

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, 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 Zöller

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: Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Mark Zöller

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Marie Heissler

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

**Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB –
Materiell-, verfahrens- und prozessrechtliche
Aspekte**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Julian Krüper, Düsseldorf

582

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

**Nachfolge in Personengesellschaften bei Tod
eines Gesellschafters**

Von Dipl.-Jurist Hendrik Göhner, Bielefeld

592

Öffentliches Recht

**Grundrechtliche Gleichheitsgebote: Eine
fallorientierte Einführung**

Von Wiss. Mitarbeiterin Dipl.-Jur. Univ. Jessica Gentsch,
Augsburg

596

Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. iur. Christian Hufen,
Augsburg

603

Strafrecht

**Zur Urkundenqualität von Fotokopien und
(Computer-)Faxen**

Von Dr. Nina Nestler, Würzburg

608

Acht Fragen zum Europäischen Strafrecht

Von Privatdozent Dr. Edward Schramm, Konstanz/
Tübingen

615

ÜBUNGSFÄLLE*Zivilrecht***Übungsfall: Grundstücksgeschäfte mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Christoph Schreiber, Kiel 620

*Öffentliches Recht***Übungsfall: „Rosinenpicken“ im Abfallgewerbe**

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sönke E. Schulz,
Wiss. Mitarbeiter dipl. iur. Maximilian Tallich, Kiel 625

*Allgemeines***Übungsfall: Judge Posner, ein Kind und viele Schafe**

Von Akad. Rat Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia),
Münster 633

*Strafrecht***Übungsfall: Ein Arzt auf Abwegen**

Von Rechtsreferendar Paul Krell, Heidelberg 640

Übungsfall: Wehrhafte Laubenpieper

Von Wiss. Mitarbeiter Ole Mundt, Konstanz 646

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Öffentliches Recht*

**IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010
(Selbstbestimmungsrecht der Völker,
Sezessionsrecht, Sicherheitsratsresolution 1244
[1999])**

(Wiss. Mitarbeiter Patrick Kirchner, Bonn) 651

Strafrecht

**BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09
(Zur Strafbarkeit des Abbruchs künstlicher Ernährung)**

(Wiss. Assistent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg) 656

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN*Zivilrecht*

**BGH, Urt. v. 13.7.2010 – VIII ZR 129/09;
BGH, Urt. v. 13.7.2010 – VIII ZR 291/09
(Samstag kein Werktag im Sinne von § 556b Abs. 1
BGB)**

(Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld) 662

**BGH, Urt. v. 4.8.2010 – XII ZR 118/08
(Gefälligkeitsverhältnis und Beschädigung durch
einen Dritten nach unerlaubter Gebrauchsüberlassung)**

(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 665

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN (Forts.)**Öffentliches Recht**

- BVerwG, Urt. v. 21.7.2010 – 6 C 22/09**
(Überwachung eines Parlamentsabgeordneten
durch den Verfassungsschutz – Ramelow)
(Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz) 667

Strafrecht

- BGH, Urt. v. 24.9.2009 –4 StR 347/09**
(Schuh am Fuß als gefährliches Werkzeug i.S.v.
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB)
(Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier) 671

BUCHREZENSIONEN**Zivilrecht**

- Achim Bönninghaus, Rechtsgeschäftslehre I und II,**
Schuldrecht Allgemeiner Teil I und II, Schuldrecht
Besonderer Teil I und II, 2008, 2009
(RA Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier/Koblenz) 675

Öffentliches Recht

- Jan Freigang/Patrick Ostendorf/Jörn Reinhard, Der**
Aktenvortrag: Europarecht, 2. Aufl. 2010
(Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg) 678

- Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines**
Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl.
2009
(Wiss. Mitarbeiter Dr. Sönke E. Schulz, Kiel) 679

VARIA**Zivilrecht**

- Tagungsbericht: Vertrauen und Kontrolle im**
Zivilrecht
21. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechts-
wissenschaftler vom 1.-4.9.2010 in Wien
Von Akad. Rat Hans Martin Schellhase, Augsburg 682

Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB – Materiell-, verfahrens- und prozessrechtliche Aspekte

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Julian Krüper**, Düsseldorf*

I. Baurechtliches Genehmigungsverfahren

Im baurechtlichen Genehmigungsverfahren spielt neben der Zulässigkeit des Vorhabens selbst stets auch die Frage nach der Notwendigkeit und ggf. dem Vorliegen des *gemeindlichen Einvernehmens* eine wichtige Rolle. Fehlt es daran, kann die beantragte Genehmigung grundsätzlich zunächst nicht erteilt werden. Dementsprechend kreisen um die Frage der *Erteilung* des gemeindlichen Einvernehmens, seine *Verweigerung* und seine *Ersetzung* durch die Bauaufsichtsbehörde oder das angerufene Verwaltungsgericht eine Reihe komplexer Rechtsfragen materieller, verfahrensrechtlicher und verwaltungsprozessrechtlicher Art, die zum Teil zum baurechtlichen Grundwissen zählen, zum Teil aber auch Vertiefungswissen für fortgeschrittene Studierende bilden (Teile V. 4.-6., VI).

Rechtsprobleme des gemeindlichen Einvernehmens sind häufig durch eine innere Spannung gekennzeichnet, die sich aus dem erheblichen Wandel dieses Instituts im Laufe der letzten Jahre erklärt. Ursprünglich ausgestaltet als ein *absolutes Verfahrensrecht* der Gemeinde, dessen Ausübung (in Gestalt der Versagung) jedes Bauvorhaben suspendierte, ist der Schutz der gemeindlichen Rechtsposition im Laufe der Zeit immer schwächer geworden. Heute präsentiert sich das Einvernehmen als ein bloßer „Rest“ des Ursprungsrechts, dessen Anwendung aber noch immer von der ursprünglichen strengen Konzeption geprägt wird.¹

II. Die gemeindliche Planungshoheit

1. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Ursprung der Planungshoheit

Aus der grundgesetzlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung wird die gemeindliche Planungshoheit hergeleitet.² Die Planungshoheit ist dabei als Ausprägung der sog. *objektiven Rechtsinstitutionsgarantie* des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu verstehen.³ Damit ist gemeint, dass die Gemeinde alle

Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft frei und selbstverantwortlich regeln kann und ein Eingriff in dieses Selbstverwaltungsrecht verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist.

2. Gegenstand der Planungshoheit

Die Planungshoheit gewährt der Gemeinde das Recht, über die Nutzung des Gemeindegrundes im Rahmen der gesetzlichen Beschränkungen frei zu disponieren, bestimmte Nutzungsarten zu fördern und so aktiv zu einer Strukturentwicklung auf dem Gebiet der Gemeinde beizutragen.⁴ Die Planungshoheit vermittelt so gewissermaßen ein „Recht am eigenen Ortsbild“,⁵ das die Gemeinde insbesondere durch Maßnahmen des allgemeinen und besonderen Städtebaurechts realisiert: Neben dem Erlass von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen geschieht dies insbesondere durch die Ausweisung von besonderen Gebietstypen wie dem Sanierungsgebiet, § 126 BauGB, oder durch den Erlass von Erhaltungssatzungen, §§ 172 ff. BauGB.

In erster Linie übt die Gemeinde durch den Erlass von Bebauungsplänen oder im bewussten Verzicht darauf (sog. *negative Planungshoheit*) ihre Planungshoheit aus. Der Bebauungsplan konkretisiert dabei für einen Teil des Gemeindegebiets die grobmaschigere Planung, wie sie die Gemeinde im Flächennutzungsplan vornimmt.⁶

3. Eingliederung in die staatliche Raumplanung

Die kommunale Planungstätigkeit führt kein Einsiedlerdasein, sondern ist neben den interkommunalen Abstimmungspflichten⁷ aus § 2 Abs. 2 BauGB, die für eine *horizontale Planungscoordination* sorgen, auch vertikal in einen Planungsverbund integriert, der aus den übergeordneten Ebenen der Regional- und Landesplanung, allgemeiner gesprochen: der *Raumordnung* besteht, s. dazu § 1 Abs. 4 BauGB. Deren Rechtsquellen liegen bundesrechtlich im Raumordnungsgesetz (ROG) des Bundes sowie den jeweiligen Planungsgesetzen der Länder und weiter vor allem in den daraufhin ergangenen Plänen. Anders als die Bauleitplanung, die sich auf die Grundstücksnutzung bezieht, nimmt die Raumordnung eine weitere Perspektive ein und berücksichtigt auch Belange der

* Der Verf. ist akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtssoziologie bei Prof. Dr. Martin Morlok an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ S. auch Horn, NVwZ 2002, 406 (409) mit dem Hinweis auf BVerwG NVwZ 1986, 556 (557), das von einer „in sich widersprüchlichen“ Rechtslage sprach.

² Burgi, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 19; Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 140; Vogelgesang, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Art. 28 Rn. 118; Maunz, in: ders./Dürig (Hrsg.), GG, 57. Auflage 2010, Art. 28 Rn. 52; Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. II, 2005, Art. 28 Abs. 2 Rn. 181.

³ Hoppe, in: ders./Bönker/Grotefels (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 18, in Abgrenzung zur institutionellen Rechtssubjektsgarantie und zur subjektiven Rechtsstellungsgarantie (Rechtsschutz). Nachweise zu den

Garantien aus Art. 28 Abs. 2 GG bei Hellermann, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Edition 7, Stand 1.6.2010, Art. 28 Rn. 34 ff.; Dreier (Fn. 2), Art. 28 Rn. 99 ff.; Vogelgesang (Fn. 2), Art. 28 Rn. 94 ff.; Tettinger (Fn. 2), Art. 28 Abs. 2 Rn. 178 ff.

⁴ Hoppe (Fn. 2), § 2 Rn. 27.

⁵ Geis, Kommunalrecht, 2008, § 6 Rn. 20.

⁶ Bielenberg/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 92. Lfg. 2009, § 8 Rn. 5; Philipp, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, Bd. I, 15. Lfg., § 8 Rn. 8.

⁷ BVerwGE 117, 25, 32 f.; Hendlar, UPR 2006, 325.

