Hilfe in Typografie, 5. Aufl. 2009; ausführlicher Willberg/Forssman, Lesetypografie, 5. Aufl. 2010, sowie Forssman/de Jong, Detailtypografie, 4. Aufl. 2008.

die benötigten Zeichensätze auch in selbständigen Schriftschnitten vorhanden sind. Zunächst ein Beispiel für ‚echte‘ Kursiv- und Fettbuchstaben (Schriftart ist Book Antiqua):

Abbildung 1: ‚Echte‘ Kursiv- und Fettbuchstaben

Standard	kursiv	fett	fett-kursiv
g f	<i>g f</i>	<b>g f</b>	<b><i>g f</i></b>

Die Kursive gewinnt durch ihre Zeichnung eine nach rechts strebende Gestalt. Das ‚g‘ wirkt schwingvoll, nicht statisch, das ‚f‘ ist schon auf Grund der Unterlänge deutlich zu unterscheiden. Bei den Fetten sind die Strichstärken klar kontrastiert. Hier ein Gegenbeispiel:

Abbildung 2: ‚Pseudo‘-Kursiv- und Fettbuchstaben

Standard	schräg	breit	breit-schräg
g f	<i>g f</i>	<b>g f</b>	<b><i>g f</i></b>

Bei den (Pseudo-)Kursiven ist lediglich die vertikale Achse gekippt, die Buchstaben sehen aus, als käme ein Windstoß von links. Die Öffnungen des ‚g‘ sind gestalterisch nicht an die neue Lage angepasst, das ‚f‘ ist baugleich mit dem Standardbuchstaben. Bei den falschen Fetten wirkt bloß alles ein wenig voluminöser, die Proportionen sind nicht den stärkeren Strichdicken angepasst.

Für den Satz juristischer Texte ist die Times New Roman trotz ihrer Gängigkeit eine gute Wahl. Ihre Lesbarkeit ist hervorragend, sie hat einen ausgebauten Zeichensatz auch in den Varianten fett, kursiv und fett-kursiv, wenngleich ‚echte‘ Kapitälchen in Word fehlen. Die Größe sollte für den Haupttext bei 11–12 Punkt liegen, für Fußnoten um 2 Punkt darunter. Die Schrift kann mit einer Laufweite von bis zu + 0,2 Punkt<sup>2</sup> verwendet werden. Dadurch wirkt das ansonsten recht dichte Schriftbild entspannter; auch entstehen bei fotomechanischer Vervielfältigung keine unfreiwilligen Ligaturen (dazu unten III. 6.).

Wer die Times New Roman nicht schätzt, sollte bei der Suche nach einer Alternative auch daran denken, dass jede Schrift bei ihren Lesern Assoziationen weckt. Eine mäßige Seminararbeit, die in einer ‚kostbareren‘ Schrift etwa aus der Garamond- oder Bodoni-Familie daherkommt, kann Befremden auslösen. Verspielte oder nicht mehr gebräuchliche Schriften verbieten sich für juristische Texte ohnehin.

<sup>2</sup> Word 2007: Schriftart, Karteikarte Zeichenabstand; bei Laufweite Erweitert und 0,2 pt eingeben. – Word 2003: Format/Zeichen, Karteikarte Zeichenabstand; bei Laufweite Erweitert und 0,2 pt eingeben.

### III. Besonderheiten einzelner Zeichen

#### 1. Anführungszeichen

Anführungszeichen kommen in juristischen Texten häufig vor. Zu unterscheiden sind zunächst doppelte und einfache Anführungszeichen. In einem deutschen Text fungiert das wie eine ganz kleine ‚9‘ oder ‚99‘ aussehende Anführungszeichen als öffnendes, das wie eine ‚6‘ oder ‚66‘ wirkende als schließendes. Das öffnende Anführungszeichen steht bei deutschen Texten gewöhnlich unten, das schließende oben.

Abbildung 3: Doppelte und einfache Anführungszeichen

„doppelte“ – ‚einfache‘

Ein häufiger typografischer Fehler ist die Verwechslung der Anführungszeichen mit den auf der Tastatur angebotenen ‚Gänsefüßchen‘. Textverarbeitungsprogramme erzeugen typografisch korrekte Anführungszeichen durch eine Programmfunktion, die bei einfachen Anführungszeichen sowie komplizierteren Zeichenfolgen nicht immer brauchbare Ergebnisse liefert und im übrigen – auch versehentlich – deaktiviert werden kann.<sup>3</sup>

Abbildung 4: Gänsefüßchen und Anführungszeichen

"Gänsefüßchen" – „Anführungszeichen“

Wann sind nun welche Anführungszeichen zu verwenden? Das wörtliche Zitat erfordert jedenfalls die doppelten. Dem schließenden Anführungszeichen folgt in einem wissenschaftlichen Text – ohne Leerzeichen – die hochgestellte Nummer der Fußnote; ein das Zitat beschließendes Satzzeichen, etwa ein Punkt, Semikolon oder Komma steht – ebenfalls ohne Leerzeichen – vor dem schließenden Anführungszeichen, wenn es im zitierten Text so vorkommt, andernfalls nach der Fußnotennummer. Hier sind selbst renommierte Fachzeitschriften oftmals wenig konsequent. Endet eine Fußnote mit einem wörtlichen Zitat und dieses mit einem Punkt, darf der Punkt auch ausnahmsweise nach dem schließenden Anführungszeichen stehen.

Enthält das wörtliche Zitat ein ‚Binnenzitat‘, wird dieses in einfache Anführungszeichen eingeschlossen. Das gilt auch für die Hervorhebung eines Worts anstelle von Kursivdruck sowie für die Kennzeichnung eines übertragenen oder ironischen Gebrauchs. Nur so ist sichergestellt, dass der betreffende Textteil bei der Lektüre nicht als Zitat wahrgenommen wird.

In englischen Texten stehen beide Anführungszeichen oben, ‚66‘ vorn und ‚99‘ hinten.

<sup>3</sup> In Word 2007 unter Word-Optionen/Dokumentprüfung/AutoKorrektur-Optionen, Karteikarte AutoFormat während der Eingabe und in Word 2003 unter Extras/AutoKorrektur-Optionen, Karteikarte AutoFormat während der Eingabe.