Wirtschaft, der Umwelt, des Verkehrs u.a.⁸ Die notwendige Abstimmung zwischen kommunaler Bauleitplanung und der Regional- oder Landesplanung hat – insbesondere für flächen- und immissionsintensive Großvorhaben – handfeste praktische Bedeutung. Dies zeigte sich erst kürzlich an der Entscheidung des OVG NRW zum Bebauungsplan für das Steinkohlekraftwerk Datteln, der wegen Verstoßes gegen das Abstimmungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB vom Gericht für unwirksam erklärt wurde.⁹

4. Organisationsrechtliche Trennung und Kompensation durch Einvernehmen

Die Einbindung der kommunalen Bauleitplanung in einen überörtlichen Planungszusammenhang findet auch organisationsrechtlich eine Entsprechung darin, dass im Regelfall der kreisangehörigen Gemeinde nicht diese selbst untere Bauaufsichtsbehörde ist, sondern zumeist der Kreis bzw. der Landrat.¹⁰ Während diese Trennung die Gemeinde einerseits von den finanziellen und sachlichen Belastungen des Betriebs einer Bauaufsicht entlastet, gebietet Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG andererseits einen Kompensationsmechanismus, der die Wahrung der kommunalen Planungshoheit garantiert.¹¹ Dieser Mechanismus ist – neben den eher materiell orientierten sonstigen Instrumenten der Planungssicherung wie z.B. der Veränderungssperre – der § 36 BauGB und das durch ihn normierte Erfordernis eines gemeindlichen Einvernehmens vor Erteilung einer jeden Form baurechtlicher Zulassung.¹² § 36 BauGB erfasst also die Vollgenehmigung ebenso wie die Teilbaugenehmigung und den Vorbescheid.¹³ Durch die Einbeziehung der Gemeinde in das Genehmigungsverfahren wird sichergestellt, dass sie frühzeitig über Bauvorhaben in ihrem Gebiet informiert wird und gegebenenfalls Maßnahmen der Planungssicherung ergreifen kann, beispielsweise den Erlass einer Veränderungssperre, § 14 BauGB.

Die Erteilung des Einvernehmens ist dieser Sachlogik entsprechend dann entbehrlich, wenn Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde identisch sind. Dies bedeutet konkret, dass die als untere Bauaufsichtsbehörde tätig werdende Gemeinde die Erteilung der Genehmigung nicht mit der Begründung verweigern darf, der zuständige Gemeindeausschuss habe die Erteilung seines Einvernehmens verweigert.¹⁴ § 36 Abs. 1

BauGB setzt, so das BVerwG, erkennbar zwei verschiedene Willensträger voraus, an denen es innerhalb der Gemeinde fehle. Das damit verbundene Risiko, dass sich das zur Erteilung der Genehmigung zuständige Amt über Bedenken anderer Teile der Gemeinde, beispielsweise des zuständigen Bau- und Planungsausschusses hinwegsetze, müsse ggf. vom Landesgesetzgeber kommunalverfassungsrechtlich geregelt werden. Eine erweiternde Auslegung des § 36 Abs. 1 BauGB auf Konstellationen der Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde sei demgegenüber nicht angezeigt.¹⁵

5. Ausnahmen vom Erfordernis des Einverständnisses

In §§ 37, 38 BauGB relativiert das Gesetz das Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens und zwar im Hinblick auf bestimmte Vorhaben (§ 37 BauGB) beziehungsweise bestimmte Planungsverfahren (§ 38 BauGB). § 37 BauGB, der das Einvernehmensefordernis für bestimmte Bundes- und Landesvorhaben und insbesondere für Vorhaben der Landesverteidigung zurücknimmt, dient dazu, auch gegen den Widerstand einer Gemeinde notwendige, im allgemeinstaatlichen Interesse stehende Bauvorhaben realisieren zu können. Zwar verlangt auch § 37 BauGB die Berücksichtigung gemeindlicher Interessen, erleichtert aber im Konfliktfall ihre Überwindung.

Aus planungsrechtlicher Sicht durchaus sinnvoll schließt § 38 BauGB die Anwendung (nicht nur) des § 36 BauGB aus, sofern (unter Beteiligung der Gemeinde) Vorhaben in sogenannten Planfeststellungsverfahren (förmlichen, gleichsam „großen“ Verwaltungsverfahren) geplant und umgesetzt werden. Erfasst sind damit eine Vielzahl flächenkonsumierender Großvorhaben verkehrsbezogener (Eisenbahn- und Autobahntrassen, Wasserstraßen) oder im engeren Sinne daseinsvorsorgebezogener Art (Energieversorgung, Abfallbeseitigung, Telekommunikation, aber auch Bergbau). Deren überörtlicher Bezugsrahmen und das für sie streitende Allgemeininteresse machen das lokal orientierte gemeindliche Einvernehmen nicht zum angemessenen und geeigneten Mittel, um planungsrechtliche Kollisionslagen auszuräumen.

III. Das Einvernehmen nach § 36 BauGB

1. Anwendungsbereich im „planfreien“ Raum

Das Einvernehmensefordernis besteht nur für die Genehmigung solcher Vorhaben, deren Zulassung nicht durch die Festsetzungen eines Bebauungsplanes präjudiziert ist.¹⁶ Hat die Gemeinde von ihrer Planungshoheit in Gestalt eines Bebauungsplanes Gebrauch gemacht, ist sie daran gebunden. Sollen aber von einem solchen Plan Ausnahmen gemacht werden, § 31 BauGB, oder befindet er sich erst im Aufstellungsverfahren, § 33 BauGB, oder fehlt es schließlich ganz an einem Plan, §§ 34, 35 BauGB, sichert das notwendige Einvernehmen die Planungshoheit der Gemeinde. Wird eine Genehmigung in anderen als dem baurechtlichen Verfahren erteilt, z.B. im Rahmen eines immissionsschutzrechtlichen

⁸ Krautzberger, in: Battis/ders./Löhr (Hrsg.), BauGB, 11. Aufl. 2009, § 1 Rn. 37.

⁹ OVG NRW DVBl 2009, 1385, s. dazu Goppel, DVBl 2009, 1592.

¹⁰ In den Stadtstaaten weichen die Regelungen ab, s. dazu Grotefels, in: Hoppe/Bönker/ders. (Fn. 3), § 16 Rn. 2.

¹¹ S. dazu auch Hellermann, Jura 2002, 589.

¹² Lasotta, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, 1998, S. 23 f.; zur Genese der Vorschrift s. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 6), § 36 Rn. 1; ausdrücklich auch Horn, NVwZ 2002, 406 f.

¹³ Krautzberger (Fn. 8), § 36 Rn. 2; VGH BW BauR 1999, 381 (382).

¹⁴ BVerwGE 121, 339 (341), ausdrückliche Aufgabe der Rechtsprechung des Senats, z.B. in BVerwG 4 B 40/02 – Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 55.

¹⁵ BVerwGE 121, 339 (343).

¹⁶ Hellermann, Jura 2002, 598 f.

Genehmigungsverfahren, so ist auch dort das Einvernehmen zu erteilen, § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB.

Die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens ist für den Erlass der Baugenehmigung nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung. Insbesondere wird die Bauaufsichtsbehörde durch die Erteilung des Einvernehmens nicht gezwungen, die Genehmigung zu erteilen, sofern sie eigene, von der positiven (!) gemeindlichen Zulässigkeitsbeurteilung divergierende Einschätzungen im Hinblick auf §§ 31, 33-35 BauGB hat.¹⁷ Die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde, die Erteilung der beantragten Genehmigung abzulehnen, ist also – im Rahmen der Gesetze – vollständig frei.¹⁸ Die Genehmigungserteilung hingegen *erfordert* das gemeindliche Einvernehmen.¹⁹

2. Rechtsnatur

Weil das Einvernehmen im innerbehördlichen Verhältnis zwischen Gemeinde und Bauaufsicht erteilt wird, hat es trotz seiner für den Bauherrn faktischen Außenwirkung nur den Charakter eines *Verwaltungsinternums*. Erteilung und Versagung des Einvernehmens sind daher für den Bauherrn bzw. für Dritte nicht nur nicht mit Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage, sondern gar nicht auf dem Rechtswege angreifbar.²⁰ Rechtsschutz muss sich vielmehr gegen die – mittelbar durch das Verhalten der Gemeinde geprägte – Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde selbst richten.²¹ Allerdings durchbricht die Rechtsprechung diese Konzeption insofern, als dass die rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde haftungsrechtliche Konsequenzen für die Gemeinde haben kann (s. dazu unter VI.), was nur denkbar ist, wenn man dem gemeindlichen Handeln Außenwirkung zubilligt.

3. Erteilungsverfahren

Gem. § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB unterliegt die Gemeinde bei der Erteilung ihres Einvernehmens einer *Frist von zwei Monaten*. Der Lauf der Frist setzt allerdings voraus, dass ein Einvernehmen überhaupt nötig ist, was bei Identität von Gemeinde und unterer Bauaufsichtsbehörde nicht der Fall ist, da ein „Einvernehmen mit sich selbst“ nicht möglich ist.²²

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²³ beginnt die 2-Monats-Frist ab Abgabe von Bauantragsunterlagen zu laufen, aus denen sich jedenfalls die *bauplanungsrechtliche Zulässigkeit* des Vorhabens beurteilen lässt.²⁴ Vollständig müssen die eingereichten Unterlagen also

nicht sein, so können beispielsweise Unterlagen zur Beurteilung der bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens fehlen. Allerdings obliegt der Gemeinde innerhalb der Frist eine Überprüfung der Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen und ggf. das Hinwirken auf Vorlage vollständiger Unterlagen. Versäumt die Gemeinde dies, soll nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gleichwohl die Genehmigungsfiktion des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB greifen.²⁵ Dies verursacht in der Praxis insbesondere im Hinblick auf solche Unterlagen Probleme, die Aufschluss über die Notwendigkeit geben, andere Fachbehörden (z.B. Wasserbehörden) zu konsultieren,²⁶ deren potentielles Veto die Erteilung der Baugenehmigung jedenfalls dann hindert, wenn man in ihr den Schlusspunkt öffentlich-rechtlicher Genehmigungsverfahren sieht, die nicht anderweitig einer Konzentrationswirkung unterliegen, z.B. nach § 13 BImSchG.²⁷

Die gemeindliche Einvernehmenserklärung ist eine „empfangsbedürftige öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die nach allgemeinen Grundsätzen mit dem Zugang bei der Baubehörde wirksam wird“.²⁸

Das Einvernehmen wird durch den Gemeinderat erteilt, der diese Kompetenz auch nicht auf den Bürgermeister delegieren kann.²⁹

4. Disposition über das Einvernehmen

Gegenstand juristischen Streits ist die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Gemeinde an ein Einvernehmen gebunden ist, das sie binnen der in § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB genannten 2-Monats-Frist abgibt.³⁰ Hier wird vor allem zivilrechtlich argumentiert: Behandelt man das Einvernehmen analog §§ 130 Abs. 1 und 2 BGB als eine Willenserklärung, so tritt Bindung mit Zugang ein. Zieht man den Gedanken des § 183 S. 1 BGB heran, wäre die Gemeinde erst mit Ablauf der 2-Monats-Frist bzw. mit Genehmigungserteilung gebunden. Demgegenüber stellen öffentlich-rechtliche Lösungsansätze aus einer allgemeinen Vertrauensschutzperspektive darauf ab, ab wann eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung Gestaltungswirkung erlangt. Regelmäßig wäre dies bei Zugang der Einvernehmenserklärung bei der Bauaufsichtsbehörde der Fall.