Abbildung 5: Englische Anführungszeichen

“quotation marks”

Alternativ zu den deutschen sind französische Anführungszeichen zulässig.<sup>4</sup> Sie werden in Deutschland üblicherweise mit den Spitzen nach innen verwendet, in der Schweiz sowie in Frankreich umgekehrt. Die einfachen französischen Anführungszeichen dürfen nicht mit Spitzklammern verwechselt werden (vgl. *Abbildung 6* auf S. 301).

Fremdsprachliche Zitate in einem deutschen Text erhalten die Anführungszeichen ihrer Sprache, englische Zitate stehen also in englischen, französische in französischen Anführungszeichen.

#### 2. Apostroph

Der typografisch korrekte Apostroph ist ein oben stehendes, einfaches öffnendes Anführungszeichen, kein einfaches Gänsefüßchen, kein accent aigu und kein accent grave. Er darf nur eingesetzt werden, wenn mindestens ein Buchstabe weggelassen wird (vgl. *Abbildung 7*, S. 301).

#### 3. Klammern

Klammern werden nach innen in der Reihenfolge rund – eckig – geschweift verwendet und an das nachfolgende bzw. vorangehende Zeichen ohne Leerzeichen angeschlossen. Die eckigen und geschweiften Klammern sind auf der Tastatur mit der Tastenkombination AltGr + 7, 8, 9 bzw. 0 zu erreichen. Wird innerhalb eines Zitats etwas ausgelassen oder eingefügt – auch wenn es dabei nur um eine Anpassung der Satzstellung geht –, ist die Kennzeichnung mit eckigen Klammern ratsam, um die Passage von einer in dem betreffenden Text original (rund) eingeklammerten zu unterscheiden.

#### 4. Bindestrich, Gedankenstrich

Textverarbeitungsprogramme stellen neben dem Bindestrich der Schreibmaschinentastatur den längeren und dünneren Gedankenstrich (Halbgeviertrich) sowie den noch ein Stück längeren Streckenstrich (Geviertrich) zur Verfügung. Der Bindestrich trennt am Zeilenende, innerhalb von zusammengesetzten Begriffen sowie bei Silbenverschränkungen.

Abbildung 8: Bindestrich

Oberregierungs- und -vermessungsrat<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Französische Anführungszeichen sind in Word 2007 unter Einfügen/Symbole/Symbol, Karteikarte Symbole, in Word 2003 unter Einfügen/Symbol, Karteikarte Symbole zu finden (Codierung unter Windows: Alt + 0171, 0187, 0139, 0155 [Ziffernblock]). Für die standardmäßige Verwendung ist eine entsprechende Tastaturbelegung zu empfehlen.

<sup>5</sup> Amt der Besoldungsgruppe 2b der Preußischen Besoldungsordnung v. 4.3.1936 (GS, S. 31).

Auf entsprechenden Befehl trennen Textverarbeitungsprogramme am Zeilenende automatisch.<sup>6</sup> Ist eine bestimmte Trennung gewünscht, muss ein bedingter Trennstrich eingegeben werden,<sup>7</sup> weil der Trennstrich der Schreibmaschinentastatur auch dann noch sichtbar bleibt, wenn er sich nicht mehr an einem Zeilenende befindet. Der geschützte Trennstrich erscheint auf jeden Fall im Text.<sup>8</sup> Er wird verwendet, wenn das Textverarbeitungsprogramm an automatischen Änderungen gehindert werden soll, insbesondere am Wortanfang (so im Beispiel der zweite Trennstrich von ‚Oberregierungs- und -vermessungsrat‘). Werden im Seitenlayout von Word die Formatierungszeichen angezeigt,<sup>9</sup> erscheint der geschützte Trennstrich als waagrechter Strich mit einer Länge zwischen Gedankenstrich und Streckenstrich, der bedingte Trennstrich wird durch das Zeichen ‚¬‘ dargestellt.

Der Gedankenstrich steht am Beginn und am Ende einer Parenthese; er wird dabei von Leerzeichen eingeschlossen.<sup>10</sup> Werden Relationen ausgedrückt, sind Leerzeichen üblich; ersetzt der Gedankenstrich das Wort ‚bis‘, fallen sie weg.

Abbildung 9: Gedankenstrich

Diese Äpfel – so köstlich sie schmecken mögen – entsprechen nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften.<sup>11</sup>  
Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend, 1921–1961<sup>12</sup>

Der Bahnverbindungen (Straßburg—Königsberg) kennzeichnende Streckenstrich<sup>13</sup> ist in juristischen Texten ungebräuchlich.

### 5. Leerzeichen

Das Leerzeichen ist an sich nicht weiter erläuterungsbedürftig. Soll der Abstand zwischen zwei Zeichen nicht variabel

sein, wird ein geschütztes Leerzeichen verwendet.<sup>14</sup> Im Seitenlayout von Word wird das geschützte Leerzeichen durch ein ‚°‘ angezeigt. Da juristische Texte häufig im Blocksatz eingerichtet werden, sollte ein geschütztes Leerzeichen den Zusammenhalt von ‚§‘, ‚Art.‘, ‚Abs.‘, ‚Satz‘, ‚Nr.‘, ‚S.‘, ‚Fn.‘, ‚Rn.‘ und nachfolgender Zahl sicherstellen. Ein geschütztes Leerzeichen sollte auch vor einem ‚ff.‘ bzw. ‚f.‘ sowie vor und nach einem Gedankenstrich stehen (Achtung: das geschützte Leerzeichen darf nicht den Anfang einer Zeile bilden, weil diese dann eingerückt wird). Abkürzungen (wie ‚z. B.‘ oder ‚u. s. w.‘ dürfen nicht ohne Zwischenräume gesetzt werden; am einfachsten ist auch hier die Verwendung eines geschützten Leerzeichens.

### 6. Ligaturen

Ligaturen sind in einem klassischen Setzkasten zu *einer* Letter verbundene Zeichenfolgen. In Frakturschriften (auch von Textverarbeitungsprogrammen) finden sich meist zumindest ‚ck‘, ‚ch‘, ‚st‘ und ‚tz‘ neben der letzten durchgängig anzutreffenden Ligatur, dem ‚ß‘. Beim Satz juristischer Texte mit Word oder einem vergleichbaren Produkt spielen nur die unfreiwilligen Ligaturen eine Rolle, die auf einem Ausdruck durch das ‚Zusammenfließen‘ von Buchstaben entstehen. Das kann etwa bei den Folgen ‚fi‘ und ‚fl‘ sowie bei kursivem ‚gf‘ vorkommen. Unfreiwillige Ligaturen lassen sich vermeiden, indem der erste der zusammenfließenden Buchstaben so weit gesperrt wird, dass die beiden Zeichen auseinander treten.<sup>15</sup> Das ‚ß‘ wird nur als Kleinbuchstabe verwendet, in Blockschrift erscheint an seiner Stelle ‚SS‘.<sup>16</sup>

Abbildung 10: Anwendung des ‚ß‘

Maßstab in Großbuchstaben: MASSSTAB  
unzulässig: MAßSTAB

## IV. Hervorhebungen

Für Hervorhebungen sollten innerhalb des Textes Kursive verwendet werden. Alternativ kann die betreffende Passage gesperrt gesetzt werden, auf ausreichende Wortabstände insbesondere am Beginn und am Ende der Sperrung ist besonders zu achten. Fette Schrift eignet sich allenfalls für Überschriften. Unterstreichungen beeinträchtigen die Unterlängen und sollten (auch) deshalb nicht verwendet werden. Das gleiche gilt für alle anderen in den Textverarbeitungsprogrammen angebotenen Hervorhebungen.

## V. Absatzlayout des Haupttextes

Für das Absatzlayout des Haupttextes einer Haus- oder Seminararbeit, eines Gutachtens, Aufsatztyposkripts oder einer Dissertation ist der Blocksatz vorzugswürdig. Er sollte aller-

<sup>6</sup> Word 2007: Seitenlayout/Seite einrichten/Silbentrennung. – Word 2003: Extras/Sprache/Silbentrennung.

<sup>7</sup> Word 2007: Einfügen/Symbole/Symbol, Karteikarte Sonderzeichen, Zeichen Bedingter Trennstrich. – Word 2003: Einfügen/Symbol, Karteikarte Sonderzeichen, Zeichen Bedingter Trennstrich. Übliche Tastenkombination: Strg + -.

<sup>8</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>9</sup> Word 2007: Word-Optionen/Anzeigen: Alle Formatierungszeichen anzeigen. – Word 2003: Optionen, Karteikarte Ansicht: Formatierungszeichen: Alle.

<sup>10</sup> Übliche Tastenkombination für den Gedankenstrich: Strg + - (Ziffernblock).

<sup>11</sup> Nämlich der VO (EG) Nr. 85/2004 (ABl. Nr. L 13 v. 20.11.2004, S. 3) i.d.F. der VO (EG) Nr. 460/2008 (ABl. Nr. L 138 v. 28.5.2008, S. 3).

<sup>12</sup> S. das Titelblatt des Buchs von Mehring (Hrsg.), „Auf der gefährlichen Straße des öffentlichen Rechts“, Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend, 1921–1961, 2010.

<sup>13</sup> Vgl. Fn. 4 (Codierung unter Windows: Alt + 0151 [Ziffernblock]).

<sup>14</sup> Vgl. Fn. 7 (übliche Abkürzung: Strg + Umschalt + Leertaste).

<sup>15</sup> Word 2007/Word 2003: Markierung des Buchstabens, dann die Laufweite ändern, vgl. Fn. 2.

<sup>16</sup> Neues zum großen ‚ß‘:

[http://de.wikipedia.org/wiki/Gro%C3%9Fes\\_%C3%9F](http://de.wikipedia.org/wiki/Gro%C3%9Fes_%C3%9F).

dings nur zusammen mit der automatischen Silbentrennung eingesetzt werden, was eine Kontrolle auf fehlerhafte oder unterlassene Trennungen nicht entbehrlich macht. Die Wortabstände sollten über den Text nicht allzu stark variieren, weil andernfalls der Lesefluss gestört wird. Dabei können insbesondere bei langen, der automatischen Silbentrennung unzugänglichen Wörtern oder Zeichenfolgen wie Webadressen ‚händische‘ Trennungen erforderlich sein. Hier ist stets der bedingte Trennstrich zu verwenden.

Der aus der Schreibmaschinenzeit geläufige Flattersatz ist aufwendiger. Hier entstehen zwar einheitliche Wortabstände, allerdings müssen die Zeilenumbrüche durchgehend überprüft und angepasst werden, um starke Schwankungen bei den Zeilenlängen zu vermeiden.

Absätze sollten durch einen Einzug der ersten Zeile und/oder einen Absatzabstand kenntlich gemacht werden. Der Absatzabstand liegt bei ungefähr einem halben Zeilenabstand. Dieser ist von der verwendeten Schriftart und der Seitenbreite abhängig. 12 Punkt-Times New Roman verträgt auf einer DIN A4-Seite bei üblicher Randbreite einen Abstand von 14–16 Punkt. Der ‚beliebte‘ anderthalbzeilige Abstand ist unter diesen Rahmenbedingungen bereits lesefeindlich.

Zwischen eine Überschrift und den nachfolgenden Text darf kein Seitenumbruch treten.<sup>17</sup> Auch sollte sich die letzte Zeile eines Absatzes nicht allein auf der folgenden Seite befinden (sog. Hurenkind).<sup>18</sup>

## VI. Absatzlayout der Fußnoten

Juristische Texte bestehen schlimmstenfalls überwiegend aus Fußnoten. Die Fußnoten werden durch einen Abstand und/oder eine kurze Linie vom Haupttext getrennt. Sie beginnen mit einem Einzug nur der ersten Zeile, der Fußnotennummer und einem geschützten Leerzeichen, alternativ steht die Fußnotennummer hängend vor dem Text. Bei dieser Variante sind Fußnotennummer und Text durch einen Tabulator zu trennen.

## VII. Überschriften

Überschriften sollten grundsätzlich in derselben Schrift gehalten sein wie der Haupttext. Die Mischung von Schriften setzt Kenntnisse über deren ‚Verwandtschaftsgrade‘ voraus und ist sehr fehleranfällig. Überschriften werden nicht im Blocksatz, sondern zentriert oder linksbündig gesetzt. Mehrzeilige Überschriften werden von Hand so umgebrochen, dass die Zeilen zueinander in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Keinesfalls bedarf jede Gliederungsebene eines eigenen Überschrift-Layouts. Aus diesen Erwägungen kommt die Verwendung der in Word voreingestellten Layouts nicht in Betracht. Auch bei einem längeren Text völlig ausreichend

wäre etwa die Differenzierung, wie sie in *Abbildung 11* dargestellt ist (vgl. S. 301).