Zwar kann die Gemeinde ihr Einvernehmen weder widerrufen noch zurücknehmen, andererseits ist sie nicht gehindert, ein einmal erteiltes Einvernehmen durch eine neu eingeleitete gegenläufige Bauleitplanung, deren Ausführung sie mit einer Veränderungssperre, § 14 BauGB, sichert, zu „unterlaufen“. Dieses auf den ersten Blick erstaunlich scheinende Ergebnis erklärt sich daraus, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen

¹⁷ BVerwG DÖV 1970, 349 f.; *Roeser*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 6), § 36 Rn. 14.

¹⁸ S. z.B. *Desens*, DÖV 2009, 197 (198).

¹⁹ BVerwGE 22, 342 (345); BVerwG NVwZ 1986, 556 (557).

²⁰ S. aber *Bickenbach*, BauR 2004, 428 (430) zur Frage eines subjektiven Rechts auf Einvernehmensersatzung.

²¹ *Krautzberger* (Fn. 8), § 36 Rn. 5.

²² *Jäde*, KommJur 2005, 368.

²³ BVerwG BauR 2005, 509.

²⁴ *Krautzberger* (Fn. 8), § 36 Rn. 16.

²⁵ Kritisch dazu *Jäde*, KommJur 2005, 368.

²⁶ *Jäde*, KommJur, 2005, 368 (369).

²⁷ S. dazu *Berger*, VerwArch 2009, 342 ff. zur „rechtlichen Ordnung paralleler Anlagenkontrollverfahren“; *Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, S. 105 f.

²⁸ *Jäde*, KommJur 2005, 368 (370); s. dazu auch umfassend *Ernst*, Die Verwaltungserklärung, 2008, insbes. S. 493 ff. zu Zugangs- und Wirksamkeitsfragen.

²⁹ *Dürr/Middecke*, Baurecht NRW, 3. Aufl. 2005, Rn. 145.

³⁰ *Jäde*, KommJur 2005, 325 (325).

nicht gleichsam freihändig erteilen oder vorenthalten kann, sondern – vor dem Hintergrund des Art. 14 GG – nur unter bestimmten Voraussetzungen überhaupt verweigern kann. Liegen bei einem Bauvorhaben die Voraussetzungen der §§ 31, 33-35 BauGB vor, ist die Gemeinde zur Erteilung ihres Einvernehmens verpflichtet. Insofern ist im gemeindlichen Einvernehmen weniger eine positive Zustimmungserklärung der Gemeinde zu sehen („ja, ich will“), sondern eher eine verfahrensrechtliche Freigabe der Genehmigungserteilung („na gut“). Dementsprechend formuliert das BVerwG: „Das Recht – und die Pflicht – der Gemeinde, ihre Bauleitplanung in eigener Verantwortung aufzustellen (§ 2 Abs. 1 S. 1 BauGB), wird durch die Erteilung des Einvernehmens zu einem konkreten Bauvorhaben nicht berührt“.³¹ Mit dem Beschluss über die Aufstellung eines (dem Vorhaben gegenläufigen) Bebauungsplans und seiner Sicherung durch eine Veränderungssperre bringt die Gemeinde ihren planungsrechtlichen Sinneswandel zum Ausdruck („ich habe es mir anders überlegt“). Damit dies nicht gleichsam willkürlich geschehen kann, knüpft § 14 BauGB den Erlass der Veränderungssperre an relativ strenge materielle Voraussetzungen im Hinblick auf den Konkretisierungsgrad der neuen gemeindlichen Planung.

IV. Die Versagung des Einvernehmens

Die Gründe, aus denen die Gemeinde ihr Einvernehmen zu einer bauaufsichtlichen Zulassungsentscheidung versagen darf, müssen sich aus den §§ 31, 33-35 BauGB ergeben, § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB. Es geht dabei einerseits darum, das Haftungsrisiko der Gemeinde dadurch zu begrenzen, dass der Kreis der Vorschriften, auf welche die Einvernehmensversagung gestützt werden kann, beschränkt und dadurch die Zahl der gemeindlichen Versagungsfehler begrenzt wird. Gleichzeitig zeichnen sich die §§ 31, 33-35 BauGB durch einen hohen Abstraktionsgrad in Folge zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe aus, die zu konkretisieren gerade auch Aufgabe der Gemeinde ist. Zugleich bedeutet die Beschränkung der Versagungsgründe auch eine Verfahrensbeschleunigung. Konkret bedeuten das, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen beispielsweise nicht deswegen versagen kann, weil ein Vorhaben eventuell (auch informellen) Rahmenplanungen widerspricht, die bislang noch nicht die Gestalt von Bebauungsplänen erlangt haben.

V. Behördliche Ersetzung des Einvernehmens

Gesetzliche „Einstiege“ in eine Ersetzung des von der Gemeinde (rechtswidrig) versagten Einvernehmens gibt es verschiedene. Neben bauordnungsrechtlichen und vergleichsweise aufwendigen kommunalaufsichtlichen Ersetzungsbeugnissen existiert seit 1998 die Vorschrift des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, der ein eigenes bundesrechtliches Ersetzungsverfahren vorsieht. Danach kann die nach Landesrecht zuständige Behörde das rechtswidrig versagte gemeindliche Einvernehmen ersetzen. Zuvor war dies allein nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts möglich, eine Möglichkeit, die

seither parallel zur bauplanungsrechtlichen Ersetzungsmöglichkeit besteht.³²

Ob das Ersetzungsverfahren nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB Anwendung findet, hängt dem Wortlaut der Vorschrift nach davon ab, ob der jeweils zuständige Landesgesetzgeber eine „zuständige Behörde“ bestimmt hat. Ist dies aber nicht der Fall, so nimmt eine überwiegende Meinung im baurechtlichen Schrifttum entgegen der ersten Intuition an, dass das Einvernehmen dann durch die Rechtsaufsichtsbehörde nach Maßgabe des allgemeinen Verwaltungsverfahrens, also insbesondere nach Anhörung der Gemeinde, ersetzt werden kann.³³ Einer ausdrücklichen landesrechtlichen Regelung bedarf es danach nicht, um § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB anwenden zu können.

1. Ersetzung durch die Bauaufsichtsbehörde

Im Regelfall ersetzt die zuständige Bauaufsichtsbehörde das gemeindliche Einvernehmen, jedenfalls sofern die Ersetzung nicht im Wege der Kommunalaufsicht, sondern im Rahmen des baurechtlichen Ersetzungsverfahrens erfolgt. Dabei stehen zwei Varianten offen:

a) Ausdrückliche Ersetzung

Die Bauaufsichtsbehörde kann das Einvernehmen durch selbständigen Verfahrensakt ersetzen, der im Verhältnis zur Gemeinde aufgrund des Eingriffs in die kommunale Planungshoheit ein Verwaltungsakt ist. Die separate Ersetzung kann erfolgen, sofern die Bauaufsichtsbehörde das Vorhaben planungsrechtlich für zulässig hält, aber aus anderen Gründen noch Zweifel an der Zulässigkeit hat (aus einer Vielzahl von Beispielen: das Vorhaben liegt in einer faktischen Hochwasserzone und löst wasserrechtliche Bedenken aus).³⁴ Dies eröffnet der Gemeinde die Möglichkeit von Anfechtungsrechtsbehelfen, die nicht § 212a BauGB unterliegen und daher aufgrund ihres Suspensiveffekts den Erlass der Genehmigung hindern. Die Bauaufsichtsbehörde muss unter diesen Umständen die sofortige Vollziehung der Ersetzungsentscheidung anordnen, § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, gegen die die Gemeinde wiederum vorgehen kann. Ergehen Ersetzungsentscheidung und Baugenehmigung separat, aber mehr oder minder zeitgleich, muss die Gemeinde Widerspruch bzw. Klage in Verbindung mit einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO anstrengen, damit die Genehmigung nicht in Bestandskraft erwächst.

³¹ BVerwGE 120, 138 (143).

³² Allg. Auffassung, s. dazu nur *Hofmeister*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BauGB, Edition 11, Stand 15.6.2010, § 36 Rn. 31.

³³ *Hofmeister* (Fn. 32), § 36 Rn. 31 m. zahlreichen Nachweisen; a.A. (wohl) VGH Mannheim NVwZ 1999, 442 (444): „In der Durchführungsverordnung zum Baugesetzbuch vom 2.3.1998 [...] ist keine zuständige Behörde i.S.d. § 36 Absatz 3 BauGB n.F. bestimmt, so daß es insoweit bei der bisherigen Möglichkeit eines kommunalaufsichtlichen Verfahrens verbleiben dürfte“.

³⁴ OVG NRW BauR 2010, 600.

b) Ersetzung durch Genehmigungserteilung

Neben einer ausdrücklichen Ersetzung des Einvernehmens ist auch seine konkludente Ersetzung durch Erteilung der Genehmigung möglich. Die Gemeinde muss dann ihre Rechte unmittelbar mit Anfechtungsrechtsbehelfen (Widerspruch oder – vor allem in NRW – Klage) gegen die Genehmigung geltend machen.

2. Ersetzung durch die Kommunalaufsicht

Das Einvernehmen der Gemeinde kann auch im Wege der Kommunalaufsicht ersetzt werden. Diese Möglichkeit (neben die auch noch Ersetzungsvorschriften des formellen Bauordnungsrechts treten können, die eine Ersetzung ermöglichen, z.B. Art. 67 BayBO) wird aber insbesondere seit Einführung des bundesrechtlichen Ersetzungsverfahrens in § 36 Abs. 2 BauGB kaum genutzt. Die kommunalaufsichtsrechtliche Einvernehmensersetzung vollzieht sich als Maßnahme der Rechtsaufsicht über die eigenen Angelegenheiten der Gemeinde in Gestalt einer aufsichtsrechtlichen Anordnung,³⁵ die dann auch Verwaltungsakt ist. Sofern eigene bauordnungsrechtliche Ersetzungsbefugnisse bestehen, ist der Rückgriff auf die kommunalrechtliche Ersetzung regelmäßig gesperrt, z.B. in Bayern: Art. 67 Abs. 2 BayBO.

3. Bindung bei gemeindlichen Ermessensentscheidungen

Die Möglichkeit der Bauaufsichtsbehörde, in den Bereich der gemeindlichen Planungshoheit einzuwirken ist dort beschränkt, wo sich die Einvernehmensversagung auf einen Tatbestand stützt, der der beurteilenden Gemeinde ein Ermessen einräumt, so z.B. §§ 31 Abs. 2, 34 Abs. 3a BauGB. Abweichend vom Grundsatz, dass die Bauaufsichtsbehörde an die positive Erteilung des Einvernehmens nicht gebunden ist, muss sie in diesen Fällen die (rechtmäßige) Rechtsauffassung der Gemeinde auch dann beachten, wenn sie sachlich anderer Auffassung ist.³⁶ Darin kommt zum Ausdruck, dass die planungsrechtlichen Zulassungsvorschriften eine Konkretisierung des Rechtskonfliktes zwischen Baufreiheit des Bauherrn und der Planungshoheit der Gemeinde darstellen. Sind ihre Regelungen „fix“, so entscheidet im Streitfall die Bauaufsichtsbehörde. Lassen die Regelungen aber die Ausübung gemeindlichen Ermessens zu, so ist darin ein gesetzgeberisches Entgegenkommen gegenüber der Gemeinde zu sehen, an das auch die Bauaufsicht „gebunden“ ist. Freilich ist auch diese Bindung wiederum nur beschränkt. Dort, wo die Gemeinde rechtsfehlerhaft ihr Ermessen ausübt, ist die Bauaufsichtsbehörde wiederum zur Ersetzung befugt.

4. Weitere Probleme bei der Ersetzung des Einvernehmens (für Fortgeschrittene)

a) Der Streit um das Ermessen der Ersetzungsbehörde

Überaus streitig ist die Frage, inwiefern der Ersetzungsbehörde bei der Ersetzungsentscheidung allein kraft bundesrechtlicher Regelung ein Ermessen zukommt. Praktisch verbirgt sich dahinter die Frage, ob die zuständige Ersetzungs-

behörde in jedem Fall eines rechtswidrig versagten Einvernehmens eine Ersetzung vornehmen *muss*, oder ob sie aus Ermessenserwägungen davon Abstand nehmen kann.³⁷ Dies hat Konsequenzen für den Bauherrn und die Erfolgsaussichten seines Rechtsschutzes gegen eine Genehmigungsversagung.

Anknüpfungspunkt dieser Auseinandersetzung ist der Wortlaut des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, nach dem die zuständige Behörde das rechtswidrig versagte Einvernehmen ersetzen „kann“. Während eine Auffassung in dieser Formulierung einen Ausdruck der bundesrechtlichen Begründung der Ersetzungsbefugnis sieht (und die Vorschrift also liest als „*darf unbeschadet einer landesrechtlichen Ersetzungsbefugnis [...] ersetzen*“),³⁸ stellt die (wohl überwiegende) Gegenansicht mit der gängigen verwaltungsrechtlichen Dogmatik darauf ab, dass die Verwendung des Wortes „kann“ hier wie üblich³⁹ auf ein Ermessen der Behörde verweist.⁴⁰

Beide Auffassungen können jenseits der Wortlautebene Argumente für sich ins Feld führen. Für eine Auslegung der Vorschrift „pro Ermessen“ wird vor allem die historische Motivation des Gesetzgebers namhaft gemacht, das umständliche Verfahren der kommunalaufsichtlichen Ersetzung des Einvernehmens zu „umgehen“. Zudem hat der Gesetzgeber ähnliche Vorschriften des Landesrechts, die eine Ersetzungspflicht der Aufsichtsbehörde statuierten (insbesondere Art. 81 BayBO 1994), gerade nicht übernommen, obwohl sie ihm bekannt waren.⁴¹

Ob die historische Argumentation tatsächlich trägt, kann allerdings bezweifelt werden. Wenn beispielsweise das OVG Lüneburg aus der Ähnlichkeit des neuen bauplanungsrechtlichen Ersetzungsverfahrens mit der *kommunalaufsichtsrechtlichen Ersetzung*, die eine *Ermessensentscheidung* ist, schlussfolgert, dann müsse auch die bauplanungsrechtliche Ersetzungsbefugnis des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB eine Ermessensentscheidung sein, so vermag das kaum zu überzeugen – insbesondere, da andererseits angeführt wird, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB solle gerade an die Stelle der kommunalrechtlichen Ersetzungsverfahren treten.⁴² Vor allem aber liegt darin ein weitergehender Selbstwiderspruch: Wenn es das Ziel des Gesetzgebers war, durch die Novellierung des § 36 Abs. 2 BauGB eine Verfahrensbeschleunigung zu bewirken, um

³⁷ Anschauliche Darstellung bei OVG Lüneburg NVwZ-RR 2009, 866 (869).

³⁸ z.B. bei OVG Koblenz NVwZ-RR 2000, 85; *Dippel*, NVwZ 1999, 921 (924); neben der Frage der Norminterpretation ist im Umfeld des Gesetzgebungsverfahrens auch die Verfassungsmäßigkeit der Norm bezweifelt worden, im Ergebnis aber ohne Erfolg, vgl. dazu eingehend *Horn*, NVwZ 2002, 406 (409).

³⁹ Statt vieler: *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, S. 323.

⁴⁰ Aus jüngerer Zeit z.B. VG Würzburg v. 17.12.2009 – W 5 K 08.2134.

⁴¹ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2009, 866 (869).

⁴² Ablehnend gegenüber der kommunalaufsichtsrechtlichen Interpretation der bundesrechtlichen Ersetzungsbefugnis *Horn*, NVwZ 2002, 406 (409).

³⁵ S. zum Anordnungsrecht *Burgi* (Fn. 2), Rn. 47.

³⁶ *Hofmeister* (Fn. 32), § 36 Rn. 18.

damit die subjektiven Rechte des Bauherrn zu schützen,⁴³ so spricht das gerade gegen die Annahme eines Ermessens der Ersetzungsbehörde.

Dies bedeutet (erstaunlicherweise) freilich nicht, dass die Länder durch Ausführungsbestimmungen zu § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB nicht selbständig der zuständigen Behörde ein Ermessen über die Ersetzung des Einvernehmens einräumen können, wie es zum Teil auch geschehen ist. Eine solche Regelung wäre nicht notwendig aufgrund von Art. 31 GG verfassungswidrig, wenn man die bundesrechtliche Regelung *allein als Begründung einer eigenen planungsrechtlichen Ersetzungsvorschrift* und eben nicht als Einräumung von Ermessen versteht. Zudem ist der Zuständigkeitsvorbehalt der Länder seinerseits verfassungsrechtlichen Erwägungen geschuldet, denn die Kontrolle von Entscheidungen der gemeindlichen Selbstverwaltung unterliegt der ausschließlichen Gesetzgebungshoheit der Länder⁴⁴ und also deren Ausgestaltung. Die konkrete Ausgestaltungsentscheidung hat dann auch Einfluss auf die amtshaftungsrechtliche Situation in Fällen der Genehmigungsversagung durch die zuständige Aufsichtsbehörde.

b) Rechtsschutz und Klagebefugnis der Gemeinde

Sucht die Gemeinde Rechtsschutz gegen den Erlass einer bauaufsichtlichen Zulassung, die ihr verweigertes Einvernehmen übergeht, stellt sich die Frage, worauf die Gemeinde ihre Rechtsbehelfe stützen kann. Konkret geht es dabei um die Frage, woraus eine Gemeinde im gerichtlichen Verfahren ihre *Klagebefugnis* herleiten kann.

Während eine Reihe von Oberverwaltungsgerichten der Auffassung ist, der Gemeinde stünden subjektive Rechte aus den Vorschriften der §§ 31, 33-35 BauGB zu, verfahren beispielsweise der VGH Kassel und das OVG Magdeburg restriktiver. Rechtsschutz könne die Gemeinde nur erreichen, sofern sie eine *Verletzung ihrer Planungshoheit* unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG geltend machen könne. Der Verweis des § 36 Abs. 2 S.1 BauGB auf die §§ 31, 33-35 BauGB sei so zu verstehen, dass nur ein solcher Verstoß gegen diese Vorschriften rügar sei, der gleichzeitig einen Eingriff in die Planungshoheit der Gemeinde aus Art. 28 Abs. 2 GG darstelle.⁴⁵ Relevant wird dieser Streit in der Praxis vor allem bei der Zulassung von (zumeist großen, nichtprivilegierten) Außenbereichsvorhaben, denen beispielsweise nach § 35 Abs. 3 BauGB eine Reihe von Belangen entgegengehalten werden kann, von denen regelmäßig manche (z.B. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BauGB), keineswegs aber alle (§ 35 Abs. 3 S.1 Nr. 3 und Nr. 5 BauGB) den Schutz der gemeindlichen Planungshoheit zum Gegenstand haben.

In dieser Auseinandersetzung spielen abweichende Bewertungen des § 36 BauGB eine Rolle. Sieht man ihn nur als Vermittler eines gemeindlichen, förmlichen Mitwirkungsrechts, spricht manches für eine konventionelle, in diesem

Falle also strenge Handhabung der Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Gemeinde müsste dann qualifiziert darlegen, warum das konkrete Vorhaben nicht allein gegen die §§ 31, 33-35 BauGB verstößt, sondern vor allem, warum in diesem Verstoß *auch* eine Verletzung ihrer Planungshoheit liegt. Dahinter steht der berechtigte Wunsch, über § 36 BauGB nicht zu einer Erweiterung der Rechte der Gemeinde zu kommen. Eine Verletzung der Planungshoheit wäre beispielsweise dann gegeben, wenn durch die Zulassung eines konkreten Vorhabens „eine hinreichend bestimmte Planung nachhaltig“ gestört wird, „wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer durchsetzbaren Planung“ entzogen oder „kommunale Einrichtungen durch das Vorhaben erheblich beeinträchtigt“ würden.⁴⁶ Prozesspraktisch müsste die Gemeinde auf diese Weise ihre Rechtsverletzung als jedenfalls möglich begründen. Begründet wäre die Klage dann bei Verstoß gegen gemeindeplanungsrechtlich grundierte Bestimmungen der genannten Vorschriften. Hier wird ein Verständnis der planungsrechtlichen Zulassungsvorschriften deutlich, das sie als *weiten Spielraum gebende* Moderatoren des Rechtskonflikts zwischen Baufreiheit des Bauherrn und Planungshoheit der Gemeinde sieht. Nicht jeder Verstoß gegen diese Vorschriften begründet dabei also einen Verstoß gegen die Planungshoheit der Gemeinde.