## VIII. Seitenlayout

Der zur Heftung (z. B. Spiralbinder) weisende Rand muss breit genug sein, dass der Text ohne Gewaltanwendung gegen das Trägermedium zur Kenntnis genommen werden kann. Der gegenüberliegende Rand ist üblicherweise breiter, der untere am breitesten. Der obere Rand muss eine Seitenziffer, gegebenenfalls auch eine Kopfzeile aufnehmen können. Die Seitenzahl steht grundsätzlich näher am Text als am Seitenrand.

## IX. Zwei Beispiele

Jede Institutsbibliothek bietet immer auch reiches Anschauungsmaterial für gelungene und weniger gelungene Typografie. Zwei zufällig herausgegriffene Bücher mögen der Illustration dienen.

Die 2006 erschienene Habilitationsschrift von *Christian Walter*, *Religionsverfassungsrecht*, zeigt eine zeitlos-klassische Typografie für wissenschaftliche Werke. Es gibt mit der Garamond-Antiqua nur eine Schrift von zurückhaltender Eleganz und – insbesondere auf dem verwendeten Werkdruckpapier – hervorragender Lesbarkeit. Das Buch hat ein ausgewogenes Hochformat, die Lage der Textkolumne entspricht den hergebrachten Regeln. Für die Überschriften genügen wenige Auszeichnungen. Die Wortabstände sind sehr gut ausgeglichen, auch die französischen Anführungszeichen fügen sich gut ins Gesamtbild. Inhaltsverzeichnis, Literaturverzeichnis und Register sind mit einfachen Mitteln klar gegliedert.

Die kürzlich erschienene Festschrift zum 70. Geburtstag von *Udo Steiner*<sup>19</sup> ist für einen Sammelband überwiegend juristischer Beiträge eher unkonventionell gestaltet. Das typografische Konzept des quadratischen Bandes beruht unter anderem auf zwei Schriftarten, einer lesefreundlichen Serifenschrift für den Haupttext und einer technisch-kühlen Serifenlosen für Fußnoten, Überschriften und Kopfzeilen. Ein ausreichender Durchschuss sorgt bei den formatbedingt breiten Textkolumnen für gute Lesbarkeit. Die Überschriftenebenen weisen sich durch Schriftgröße und Abstände leicht erkennbar aus. Obwohl die Fußnoten nicht mit einer hochgestellten Zahl beginnen, sind sie vom Haupttext auch ohne Trennlinie klar abgesetzt. Die Fußnotennummern sind leicht auffindbar, weil sie vor dem eingezogenen Fußnotentext eine Art separate Spalte bilden.

<sup>17</sup> Word 2007: Seitenlayout/Absatz, Karteikarte Zeilen- und Seitenumbruch, Befehl Absätze nicht trennen für die Überschrift. – Word 2003: Format/Absatz, Karteikarte Zeilen- und Seitenumbruch, Befehl Absätze nicht trennen für die Überschrift.

<sup>18</sup> Word 2007/Word 2003: wie Fn. 17, Befehl Absatzkontrolle.

<sup>19</sup> Manssen/Jachmann/Gröpl (Hrsg.), *Nach geltendem Verfassungsrecht, Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag*, 2009.

Abbildung 6: Französische Anführungszeichen

»französisch doppelt (Deutschland)«	‹französisch einfach (Schweiz)› <Spitzklammern>
-------------------------------------	--

Abbildung 7: Richtige Verwendung des Apostrophs

sprachlich und typografisch korrekt:	Andreas' Backshop (Inhaber: Andreas) Andreas Backshop (Inhaberin: Andrea)
sprachlich falsch:	Andrea's Backshop
typografisch falsch:	Andreas', Andreas´, Andreas` Backshop

Abbildung 11: Formatierung der Gliederungsebenen

1. Gliederungsebene	Schrift: wie Haupttext + 4 Punkt Ausrichtung: zentriert oder linksbündig-hängend Abstand davor: zehnfacher Absatzabstand aus dem Haupttext Abstand danach: vierfacher Absatzabstand aus dem Haupttext
2. Gliederungsebene	Schrift: wie Haupttext + 2 Punkt Ausrichtung: zentriert oder linksbündig-hängend Abstand davor: vierfacher Absatzabstand aus dem Haupttext Abstand danach: zweifacher Absatzabstand aus dem Haupttext
weitere Gliederungsebenen	Schrift: wie Haupttext, aber kursiv Ausrichtung: linksbündig-hängend Abstand davor: zweifacher Absatzabstand aus dem Haupttext Abstand danach: Absatzabstand aus dem Haupttext

# Zu den Fristenproblemen bei der Bewerbung um einen Referendariatsplatz nach Ablauf der Sperrfrist des § 12 Abs. 1 S. 4 KapVOjVD-SH und den so genannten Rückwärtsfristen im Allgemeinen

Von Dr. Sönke Gerhold und Christian Mertsch, Kiel\*

*Mit der Bewerbung um einen Referendariatsplatz nach Ablegung der Ersten Juristischen Staatsprüfung beginnt für die geprüften Rechtskandidaten das Warten auf die eigene Einstellung und den Beginn des damit verbundenen neuen Lebensabschnitts.*

*Häufig wird diese Zeit durch die Arbeit an einer Dissertation, eine Beschäftigung als wissenschaftlicher Mitarbeiter oder eine sonstige befristete Anstellung überbrückt. Sofern sich die Pläne der Rechtskandidaten im Hinblick auf den zunächst bevorzugten Einstellungstermin ändern, besteht nach § 9 Abs. 2 KapVOjVD-SH (Kapazitätsverordnung für den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Schleswig-Holstein) die Möglichkeit, sich auf Antrag zurückstellen zu lassen. Der Antrag ist zu begründen und spätestens zwei Monate vor dem Einstellungstermin einzureichen. Die Entscheidung über den Antrag steht im Ermessen der Behörde.*

*Auf kurzfristige Änderungen oder die Ablehnung des Rückstellungsantrags kann ein Rechtskandidat daher nur durch Verzicht auf den zunächst zugewiesenen Ausbildungsplatzes reagieren. In diesem Fall gilt der bisherige Einstellungsantrag nach § 12 Abs. 1 S. 1 KapVOjVD-SH als erledigt und die bisherige Wartezeit als verbraucht. Nach § 12 Abs. 1 S. 4 KapVOjVD-SH kann eine erneute Bewerbung frühestens sechs Monate nach dem Einstellungstermin erfolgen, für den der Bewerber einen Ausbildungsplatz ohne wichtigen Grund abgelehnt oder nicht angetreten hat. Aus dieser Sperrfrist und der zugleich geltenden Neubewerbungsfrist des § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD-SH, nach dem Bewerbungen nur berücksichtigt werden können, wenn sie spätestens zwei Monate vor den in § 3 KapVOjVD-SH genannten Einstellungsterminen bei der Präsidentin oder dem Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts schriftlich eingegangen sind, resultiert die zwischen Bewerbern und der Referendarabteilung beim OLG Schleswig heftig umstrittene Rechtsfrage, zu welchem Termin der angehende Referendar frühestmöglich eine erneute Zuweisung eines Ausbildungsplatzes beantragen kann.*

*Zur Illustration des Problems und seiner Lösung wird im Folgenden stets das Beispiel verwendet, dass ein Referendaranwärter einen Ausbildungsplatz zum 1.6. nicht angetreten hat und zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine erneute Einstellung erstrebt.*

---

\* Die Verf. sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Sanktionenrecht und Kriminologie der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel unter der Leitung von Prof. Dr. Monika Frommel. Von Juli 2007 bis Juni 2008 war Sönke Gerhold stellvertretender Vorsitzender des Referendarrats Schleswig-Holstein und betreute dort das Referat „Gemeinsames Prüfungsamt“.

## I. Die Berechnung der Sperrfrist nach § 12 Abs. 1 S. 4 KapVOjVD-SH

Einstellungstermine im Land Schleswig-Holstein sind gem. § 3 KapVOjVD-SH für die Landgerichtsbezirke Kiel und Flensburg der 1.2., der 1.6. und der 1.10. eines jeden Jahres, für die Landgerichtsbezirke Lübeck und Itzehoe der 1.4., der 1.8. und der 1.12. eines jeden Jahres. Die Fristberechnung hat sich gem. § 89 Abs. 1 LVwG SH an den §§ 187 bis 193 BGB zu orientieren. Eine Sonderregelung sieht das LVwG SH für den hier zu behandelnden Fall nicht vor.

Maßgeblich sind insofern die Vorschriften des BGB. Zu ihrer Auslegung kann auf die gängige zivilrechtliche Kommentarliteratur zurückgegriffen werden.

Die Frist des § 12 Abs. 1 S. 4 KapVOjVD-SH beginnt dabei gem. § 187 Abs. 2 S. 1 BGB mit dem Einstellungstermin zu laufen, da es sich nicht um eine Ereignisfrist nach Abs. 1, sondern um eine Terminfrist handelt, die sich nach dem Beginn des jeweiligen Tages richtet.

Das Fristende ist daher nach § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu bestimmen. Die Frist endet demgemäß mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht. Für den Einstellungstermin 1.6. endet die Sechsmonatsfrist folglich am 30.11. um 24.00 Uhr. Diese Rechtsauffassung wird auch von der Referendarabteilung beim OLG Schleswig geteilt.

Komplizierter wird es jedoch bei der Berechnung der Rückwärtsfrist nach § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD-SH. Wissenschaftliche Stellungnahmen und Kommentierungen zum Problemkreis der Rückwärtsfristen sind spärlich gesät und befassen sich wenn, fast ausschließlich mit rückwärts laufenden Ereignisfristen, so dass sich aus ihnen für unsere Fragestellung nur wenig ableiten lässt.<sup>1</sup>

## II. Die Berechnung der Rückwärtsfrist nach § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD-SH

Zur Bestimmung des letztmöglichen Zeitpunktes einer fristgerechten Bewerbung muss die Rückwärtsfrist des § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD-SH, nach dem Bewerbungen nur berücksichtigt werden können, wenn sie spätestens zwei Monate vor den in § 3 KapVOjVD-SH genannten Einstellungsterminen bei der Präsidentin oder dem Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts schriftlich eingegangen sind, ausgelegt und berechnet werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. nur Linhart, der die Rückwärtsfristen mit keinem Wort erwähnt (Linhart, Fristen und Termine im Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2007). Die vorhandenen Veröffentlichungen behandeln meist nur die Rückwärtsfristen nach § 5 Abs. 3 UmwG und § 123 Abs. 1 AktG, die als Ereignisfristen begriffen werden.

Auf Rückwärtsfristen sind nach herrschender Auffassung die Vorschriften der §§ 187 ff. BGB analog anzuwenden.<sup>2</sup> Die Formulierung „spätestens“ in § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD-SH spricht dafür, dass der exakte Termin zwei Monate vor dem jeweiligen Einstellungstermin noch ausreichend ist. Würde die Bestimmung ein exaktes Datum vorgeben, müsste ein Bewerbungseingang an diesem Datum bis 24.00 Uhr wohl ebenfalls als fristgemäß angesehen werden; beispielsweise wenn die Bestimmung lautet, die Bewerbung muss spätestens am 1.12. eingegangen sein.

Um den letztmöglichen Bewerbungstermin zu bestimmen, ist folglich zu berechnen, welcher Tag genau zwei Monate vor dem Einstellungstermin liegt. An diesem Tag um 24.00 Uhr endet dann die Bewerbungsfrist.

Ausschlaggebend hierfür ist die Frage, ob die zivilrechtlichen Vorschriften über Ereignis- oder Terminsfristen analog anzuwenden sind.

Der Einstellungstag selbst ist gesetzlich fest bestimmt und nicht von einem Ereignis abhängig. Hieraus folgt, dass es sich bei einem Einstellungstag, wie bereits oben ausgeführt, nicht um ein Ereignis oder einen Zeitpunkt im Tagesverlauf analog § 187 Abs. 1 BGB handelt. Dennoch kann auch § 187 Abs. 2 S. 1 BGB analog nicht unmittelbar auf den Einstellungstag angewendet werden, da die Rückwärtsfrist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD-SH nicht vom Ende des Einstellungstages, 24.00 Uhr, sondern von dessen Beginn an, 0.00 Uhr, zu berechnen ist.<sup>3</sup> Bei Rückwärtsfristen entspricht jedoch das Ende des Tages dem Tagesanfang bei sonstigen Fristberechnungen. Der Einstellungstag dürfte nur mitgerechnet werden, wenn die Frist von 24.00 Uhr an zurückzurechnen wäre. Nur so kann dem Regelungsgehalt des § 187 Abs. 2 S. 1 BGB vollumfänglich Rechnung getragen werden.