Begreift man die Vorschriften demgegenüber stärker als *zwingende Konkretisierungen* des Rechtskonflikts zwischen Baufreiheit und Planungshoheit, wofür manches spricht, indiziert ein Verstoß gegen sie auch einen Verstoß gegen die Planungshoheit der Gemeinde. Freilich ist nicht zu leugnen, dass der inhaltliche Bezug der verschiedenen Tatbestände der §§ 31, 33-35 BauGB zur gemeindlichen Planungshoheit unterschiedlich intensiv ist. Dass § 36 Abs. 1 BauGB der Gemeinde allerdings über seine Garantie des absoluten Verfahrensrechts materielle subjektive Rechte vermittelt, ist zweifelhaft. Die materielle Reichweite der Planungshoheit wird durch § 36 BauGB also nicht, insbesondere auch nicht auf alle Bestimmungen der §§ 31, 33-36 BauGB erweitert.⁴⁷

Diese Sichtweise führt dazu, dass die objektiv-rechtlichen Möglichkeiten der Versagung, also alle Fälle eines Verstoßes gegen §§ 31, 33-35 BauGB, und die subjektiv-rechtliche Möglichkeit der Rechtskontrolle der Gemeinde bei der Ersetzung ihres Einvernehmens auseinanderklaffen. Die Gemeinde darf aus Gründen der §§ 31, 33-35 BauGB das Einvernehmen versagen, kann die eventuelle Ersetzungsentscheidung der Bauaufsichtsbehörde aber nur in den Fällen anfechten, in denen gleichzeitig auch eine Verletzung der verfassungsrechtlich verankerten Planungshoheit zu sehen ist. In allen Fällen, in denen die Gemeinde ihr Einvernehmen mit Recht unter Berufung auf einen nicht planungshoheitlich grundierten Tatbestands verweigert und von der Bauaufsicht übergangen würde, könnte sie eine gerichtliche Überprüfung nicht erwirken. Diese Inkongruenz wird als unbefriedigend empfunden, insbesondere auch deshalb, weil damit die Regelungswirkung des § 36 BauGB weitgehend identisch mit § 38

⁴³ Dippel, NVwZ 1999, 921 (924).

⁴⁴ Lasotta (Fn. 12), S. 65, dort auch zur Gesetzgebungsgeschichte.

⁴⁵ Eine Rechtsprechungsübersicht m.w.N. bei Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 f.

⁴⁶ Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 (421).

⁴⁷ Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 (420).

BauGB wäre, der aber erkennbar als Ausnahme der Prüfungsdichte bei Vorhabenzulassungen gedacht ist.

Dieses Problem lässt sich auf zwei verschiedenen Wegen lösen: Einmal ließe sich eine Kongruenz von Versagungsgründen und Rechtsschutzintensität dadurch herstellen, dass die Versagungsgründe des § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB beschränkt werden auf solche Fälle, in denen im Verstoß gegen die planungsrechtlichen Zulassungsvorschriften *gleichzeitig ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlich garantierte Planungshoheit* zu sehen wäre. Freilich gibt § 36 BauGB für diese Lesart unmittelbar keine Anhaltspunkte, sie lässt sich daher (nur) teleologisch unter Verweis auf die bereits angesprochene „Moderationsfunktion“ des § 36 BauGB begründen.

Eine gemeindefreundlichere Lösung liegt in der differenzierenden Betrachtung der in Frage kommenden Anfechtungsobjekte. Die Ersetzung des Einvernehmens ebenso wie der Erlass der Baugenehmigung durch die Bauaufsichtsbehörde stellen gegenüber der Gemeinde Verwaltungsakte dar. Vermittelt § 36 Abs. 1 BauGB ein *gemeindliches Verfahrensrecht*, wenn auch kein absolutes mehr, so begründet die Übergehung der Gemeinde im Genehmigungsverfahren bereits einen im Klagewege erfolgreich rügbaren Rechtsverstoß. § 36 Abs. 1 BauGB ist in dieser Lesart dann keine Erweiterung des subjektiven Planungsrechtspositionen der Gemeinde, sondern billigt ihr außerhalb dieses Rahmens ein einfachgesetzliches Mitwirkungsrecht zu.

Die Gemeinde könnte dann den Verstoß gegen ihr Verfahrensrecht damit begründen, dass die Bauaufsicht ein Vorhaben zu Unrecht zugelassen hat.⁴⁸ Praktisch führt dies dazu, dass die Rechtsschutzlücke, die durch die restriktive Interpretation der §§ 31, 33-35 BauGB im Hinblick auf ihre subjektiv-rechtliche Qualität für die Gemeinde, durch die „Erfindung“ eines formellen Verfahrensrechts geschlossen wird. § 36 Abs. 1 BauGB wandelt sich dann zu einem prozessualen Vehikel zur Zulassung einer gemeindlichen Prozessstandschaft für Belange des objektiven Rechts.⁴⁹

Alle vorgestellten Auffassungen haben Stärken und Schwächen. In der Fallbearbeitung ist es wichtig, den Verweis des § 36 BauGB auf die §§ 31, 33-35 BauGB nicht kurzschlüssig dahingehend zu interpretieren, dass alle der in Bezug genommenen Tatbestände zwingend geeignet sind, der Gemeinde subjektive Rechte zu vermitteln. Vielmehr sollte der konkrete Tatbestand, aufgrund dessen die Gemeinde ihr Einvernehmen verweigert, genau auf seine subjektiv-rechtliche Qualität hin untersucht werden. Fehlt es daran, ist ein Rechtsbehelf der Gemeinde – unter Verweis darauf, dass § 36 BauGB den gemeindlichen Rechtskreis nicht erweitert – als unzulässig zu verwerfen und der Fall gegebenenfalls hilfsgutachterlich zu prüfen.

⁴⁸ Dieses Modell entwickeln mit ausführlicher Begründung *Beutling/Pauli*, BauR 2010, 418 (421).

⁴⁹ Zur Indienstnahme nicht subjektiv-rechtlich Berechtigter zum Schutze objektiver rechtlicher Interessen s. *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess, 2009, passim, dort für den Bereich der Umweltvorsorge.

c) *Ersetzung des Einvernehmens durch Verpflichtungsurteil (für Fortgeschrittene)*

Ein materiell- wie verwaltungsprozessrechtlich komplexes Problem verbirgt sich hinter der Frage, ob das gemeindliche Einvernehmen auch dadurch ersetzt werden kann, dass in einem Verpflichtungsklageverfahren auf Erlass einer Baugenehmigung ein stattgebendes Urteil ergeht. Kann also auch das Gericht das gemeindliche Einvernehmen ersetzen? Das Bundesverwaltungsgericht bejaht diese Möglichkeit in seiner Rechtsprechung.⁵⁰ In den Blickpunkt rücken hier prozessrechtliche Institute, die im Jura Studium meist nur eine nachgeordnete Rolle spielen, nämlich der sog. *Streitgegenstand* und die *Rechtskraft*, in dieser Konstellation im Hinblick auf die Verpflichtungsklage.

Die Begriffe des Streitgegenstandes und der Rechtskraft stehen in enger Beziehung zueinander, wie in § 121 VwGO deutlich wird. Die Rechtskraft eines Urteils – man könnte untechnisch sagen: seine Regelungswirkung – erstreckt sich auf den Streitgegenstand. Wie „weit“ das Urteil reicht, hängt also davon ab, worüber *gestritten* und worüber damit auch *entschieden* wird. Der Streitgegenstand ist also auch Urteilsgegenstand.⁵¹

Der Streitgegenstand der Verpflichtungsklage, der sich im Verwaltungsprozess aus Klageantrag und dem konkreten Lebenssachverhalt als Klagegrund zusammensetzt,⁵² ist der geltend gemachte (prozessuale) Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsaktes.⁵³ Als prozessual bezeichnet man den Anspruch, um bei einer Vielzahl von materiellen Anspruchsgrundlagen dem Kläger nicht die begehrte Leistung mehrfach zusprechen zu müssen.⁵⁴ Der Anspruch, um den es geht, gründet materiell stets in einem subjektiven öffentlichen Recht, beim Erstreiten der Baugenehmigung also in der Baufreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG.

Der Anspruch des Bürgers, über den das Gericht also entscheidet, müsste gerichtet sein auf die *Erteilung des Einvernehmens*, damit der Streitgegenstand und damit die Rechtskraft des Urteils sich darauf erstrecken könnten. Das Einvernehmen würde dann behandelt als eine Willenserklärung, deren Erteilung über §§ 173 VwGO, 894 ZPO durch das gerichtliche Urteil fingiert wird. Ein solcher Anspruch des Bürgers besteht allerdings nach ganz überwiegender Auffassung nicht, da die Erteilung des Einvernehmens nur im Interesse der Gemeinde steht, Interessen Dritter davon zwar betroffen sind, die Einvernehmenserteilung aber gerade nicht

⁵⁰ BVerwGE NVwZ-RR 2003, 719 ff.

⁵¹ *Clausing*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, 19. Lfg. 2009, § 121 Rn. 54; zu diesem Zusammenhang auch *Kilian*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. 2006, § 121 Rn. 42: „Spiegelbildlich steht dem Streitgegenstand die sachliche Reichweite der materiellen Rechtskraft des Urteils gegenüber“.

⁵² *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 50 ff., *Kilian* (Fn. 51), § 121 Rn. 57.

⁵³ *Bickenbach*, Das Bescheidungs Urteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage, 2006, S. 68.

⁵⁴ *Bickenbach*, BauR 2004, 428 (429).

ihrem Schutz dient (Schutznormtheorie).⁵⁵ Demgegenüber hält das BVerwG eine solche Ersetzung durchaus für möglich, ohne aber die dogmatischen Details der gerichtlichen Ersetzung näher zu erklären.

Liegen die (planungsrechtlichen) Voraussetzungen zur Erteilung einer Baugenehmigung vor, so ist damit gleichzeitig klar, dass die Versagung des Einvernehmens rechtswidrig war. Das Gericht wird dann in der Regel Spruchreife der Sache herstellen, gegebenenfalls also noch Sachaufklärung betreiben und sodann die Behörde verpflichten, die beantragte Genehmigung zu erlassen.⁵⁶ Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens liegt dann aber im Genehmigungserlass, sofern dieser dann nicht im Einvernehmen mit der Gemeinde erfolgt. Eine Ersetzung durch das gerichtliche Urteil widerspricht demgegenüber sowohl der verwaltungsprozessrechtlichen Dogmatik wie auch grundlegenden Erwägungen der Gewaltenteilung.

Die praktischen, für die Klausurbearbeitung wichtigen Unterschiede beider Auffassungen liegen in der prozessualen Behandlung des weiteren Verfahrensablaufs. Liegt in der gerichtlichen Entscheidung die Ersetzung des Einvernehmens, so kann die Gemeinde eine wirksame Genehmigungserteilung nur verhindern durch die Einlegung von Rechtsmitteln gegen das Urteil (und ggf. zusätzlich gegen die Genehmigung). Dass sie dabei nicht selbst Hauptbeteiligte des Verfahrens, sondern nur (notwendig) Beigeladene ist,⁵⁷ hindert die Einlegung von Rechtsmitteln auch gegen den Willen der Hauptbeteiligten nicht.⁵⁸

Verneint man die Ersetzungswirkung des Urteils, stellt sich die Frage, wie die ggf. eintretende Rechtskraft des Urteils sich auf die (zeitlich zumeist nachgelagerte) Entscheidung der Bauaufsicht im Erteilungsverfahren auswirkt. Zwar erwächst der Urteilsspruch nur in Hinsicht auf solche Fragen in Rechtskraft, die Gegenstand des Genehmigungsrechtsverhältnisses Bürger – Bauaufsicht sind, diese sind aber kongruent mit den Ablehnungstatbeständen des § 36 Abs. 1 BauGB: Hier wie dort geht es um die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens. Die Behörde kann also nicht unter Verweis auf das Urteil die Genehmigung erteilen, sondern muss das Einvernehmen (ausdrücklich oder konkludent) ersetzen.