Der Einstellungstag selbst ist in unserem Beispiel daher nicht mitzurechnen und für die Rückrechnung des Fristausschlusses ist § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB analog auf den Vortag des Einstellungstages anzuwenden, denn mit diesem, 24.00 Uhr, beginnt die Zweimonatsfrist zu laufen.<sup>4</sup> Dieses Ergebnis wird auch durch § 123 Abs. 1 S. 2 AktG bestätigt, wo entsprechend klar gestellt wird, dass der Tag der Vollversammlung, der in unserem Beispiel dem Tag der Einstellung entspricht, nicht mitzurechnen ist.

Wendet man § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB nun konsequent auf den Vortag der Einstellung, in unserem Beispiel den 31.1., an, folgt bei vorwärts laufenden Fristen der Erste eines Monats auf den Letzten des Vormonats, bei Rückwärtsfristen jedoch der Letzte auf den Ersten.<sup>5</sup> Der Erste geht dem Letzten

damit bei Rückwärtsfristen im Sinne des § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB voraus und der 1.12. liegt zwei Monate vor dem 1.2.

Da die Bewerbung nun spätestens am 1.12. eingegangen sein muss, ist eine Verfristung der Bewerbung erst ab dem 2.12. um 0.00 Uhr anzunehmen. Anderenfalls würde die Rückfrist nicht zwei Monate, sondern zwei Monate und einen Tag betragen.

Dies belegt auch ein einfaches Gedankenspiel. Müsste man sich einen Tag vor dem 1.2. bewerben, wäre die Bewerbung – Besonderheiten bei Fristende an Sonn- und Feiertagen außer Acht gelassen – am 31.1. bis 24.00 Uhr einzureichen, müsste man sich sieben Tage vor dem 1.2. bewerben bis zum 25.01. um 24.00 Uhr. Der 1.2. und der 25.1. eines jeden Jahres entsprechen sich nun jedoch zwingend in der Benennung des Wochentags. Da es sich bei der sieben Tagefrist zugleich um eine Wochenfrist handelt, wird deutlich, dass der Tag, der dem Einstellungstermin von seiner Benennung, bei Monatsfristen von seiner Zahl her, entspricht, ausreichend ist, um die Frist zu wahren. Anderenfalls betrüge die Rückwärtsfrist nämlich acht Tage und damit eine Woche und einen Tag. Entsprechend würde auch ein Fristende am 1.12. um 0.00 Uhr eine Frist von zwei Monaten und einem Tag voraussetzen.

Eine Bewerbung zum 1.2. ist daher am 1.12. noch fristgerecht eingegangen.<sup>6</sup>

Tritt ein Referendariatsanwärter folglich eine Stelle zum 1.6. nicht ordnungsgemäß an, ist er bis zum 30.11. für eine Bewerbung gesperrt. Er kann sich jedoch noch am 1.12. auf einen Referendariatsplatz zum 1.2. des Folgejahres bewerben.

Die entgegengesetzte Rechtsauffassung der Referendarabteilung beim OLG Schleswig, die nach eigenen Angaben in ständiger Verwaltungspraxis davon ausgeht, eine Bewerbung sei bereits ab dem 30.11., 24.00 Uhr, verfristet, kann den Anforderungen des § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB nicht genügen. In der Verwaltungspraxis kommt erschwerend hinzu, dass

<sup>2</sup> Vgl. *Krause*, NJW 1999, 1448 (1448); *Pletsch*, VersR 2006, 483 (484); *Reppen*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2009, § 187 Rn. 7, sowie *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl. 2011, § 187 Rn. 4.

<sup>3</sup> Vgl. das Wort „vor“ in § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD.

<sup>4</sup> Entsprechend für ein anderes Beispiel *Pletsch*, VersR 2006, 483 (484 f.).

<sup>5</sup> So auch *Pletsch*, VersR 2006, 483 (485).

<sup>6</sup> Ebenso *Dehmer*, in: *Dehmer/Stratz/Hörtnagel* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1996, § 5 UmwG Rn. 56 f. A.A. *Simon*, in: *Semler/Stengel* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 144; *Stratz*, in: *Schmitt/Hörtnagel/Stratz* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 5 UmwG Rn. 104 f. Die zuletzt genannte Auffassung berücksichtigt das Wort „vor“ jedoch doppelt, indem sie einmal von dem Tag vor der Einstellung bzw. der Versammlung zurückrechnet und von diesem Tag noch einmal einen weiteren Tag abzieht. Sie gesteht selbst ein, dass eine Monatsfrist nach dieser Berechnung stets einen Monat und einen Tag umfasst. Eine solche Berechnung widerspricht dann aber dem eindeutigen Wortlaut der entsprechenden Vorschriften und lässt das Wort „spätestens“ vollkommen außer Betracht. Nach *Krause* gelangt daher nicht ein einziger Kommentar zum UmwG mit treffender Begründung zum treffenden Ergebnis (*Krause*, NJW 1999, 1448 [1449]). Dies gilt aber leider auch für *Krause* selbst, der zwar zutreffend den Zeitraum eines Monats berechnet, aber leider ebenfalls das Wort „spätestens“ in seiner Betrachtung außer Acht lässt.

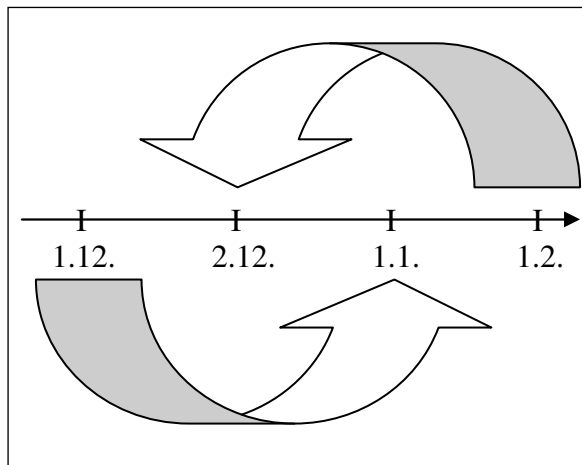


durch eine entsprechende Auslegung die sechsmonatige Sperrfrist de facto in eine achtmonatige Sperrfrist umgedeutet wird und in unserem Beispiel eine Bewerbung erst wieder zum 1.4. zulässig wäre. Der Fristablauf für Neubewerbungen nach § 10 Abs. 2 S. 1 KapVOjVD-SH schliesse sich lückenlos an die Sperrfrist des § 12 Abs. 1 S. 4 KapVOjVD-SH an.

Hätte der Verordnungsgeber eine solche achtmonatige Sperrfrist gewollt, wäre es zur Vermeidung kurzfristiger Absagen von Ausbildungsplätzen und dem damit verbundenen erhöhten Verwaltungsaufwand zu erwarten gewesen, dass er dies deutlich zum Ausdruck bringt, da die achtmonatige Sperrfrist ihre präventive Wirkung ansonsten nicht entfalten kann.

Zur Verdeutlichung der Berechnungsweise einer Rückwärtsfrist unter konsequenter Anwendung der §§ 187 ff. BGB analog soll nun abschließend folgende kleine Graphik dienen:

Berechnung einer Zweimonatsfrist nach § 188 Abs. 2 Alt. 2. BGB vorwärts und rückwärts:



Zwei Monate nach dem 1.12. liegt der 1.2., die Frist endet damit am 31.1. um 24.00 Uhr. Zwei Monate vor dem 1.2. liegt der 1.12., die Rückwärtsfrist endet damit am 2.12. um 0.00 Uhr. Der vorhergehende Tag ist der 1.12.

# Die Frankfurter Trinität aus Kapital, Markt und Recht

## Praktikum bei Norton Rose LLP in Frankfurt am Main

Von stud. iur. **Aleksandar Savanovic**, Konstanz\*

Nach Schätzungen erfahrener Anwälte sind mindestens fünf Jahre Berufserfahrung nötig, um im Kapitalmarktrecht Fuß zu fassen. Aus studentischer Sicht stellt sich sehr viel früher die Frage, ob ein so junges Rechtsgebiet wie das Kapitalmarktrecht für einen späteren Berufseinstieg in Frage kommt. Um meine Erfahrungen bei der Beantwortung dieser Frage an interessierte Kollegen weiterzugeben, berichte ich im Folgenden über mein achtwöchiges Praktikum bei Norton Rose LLP in Frankfurt am Main, das ich vom 14.2.2011 bis zum 8.4.2011 im dortigen Kapitalmarktrechtsteam absolviert habe.

Wer einen Ort sucht, an dem die drei Elemente Kapital, Markt und Recht aufeinander treffen, den führt die Suche zwangsläufig zur deutschen Finanzmetropole Frankfurt am Main. Eine Stadt, die niemals schläft und wie geschaffen ist für ein Praktikum im Bereich des Kapitalmarktrechts. Aufgrund der schier unüberschaubaren Vielzahl an dort ansässigen Großkanzleien, bietet es sich an, die dortige JuraCon aufzusuchen, auf der man zahlreiche Vertreter dieser Kanzleien an einem Ort – dem Frankfurter Messegelände – kennen lernen kann. Ebendort führte ich mein erstes Gespräch mit RA Alexander Schwenk von Norton Rose, der mir kurze Zeit später zusammen mit der Leiterin der Personalabteilung Frau Magdalena Gies, im Bewerbungsgespräch gegenüber saß. Ich behielt beide Gespräche äußerst positiv in Erinnerung und freute mich sehr darüber, als mir Frau Gies die Praktikumszusage telefonisch mitteilte und daraufhin die üblichen Formalitäten (Arbeitsvertrag, Verschwiegenheitserklärung etc.) auf dem Postweg mit mir abklärte.

Über Norton Rose sollte man wissen, dass es sich um eine ursprünglich aus Großbritannien stammende Großkanzlei handelt, die mittlerweile weltweit an über 30 Standorten mit mehr als 1800 Anwälten vertreten ist. In Deutschland haben sich seit längerem die Büros in München und Frankfurt am Markt etabliert, die seit kurzem durch ein drittes Büro in Hamburg unterstützt werden. Das Kapitalmarktrechtsteam des Frankfurter Büros berät unter der Leitung des Partners Dr. Rüdiger Litten namhafte deutsche und internationale Finanzmarktakteure. Als „Unique Selling Point“ des Teams könnte man den Bereich des Islamic Finance bezeichnen, der sich mit Finanzmarktprodukten und -geschäften befasst, die gleichzeitig sowohl rechtlichen (weltlichen) als auch islamischen (geistlichen) Normen und Ansprüchen genügen müssen.

Ich sollte nun also für acht Wochen ein Teil dieses Teams werden. Mit der Vorfreude auf die bevorstehende Praxiserfahrung drängte sich aber auch die Frage nach der richtigen Vorbereitung auf. Die Vorkenntnisse, die ich meinem kapitalmarktrechtlichen Schwerpunktbereich verdanke<sup>1</sup>, waren in

der Tat sehr hilfreich aber natürlich nicht ausreichend um behaupten zu können, für die Herausforderungen der kapitalmarktrechtlichen Praxis gerüstet zu sein. Auf Anraten meines Mentors Herrn Schwenk, befasste ich mich noch einmal genauer mit dem Kapitalgesellschaftsrecht und verschaffte mir einen Überblick über das Insolvenzrecht<sup>2</sup>. Besonders letzteres erwies sich als hilfreicher Ratschlag meines Mentors, da Mandantenanfragen und bedeutende Vertragsklauseln häufig insolvenzrechtliche Hintergründe aufweisen und die meisten Sachverhalte in ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung ohnehin erst aus der Insolvenzperspektive vollkommen erschlossen werden können.

All dieses Wissen galt es nun in die Tat umzusetzen. Gleich nach meiner Vorstellungsrunde und einem Einführungskurs in die internen EDV-Abläufe bekam ich bereits meinen ersten Auftrag zugewiesen, der symptomatisch für die noch folgenden Aufträge sein sollte, die meinen „Arbeitsalltag“ geprägt haben. Die Arbeit zeichnete sich nämlich dadurch aus, dass sie meistens mandatsbezogen, häufig examensrelevant und stets abwechslungsreich war und den Fällen immer hochkomplexe wirtschaftliche Sachverhalte zugrunde lagen. In letzterem lag der herausfordernde Charakter meiner Tätigkeiten, der mich gleichzeitig lehrte, dass ein guter Wirtschaftsjurist daran zu erkennen ist, dass er wirtschaftliche Sachverhalte schnell erfasst, deren Komplexität auf die juristisch notwendigen Elemente reduzieren kann und diese rechtlich einzuordnen vermag. Erst wenn er diesen Punkt erreicht hat, beginnt die beratende Tätigkeit, die sich selbstverständlich in den gesetzlichen und vertraglichen Rahmenbedingungen bewegt. Innerhalb dieser Planken strebt der (erfolgreiche) Wirtschaftsjurist aber stets nach der wirtschaftlich günstigsten Lösung für den Mandanten.