VI. Amtshaftung und gemeindliches Einvernehmen (für Fortgeschrittene)

Die Nähe des Baugenehmigungsverfahrens zu Art. 14 GG erklärt, warum das gemeindliche Einvernehmen, insbesondere seine Versagung, auch von erheblicher haftungsrechtlicher Bedeutung ist. Nicht erst bei der Verwirklichung von Großvorhaben wirtschaftlicher Art oder Einrichtungen der Daseinsvorsorge, man denke etwa an sog. Windparks, besteht ein erhebliches ökonomisches Interesse an einer zügigen und rechtmäßigen Genehmigungserteilung. Auch ein privater

Bauherr, der ein Vorhaben verwirklichen will, kann durch auflaufende Handwerkerrechnungen im Vorfeld der eigentlichen Bauverwirklichung, bedingte und befristete Finanzierungszusagen von Banken und Fördereinrichtungen usw. in ökonomische Schwierigkeiten kommen oder Verluste erleiden, die – sofern die Genehmigungserteilung am rechtswidrig versagten Einvernehmen der Gemeinde scheiterte – Gegenstand eines Amtshaftungsanspruchs werden können.

Von Interesse ist dabei zunächst, wen der betroffene Bauherr auf Grundlage des Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB in Anspruch nehmen kann und muss, wenn – wie im Regelfall der kreisangehörigen Gemeinden – die genehmigungserteilende Bauaufsichtsbehörde von der Gemeinde verschieden ist.

1. Anspruchsgegner und Amtspflichtverletzung

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur baurechtlichen Amtshaftung kommt eine Haftung der Gemeinde selbst, des Trägers der Bauaufsichtsbehörde oder eine gesamtschuldnerische Haftung beider in Betracht. Wer im Einzelfall haftet, hängt danach davon ab, ob die Genehmigungsversagung *allein* auf die Versagung des Einvernehmens (dann Gemeinde), auf *andere Gründe*, die die Bauaufsichtsbehörde geltend macht (dann Träger der Bauaufsicht) oder auf die Einvernehmensversagung *und* weitere Gründe gestützt wird (dann gesamtschuldnerische Haftung von Gemeinde und Träger der Bauaufsichtsbehörde). Im Kern steht dabei die Annahme, dass die Gemeinde über die Einvernehmensversagung bestimmenden Einfluss auf die Bauaufsicht hat und die Gemeinde je nachdem, wie stark sich dieser Einfluss auf die Genehmigungsversagung auswirkt, unterschiedlich haftet.⁵⁹ Die Erteilung des Einvernehmens ist dabei Ausdruck einer dritgerichteten Amtspflicht,⁶⁰ da die Versagung des Einvernehmens regelmäßig dazu führt, dass die Genehmigung nicht erteilt wird. Darin liegt offensichtlich ein erheblicher Widerspruch zu der sonstigen Einordnung des Einvernehmens als bloßes Verwaltungsinternum – ein Widerspruch allerdings, den die haftungsrechtliche Judikatur hinnimmt, um im Einzelfall zu differenzierten Haftungstatbeständen zu kommen.⁶¹

Seit der Einführung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB und der bundesrechtsunmittelbaren Ersetzungsbefugnis der nach Landesrecht zuständigen Behörde stellt sich allerdings die Frage, ob an dieser Haftungssystematik festgehalten werden

⁵⁵ Bickenbach, BauR 2004, 428 (430).

⁵⁶ Missverständlich insofern Graupeter, ZfBR 2005, 432 ff.

⁵⁷ Bier, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Bd. 1, Lfg. April 2006, § 65 Rn. 23.

⁵⁸ Bier (Fn. 57), § 65 Rn. 4.

⁵⁹ Desens, DÖV 2009, 198 (200) – sehr lesenswert – mit einer umfassenden Rekonstruktion der Rechtsprechung: „Korrespondiert die haftungsrechtliche Verantwortung der Gemeinde mit der Bindungswirkung ihrer versagenden Entscheidung, hängt ihre Haftung davon ab, in welchem Umfang § 36 BauGB der Gemeinde einen bestimmenden Einfluss einräumt“.

⁶⁰ s. zur Dritgerichtetheit der Amtspflicht Morlok, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2009, § 54 Rn. 60.

⁶¹ Für einen Überblick s. Lasotta (Fn. 12), S. 71 ff., der ausdrücklich von der „staatshaftungsrechtlichen Problematik“ spricht.

kann.⁶² Unabhängig davon, ob man in § 36 Abs. 2 S. 3 GG einen Ermessenstatbestand sehen möchte oder nicht, scheint die neue Regelung, die die Länder mit Zuständigkeitsregeln ausgefüllt haben,⁶³ der Gemeinde die letzte Bestimmungsmacht im Genehmigungsverfahren aus der Hand genommen zu haben.

Ansatzpunkt ist dabei die Frage, ob es eine *drittgerichtete Amtspflicht* der Aufsichtsbehörde gibt, ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde zu ersetzen. Während dies unter dem Blickwinkel, der auf die formale Korrekturfunktion der Ersetzung im Innenverhältnis Gemeinde und Aufsichtsbehörde abstellt, abgelehnt wird,⁶⁴ stellt eine neuere Auffassung darauf ab, in welcher Weise das jeweilige Bundesland die Regelung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB ausgefüllt habe.

Sofern die für die Erteilung der Baugenehmigung zuständige *Bauaufsichtsbehörde* (und beispielsweise nicht die allgemeine Kommunalaufsichtsbehörde oder die höhere Baubehörde) auch für die Ersetzung des Einvernehmens zuständig sei,⁶⁵ führe diese „Kompetenzkonzentration“ zu einer drittgerichteten Amtspflicht. Deren *Verletzung* durch Nichterteilung der Genehmigung ist allerdings nur dann möglich, wenn die Baubehörde an das rechtswidrig versagte Einvernehmen der Gemeinde *nicht gebunden ist*, sich aber selbst daran gebunden hat. Allerdings statuieren die landesrechtlichen Vorschriften (mit der Ausnahme Schleswig-Holsteins, das auf die allgemeinen kommunalaufsichtsrechtlichen Vorschriften verweist) entweder eine *Ersetzungspflicht*, oder räumen Ermessen ein, das sich aber wegen der Berührung von Art. 14 Abs. 1 GG im Regelfall auf Null reduziert. In aller Regel wird also in der Versagung einer Baugenehmigung durch die Bauaufsichtsbehörde immer dann eine haftungsrechtlich erhebliche Verletzung einer Amtspflicht liegen, wenn die Bauaufsicht die ihr eingeräumte Kompetenz zur Ersetzung des rechtswidrig nicht erteilten Einvernehmens nicht genutzt hat.

Dies wirft die Frage auf, ob aufgrund der Neuregelungen in den Landesbauordnungen zur Ersetzungsbefugnis nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB eine *eigenständige Haftung der Gemeinde* nun gar nicht mehr denkbar ist,⁶⁶ weil keine drittgerichtete Amtspflicht mehr besteht.⁶⁷ Wie man diese Frage

beantwortet, hängt davon ab, ob man eine eher *faktische* Bewertung der einschlägigen Sachverhalte anstellt – und also darauf abstellt, dass die Verweigerung des Einvernehmens tatsächlich genehmigungshindernd gewirkt hat (wenn die Baubehörde sich z.B. fälschlich an die Versagung gebunden fühlt) – oder ob man strenger nach Kriterien der gesetzlichen Systematik urteilt. Dabei streitet vor allem die Berechenbarkeit der Rechtsanwendung (auch und gerade in haftungsrechtlicher Perspektive) für eine eher normativ grundierte Sichtweise. Danach ist durch die Einführung weitgehender Ersetzungspflichten und -befugnisse der Bauaufsichtsbehörde ein bestimmender Einfluss der Gemeinden auf den Erlass oder die Verweigerung des Einvernehmens entfallen. Ihre Haftung kommt daher in aller Regel nicht mehr in Betracht, sondern verlagert sich auf den Träger der Bauaufsichtsbehörde.⁶⁸ Dieser ist im Regelfall das jeweilige Land.

2. Inhaber des Anspruchs

Den Amtshaftungsanspruch kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch ein Dritter geltend machen, der Bauherr, nicht aber Eigentümer des Vorhabengrundstücks ist⁶⁹ und dem durch die Verweigerung des Einvernehmens ein Schaden entstanden ist. Dies betrifft seltener Konstellationen mit privater Wohnbebauung, sondern die Erschließung und Bebauung von Grundstücken mit Großvorhaben (Einkaufszentren u.ä.), bei denen der Vorhabenträger und der Grundstückseigentümer nicht selten verschiedene Personen sind.

3. Verschulden

Die Verschuldensmaßstäbe im Rahmen des § 839 BGB sind nach und nach objektiviert worden⁷⁰ und daher insgesamt sehr streng.⁷¹ Insbesondere kann eine fehlerhafte Anwendung des Rechts – also eine unrichtige Subsumtion – bereits den Haftungstatbestand des § 839 BGB auslösen: „Eine objektiv unrichtige Gesetzesauslegung oder Rechtsanwendung ist unter Beachtung dieses objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstabs dann schuldhaft, wenn sie gegen den klaren, bestimmten und eindeutigen Wortlaut der Norm verstößt oder wenn die bei ihr aufgetretenen Zweifelsfragen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt sind.“⁷² Abgestellt wird dabei auf den pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten.⁷³

Vor allem der Aspekt der höchstrichterlichen Klärung ist in der Praxis von besonderer Bedeutung, gerade in Bereichen wie den bauplanungsrechtlichen Zulassungstatbeständen, die durch die Vielzahl der in ihnen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe in besonderer Weise konkretisierungsbedürftig sind. Freilich haben Rechtsprechung und Literatur seit

⁶² Auch schon vor Einführung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB war die Ersetzung des rechtswidrig versagten Einvernehmens durch die Kommunalaufsicht möglich, da diese aber nur im Allgemeininteresse, nicht aber zum Schutz subjektiver Rechte agiert, hat der BGH darin keine Durchbrechung seines Haftungsregimes gesehen, s. dazu *Desens*, DÖV 2009, 198 (199).

⁶³ Seit dem 1.3.2010 besteht auch in Baden-Württemberg eine Ersetzungsregelung in § 54 Abs. 4 LBauO BW, s. dazu *Wortha*, VBIBW 2010, 219 ff.

⁶⁴ *Hellermann*, Jura 2002, 589 (594 f.).

⁶⁵ *Desens*, DÖV 2009, 198 (203).

⁶⁶ *Desens*, DÖV 2009, 198 (204).

⁶⁷ *Desens*, DÖV 2009, 198 (205 f.) erwägt zudem den Wegfall der Schadensursächlichkeit der gemeindlichen Einver-

nehmensversagung, lehnt dies aber in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH ab.

⁶⁸ *Desens*, DÖV 2009, 198 (205).

⁶⁹ *Söfker* (Fn. 12), § 36 Rn. 48.

⁷⁰ *Morlok* (Fn. 60), § 54 Rn. 67 f.

⁷¹ *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 283.

⁷² *Papier* (Fn. 71), § 839 Rn. 293.

⁷³ *Morlok* (Fn. 60), § 54 Rn. 68.

Jahrzehnten intensiv an der Konkretisierung jener Rechtsbegriffe gearbeitet. Für die baurechtliche Praxis und die Falllösung bedeutet das: Nur eine intensive und tiefgehende Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der §§ 31, 33-35 BauGB kann das Haftungsrisiko des Bauaufsichtsträgers signifikant reduzieren.⁷⁴ Kategorien wie der „Durchschnittsbeamte“ haben für sich selbst kaum einen Aussagewert. Sie sind vielmehr Leerstellen, die im Hinblick auf den Einzelfall mit rechtlicher Argumentation ausgefüllt werden müssen – vom Gericht ebenso wie vom Klausurbearbeiter. Einzig verstellt ist mit dieser Kategorie eine streng subjektive Wertung des Geschehens.

VII. Ausblick

Seit Jahren befindet sich das gemeindliche Einvernehmen in einem Rückbau.⁷⁵ Es hat sich von einem *absoluten Verfahrensrecht* gewandelt hin zu einem nach wie vor dogmatisch komplexen, aber wenig effektvollen Institut. Dahinter steht das Ansinnen des Gesetzgebers, die „überschießende Tendenz“ der Einvernehmensregelung, die die gemeindliche Planungshoheit weitgehend über die Baufreiheit des Bauherrn obsiegen ließ, grundrechtsfreundlich zurückzuschrauben. Daher ist die rechtliche Reichweite der Einvernehmensregelung durch die zunehmende Vereinfachung der Ersetzungsmöglichkeiten, vor allem durch die 1998 vorgenommene Einführung einer bundesrechtsunmittelbaren Ersetzungsbefugnis, immer mehr geschwächt worden. Konnte die Gemeinde zu Zeiten, in denen § 36 BauGB ein absolutes Verfahrensrecht vermittelte, auch rechtmäßige Vorhaben verhindern, so scheidet diese Möglichkeit heute aus. Abgesehen von den Fällen, in denen die baurechtliche Zulassungsentscheidung eine Ermessensentscheidung ist und die Möglichkeiten zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens stark beschnitten sind, stellt die gegenwärtige Regelung ein unnötig kompliziertes Verfahren dar.⁷⁶ Der damit verfolgte Nebenzweck, die Gemeinde frühzeitig über Bauvorhaben auf ihrem Gebiet zu informieren, ließe sich einfacher und ebenso effektiv mit einer Anzeigepflicht der Bauaufsicht (oder auch des Bauherrn) erreichen.⁷⁷ Dies wäre auch deswegen wünschenswert, weil dadurch die unübersichtliche Rechtslage im Hinblick auf etwaige amtschaftsrechtliche Verantwortlichkeiten von Gemeinde und (dem Träger) der Bauaufsichtsbehörde übersichtlicher gestaltet werden könnte.

⁷⁴ *Desens*, DÖV 2008, 198 (204) geht soweit zu sagen, „das Erkennen der Rechtslage“ in den Versagungsfällen sei für die Bauaufsicht „ohne weiteres“ möglich.

⁷⁵ *Möstl*, BayVB1 2007, 129 ff.

⁷⁶ *Möstl*, BayVB1 2007, 129 (133 f.).

⁷⁷ Für eine vereinfachte verfahrensrechtliche Lösung *Möstl*, BayVB1 2007, 129 (134).

Nachfolge in Personengesellschaften bei Tod eines Gesellschafters

Von Dipl.-Jurist **Hendrik Göhner**, Bielefeld

Nachfolgeregelungen sind vor allem im Bereich der mittelständischen Wirtschaft ein akutes Problem. Besonders bei Familienbetrieben kommt es den Beteiligten darauf an, einen Nachfolger für den verstorbenen Gesellschafter zu gewinnen. Rechtlich führen diese Fragen zu einer Schnittstelle von Personengesellschaftsrecht und Erbrecht. Beide Bereiche gehören zum Pflichtfachwissen, stehen in ihrer Kombination meist jedoch nicht im Vordergrund. Der folgende Beitrag soll diese Verknüpfungen im Überblick darstellen.

I. Problembeschreibung

Für den Entschluss von Personen, eine Personengesellschaft zu gründen, ist die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks die konstituierende Grundlage. Dieser Entschluss beruht zu einem erheblichen Grad auf dem persönlichen Vertrauen zwischen den Beteiligten. Daher hängt auch der Fortbestand dieser gegründeten Personengesellschaften maßgeblich von dem unveränderten Bestand des Gesellschafterkreises ab.¹

Die Grundlage wird gestört, wenn ein Gesellschafter verstirbt. Es stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft dann fortbestehen soll, oder ob sie gar mit den Erben des Verstorbenen, also außenstehenden Personen, fortzuführen ist? Bei diesen Fragen ist der Blick zunächst auf die gesetzlichen Regelungen zu richten. Gesellschaftsrecht stellt jedoch in weiten Teilen dispositives Recht dar. Daher besteht ein großer Spielraum durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag. Diese gesellschaftsvertraglichen Regelungen führen jedoch teilweise dazu, dass verschiedene gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme auftreten können.²

II. Gesetzeslage bei Tod eines Gesellschafters

Zu Beginn ist festzustellen, welche Rechtsfolgen das Gesetz bei der jeweiligen Gesellschaftsform an den Tod eines Gesellschafters knüpft. Ob diese Rechtsfolgen auch den Interessen der Gesellschafter gerecht werden können, ist im Anschluss zu untersuchen.

1. Gesetzliche Regelungen bei der GbR

Stirbt ein Gesellschafter bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), sieht § 727 Abs. 1 BGB vor, dass die Gesellschaft aufgelöst wird.³

Oftmals wird man diese gesetzliche Regelung aber nicht als interessengerecht ansehen. Insbesondere bei einer unternehmenstragenden Gesellschaft ist das regelmäßig der Fall. Die Auflösung der Gesellschaft würde fast immer erhebliche

Unternehmenswerte zerstören.⁴ Die verbleibenden Gesellschafter wollen darum meistens nicht die Gesellschaftstätigkeit einstellen, sondern fortsetzen. Insoweit sind für die GbR vertragliche Abreden relevant, welche die Fortsetzung der Gesellschaft festlegen, also „ein anderes“ im Sinne von § 727 Abs. 1 BGB bestimmen.

Setzen die verbleibenden Mitglieder die Gesellschaft fort, kommt es zu einer Anwachsung nach § 738 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters wächst den übrigen Gesellschaftern zu.⁵

Der verstorbene Gesellschafter hätte aber einen Abfindungsanspruch aus § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, da er im Sinne dieser Norm aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Dieser Abfindungsanspruch geht im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben über. Inwieweit diese Rechtsfolgen vertraglich modifiziert werden können, ist noch unter III. 1 anzusprechen.

2. Gesetzliche Regelungen bei der OHG

Anders sieht dies bei der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) aus. Die hierfür entscheidende Norm ordnet nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern lediglich den Ausschluss des verstorbenen Gesellschafters gemäß § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB an.⁶ Daran schließen sich die schon bei der GbR erwähnten Folgen der Anwachsung und Abfindung der Erben an.

In vielen Fällen wird aber das Interesse bestehen, die Gesellschaft mit dem bzw. den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortzusetzen.⁷ Dabei kann der Erbe seinen Verbleib in der Gesellschaft aber davon abhängig machen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird, § 139 Abs. 1 HGB.

3. Gesetzliche Regelungen bei der KG

Bei der Kommanditgesellschaft ist zunächst einmal zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern (Komplementären) und den grundsätzlich beschränkt haftenden Gesellschaftern (Kommanditisten) zu differenzieren. Über § 161 Abs. 2 HGB finden die Vorschriften des OHG-Rechts auf den Komplementär Anwendung. Problematisch ist, wenn der einzige persönlich haftende Gesellschafter stirbt und damit aus der Kommanditgesellschaft ausscheidet. Dann liegt eine in Auflösung befindliche Kommanditgesellschaft vor.⁸

¹ Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 14. Aufl. 2009, § 2 Rn. 12; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009, § 2 Rn. 17.

² Zur Praxisrelevanz derartiger Fragen: Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. 2 (Recht der Personengesellschaften), 2004, § 5 III 1, S. 460-461.

³ So auch der Grundsatz bei der *societas* im Römischen Recht, vgl. Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. 2008, § 43 Rn. 10.

⁴ Grunewald, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2008, 1 A., Rn. 150.

⁵ Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 738 Rn. 1; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, § 45 II, S. 1319.

⁶ Hopt, in: Baumbach/ders., Kommentar zum HGB, 34. Aufl. 2010, § 131 Rn. 18.

⁷ Wiedemann (Fn. 2), § 5 III 1, S. 462.

⁸ Joost/Strohn, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 1, 2. Aufl. 2008, § 131 Rn. 42; K. Schmidt (Fn. 5), § 53 V, S. 1555.

Für den Kommanditisten gilt § 177 HGB. Danach wird die Gesellschaft mit den Erben des Kommanditisten fortgesetzt. Die Erben rücken ohne jede besondere Erklärung automatisch in die Kommanditistenstellung ein.⁹

4. Fazit

Nach dem bisher Ausgeführten vermag das Gesetz in den meisten Fällen die Interessenlage der Beteiligten nicht zu befriedigen. Die Verschiebung der Anteilsverhältnisse in der Gesellschaft, der Entzug von Liquidität durch Abfindungszahlungen nach dem Tod eines Gesellschafters oder die Auflösung, stehen sogar im Widerspruch zu dem tatsächlich Gewollten. Dies erfordert eine abweichende vertragliche Gestaltung. Nur mit der Aufnahme von entsprechenden Klauseln im Gesellschaftsvertrag ist es den Gesellschaftern möglich, die aus ihrer Sicht bestmögliche Regelung für den Tod eines Gesellschafters zu treffen. Das ist möglich, da speziell bei der BGB-Gesellschaft kaum zwingende Regelungen bestehen und die private Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht stark ausgeprägt ist.¹⁰

III. Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Nachfolgend werden mehrere Klauseln vorgestellt, welche die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag vereinbaren können. Im Zusammenhang damit wird ein Überblick auf die damit einhergehenden rechtlichen Probleme gegeben.