Bei jedem Auftrag wurde die soeben beschriebene Arbeitsweise von mir verlangt und stets mit einem Termin verbunden, an dem ich meine Arbeitsergebnisse vortragen und häufig in einem (Kurz-)Memo festhalten sollte. Diese Memos mussten vor allem strukturiert und mit klaren Aussagen versehen sein, denn auch hier gilt der Grundsatz „klare Denke – klare Sprache“. Als Gegenleistung erhielt ich ausführliche Einweisungen in die Fälle, die mir nicht nur dabei halfen den Sachverhalt zu verstehen, sondern auch meinen Arbeitsauftrag und seine Bedeutung für den Mandanten exakt zu erfassen. Abschließendes Feedback von dem jeweiligem „Auftraggeber“ rundete jede meiner Tätigkeiten ab.

---

LL.M. für Kriminologie, Strafrecht, Strafprozess- und Wirtschaftsstrafrecht tätig.

<sup>1</sup> Kompakt und doch umfassend *Grunewald/Schlitt*, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2009. Für die rechtliche Einordnung „moderner“ Kapitalmarktprodukte *Lehmann*, Finanzinstrumente, 2009, S. 91-146.

<sup>2</sup> Übersichtlich und praxisorientiert *Reischl*, Insolvenzrecht, 2008.

---

\* Der Autor ist Student im siebten Semester an der Universität Konstanz und ist dort zeitgleich als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Herrn Professor *Dr. Hans Theile*,

Besonders instruktiv war die Teilnahme an Verhandlungen mit Mandanten und Vertretern der Gegenseite, wobei meine Rolle naturgemäß eher passiv ausgestaltet war. Gleichwohl lohnte sich die Teilnahme, da ich in diesen Gesprächen endlich die Antwort auf die Frage fand, wozu man Jurastudenten mit so genannten „Soft Skills“ wie Rhetorik oder Mediation belästigt. Während dieser Verhandlungen konnte ich nämlich sehr gut beobachten (und lernen [!]), wie ein Wirtschaftsjurist von der Rolle des Rechtskundigen in die Rolle des Moderators wechseln muss, der es versteht, einen strittigen Punkt auch erst einmal zu „parken“ und die Parteien auf einen anderen Streitpunkt zu lenken. Die Lösung des anderen Punktes führte häufig dazu, dass sich die Perspektiven und Verhandlungspositionen der Parteien zu dem geparkten und vormals unlösbar erscheinenden Punkt derart verändert hatten, dass sich nunmehr auch dieser einer Lösung zuführen oder zumindest annähern ließ.

Inhaltlich hatte ich mich meistens mit zivilrechtlichen, manchmal aber auch mit öffentlich-rechtlichen Fragestellungen zu befassen. Als „nice to have“ erwies es sich dabei, vorab bereits einmal in das KWG geschaut zu haben oder mit der Struktur des WpHG und WpPG vertraut zu sein. Ein absolutes „must have“ war dagegen das juristische Handwerkszeug, das an der Universität vermittelt wird. Ganzgleich, ob es um Fragen des allgemeinen Schuldrechts, Kreditsicherungsrechts oder eher methodischer Herangehensweisen wie der Subsumtionstechnik ging: Nichts was man im Studium mit so viel Mühe erwirbt, erleidet in der Praxis einen Wertverlust. Freilich kann ein mittelständischer Mandant mit ellenlangen Ausführungen zu aktuell geführten Meinungsstreitigkeiten wenig anfangen. Man selbst braucht aber sattelfeste Rechtskenntnisse der ersten drei Bücher des BGB und des wirtschaftlichen Sonderprivatrechts, um im direkten Mandantengespräch zu vertretbaren Einschätzungen zu kommen und bei der Erstellung eines Memos keine Zeit auf das Nachholen von Grundlagen aufwenden zu müssen. Zeit die man ohnehin nicht zur Verfügung hat und selbst dem großzügigsten Mandanten nicht in Rechnung stellen könnte.

Das Kapitalmarktrecht beruht weitestgehend auf europäischen Rechtsgrundlagen und ist stark durch den angelsächsischen Rechtskreis geprägt. Letzteres spiegelt sich nicht nur in dem anglifizierten Sprachgebrauch sondern bspw. auch in der Struktur gängiger Rahmenverträge wider, deren Umfang und Detailregelungen dem kontinentaleuropäischen Juristen einiges an Gewöhnung abverlangen.

Zum Abschluss meines Praktikums durfte ich unseren Partner Dr. Rüdiger Litten auf ein Handelssymposium begleiten, dass unter dem Motto „Erfolg durch Kreativität“ in den Salons der Villa Ludwigshöhe in Rheinland-Pfalz stattfand. An der Erstellung des dort gehaltenen Vortrags durfte ich intensiv mitwirken und meiner Kreativität zu gesellschaftsrechtlichen Kooperationsfragen zwischen Kunst & Handel freien Lauf lassen. Die Anstrengungen, meine von Prüfungsschemata und Tatbestandsdefinitionen zugeschüttete Kreativität wiederzubeleben, wurden durch die atemberaubende Aussicht von der Terrasse der Villa Ludwigshöhe mehr als entlohnt.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass das Kapitalmarktrecht ein äußerst spannendes und abwechslungsreiches Rechtsgebiet ist und sich daher uneingeschränkt für ein Praktikum empfehlen lässt. Allgemein sollte man die Qualität von Praktika daran messen, ob man nach ihrem Abschluss lieber noch eine Weile an der Universität verbringen möchte oder sich so schnell wie möglich auf die praktische Anwaltstätigkeit stürzen will. Mein Praktikum bei Norton Rose hat in mir jedenfalls den Wunsch nach einem schnellstmöglichen Berufsstart im Bereich des Kapitalmarktrechts geweckt, was seine Ursache nicht zuletzt in der äußerst angenehmen Arbeitsatmosphäre, Hilfsbereitschaft und Herzlichkeit sämtlicher Anwälte und Sekretärinnen des Frankfurter Kapitalmarktrechtsteams von Norton Rose haben dürfte.