1. Fortsetzungsklausel

Zunächst einmal können die Gesellschafter im Vertrag vereinbaren, die Gesellschaft im Fall des Todes eines Gesellschafters fortzusetzen.¹¹ Vor allem für die BGB-Gesellschaft ist diese Möglichkeit von existenzieller Bedeutung. Bei der OHG oder KG bedarf es einer derartigen Klausel nicht, da dies der gesetzliche Regelfall ist. Wenn man sich vergegenwärtigt, dass eine solche Fortsetzungsklausel zugleich den Erben des gestorbenen Gesellschafters den Eintritt in die Gesellschaft verweigert, kann dieser Aspekt, je nach Interessenlage, in den Vordergrund rücken. Die Fortsetzungsklausel könnte dann sogar zutreffender als Ausschließungsklausel charakterisiert und verwendet werden.¹² Mit dem Ausschluss der Erben von der künftigen Gesellschafterstellung stellt sich dann das Problem der Abfindung. Prinzipiell haben die Erben einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. Wiederum könnte der Gesellschaftsvertrag ein Mittel sein diese Ansprüche auszuschließen. Es stellt sich

die Frage, ob ein solcher vertraglicher Ausschluss der Abfindungsansprüche zulässig ist. Hiergegen könnten Bedenken bestehen, wenn dem Erben durch die Klausel Teile seines Nachlasses entzogen werden. Eine solche Klausel weist die Nähe zu einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter auf. Wird die Fortsetzungsklausel jedoch so interpretiert, dass sie den Gesellschaftsanteil am Nachlass vorbeileitet, und der Anteil beim Todesfall aufgrund des Gesellschaftsvertrages automatisch den Mitgesellschaftern zufällt, wird man die Einwände zurückweisen können. Der Gesellschaftsanteil war dann nie dem künftigen Nachlass zugehörig. Folglich ist der Vorgang nur eine Abrede zwischen den Gesellschaftern und damit auch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden.¹³ Weitestgehend wird ein solcher Abfindungsausschluss deshalb für wirksam erachtet.¹⁴

2. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln

Denkbar ist es, im Gesellschaftsvertrag eine Regelung aufzunehmen, mit der eine andere Person die Gesellschafterstellung eines verstorbenen Gesellschafters erhalten kann. Mit dem Tod des betroffenen Gesellschafters geht dann die Mitgliedschaft in der Gesellschaft mittels Vertrag zugunsten Dritter unmittelbar auf diese Person über. Welche Person dies ist, wird schon in einer derartigen rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel festgelegt.¹⁵

Fraglich ist, ob eine solche rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel zulässig ist. Mit der Gesellschafterstellung gehen Rechte und auch Pflichten (z.B. die Beitragspflicht) einher. Berücksichtigt man dies, führt die Regelung im Gesellschaftsvertrag dazu, dass dieses Rechtsgeschäft nicht nur zu Gunsten des später Eintretenden, sondern teilweise auch zu seinen Lasten geht. Ein Vertrag zu Lasten Dritter ist aber unzulässig.¹⁶ Insoweit kommen rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln nicht in Betracht, wenn es sich bei der Person des Nachfolgers um einen „Dritten“, d.h. eine Person handelt, die nicht schon vorher am Gesellschaftsvertrag beteiligt war. Die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ist daher nur insoweit möglich, als dass der durch sie Begünstigte bereits Gesellschafter ist. Dann stellt die Klausel keinen Vertrag zu Lasten eines Dritten dar.¹⁷

Wegen dieses engen Anwendungsbereichs wird eine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel meist nicht in Betracht kommen.

⁹ Eisenhardt (Fn. 1), § 29 Rn. 407; K. Schmidt, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 177 Rn. 5.

¹⁰ Eisenhardt (Fn. 1), § 4 Rn. 36.

¹¹ Hinzuweisen ist auf die Konsequenz einer derartigen Fortsetzungsklausel, die zu einer Art „Russischen Roulette“ führt, wenn jeder Gesellschafter sie für seinen Tod vereinbart. Der Gesellschafter, der alle anderen überlebt, erhält aufgrund der Anwachsung am Ende alle Gesellschaftsanteile, vgl. K. Schmidt (Fn. 5), § 45 V, S. 1337.

¹² K. Schmidt (Fn. 5), § 45 V, S. 1334.

¹³ BGHZ 22, 186 (195) = NJW 1957, 180 (181).

¹⁴ BGHZ 22, 186 (194) = NJW 1957, 180 (181); BGHZ 98, 48 (56); K. Schmidt (Fn. 5), § 45 V, S. 1336; Wiedemann (Fn. 2), § 5 III 1, S. 465; a.A. Ulmer/Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 738 Rn. 60.

¹⁵ Hopt (Fn. 6), § 139 Rn. 56.

¹⁶ BGHZ 68, 225 (231) = NJW 1977, 1339 (1341); Leipold, Erbrecht, 18. Aufl. 2010, § 17 Rn. 589; Sprau (Fn. 5), § 727 Rn. 4.

¹⁷ Ulmer/Schäfer (Fn. 14), § 727 Rn. 51.

3. Eintrittsklauseln

Eine gesellschaftsvertragliche Eintrittsklausel liegt hingegen vor, wenn im Vertrag einem Begünstigten das Recht eingeräumt wird, beim Tod eines Gesellschafters in die Gesellschaft einzutreten. Der Begünstigte erhält also einen schuldrechtlichen Anspruch auf Aufnahme in die Gesellschaft, den er nach dem Tod des Gesellschafters geltend machen kann.¹⁸

Aufgrund dessen verfängt der Einwand des unzulässigen Vertrags zu Lasten Dritter, der bei der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel erhoben wurde, nicht bei der Eintrittsklausel. Der Benannte wird nicht automatisch mit dem Tod des Gesellschafters Mitglied der Gesellschaft, sondern nur, wenn er sich dafür entscheidet. Der Eintritt erfolgt dann durch Aufnahmevertrag.¹⁹

Durch das Wahlrecht für den Benannten ist die Eintrittsklausel mit einer gewissen Unsicherheit verbunden, weshalb sie meist nicht die Interessen der verbleibenden Gesellschafter befriedigen wird und daher nur selten verwendet wird.

4. Erbrechtliche Nachfolgeklauseln

Für die Bedürfnisse der Gesellschafter am interessantesten ist es, erbrechtliche Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren.

a) Einfache Nachfolgeklauseln

Eine erbrechtliche Nachfolgeklausel bewirkt zunächst einmal, dass der jeweilige Gesellschaftsanteil des Gesellschafters vererblich gestellt wird.

Die einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel zeichnet sich dadurch aus, dass alle Erben des Gesellschafters in die Gesellschaft automatisch einrücken. Wer Erbe ist, bestimmt sich ausschließlich nach der Verfügung von Todes wegen bzw. der gesetzlichen Erbfolge. Bestehen mehrere Erben, bilden diese eine Miterbengemeinschaft gemäß § 2032 Abs. 1 BGB.

Lange war umstritten, ob auch eine solche Erbengemeinschaft im Sinne der §§ 2032 ff. BGB Gesellschafterin in einer Personenhandelsgesellschaft sein kann.

Überwiegend wird die Möglichkeit der Gesellschafterstellung für die Erbengemeinschaft verneint.²⁰ Begründet wird dies zum einen mit der unterschiedlichen Ausrichtung von Miterbengemeinschaft und Gesellschaft. Während eine unternehmenstragende Gesellschaft kontinuierlich bestehen soll, ist die Erbengemeinschaft, wie sich an § 2042 Abs. 1 BGB zeigt, auf Auseinandersetzung gerichtet. Außerdem besteht bei der Erbengemeinschaft eine von der Personengesellschaft wesentlich verschiedene Haftungsregelung. Das Erbrecht sieht unter anderem die Haftungsbegrenzung auf den Nachlass vor, was mit der unbeschränkten persönlichen Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB bzw. § 128 HGB analog nicht im Einklang zu bringen ist.²¹ Zuletzt ist auf das Ein-

stimmigkeitsprinzip nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB bei Verwaltungsmaßnahmen der Erbengemeinschaft hinzuweisen, welches die Handlungsfähigkeit einer Personengesellschaft stark einschränken würde.

Daraus folgt, dass jeder Erbe gemäß seinem Erbanteil selbständig für seine Person Gesellschafter wird.²² Somit findet bei mehreren Erben eine Sonderrechtsnachfolge für den Gesellschaftsanteil statt.²³ Das Gesellschaftsrecht geht dem Erbrecht im Konfliktfall damit vor.²⁴

b) Qualifizierte Nachfolgeklauseln

Die qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel beinhaltet die Bezeichnung eines bestimmten oder bestimmbaren Erben, der beim Tod des Gesellschafters in die Gesellschaft nachfolgen soll. Denkbar ist aber auch eine Ausgestaltung der Klausel, die den Gesellschaftern die Möglichkeit einräumt durch letztwillige Verfügung eine bestimmte Person als Nachfolger zu benennen.²⁵ Der benannten Person fällt dann die Mitgliedschaft automatisch zu. Unabhängig von der bestehenden Erbquote fällt der komplette Gesellschaftsanteil dem benannten Erben zu.²⁶ Hieran anknüpfend ist auf das Problem hinzuweisen, ob der Nachfolge-Erbe seine Miterben entschädigen muss, soweit der geerbte Gesellschaftsanteil seine Erbquote übersteigt.²⁷

Wird die im Gesellschaftsvertrag benannte Person nicht Erbe des verstorbenen Gesellschafters, führt allein die qualifizierte Nachfolgeklausel nicht dazu, dass er trotzdem in der Mitgliedschaft nachfolgt. Dies setzt unabdingbar seine Erbenstellung voraus, welche eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung nicht herbeiführen kann. Gleiches gilt für den Fall, dass von mehreren Erben nur eine Person in der Nachfolgeklausel benannt wird. Dann wird auch nur der dort Bennante automatisch Gesellschafter, da bei den anderen Erben die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

5. Gestaltungsmöglichkeiten bei der KG

Das Gesetz stellt in § 177 HGB den Kommanditanteil grundsätzlich vererblich. Im Gesellschaftsvertrag kann davon abgewichen werden, indem die Nachfolge in den Kommanditanteil durch Erben ausgeschlossen wird.

Daneben besteht bei der Kommanditgesellschaft die Möglichkeit, eine Vereinbarung hinsichtlich der zukünftigen Gesellschafterstellung der Erben zu treffen. Sind diese Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters, kann im Voraus bestimmt werden, dass im Erbfall der Anteil in eine Kom-

¹⁸ Windbichler (Fn. 1), § 16 Rn. 5.

¹⁹ K. Schmidt (Fn. 5), § 45 V, S. 1346 f.; Windbichler (Fn. 1), § 16 Rn. 5.

²⁰ Windbichler (Fn. 1), § 16 Rn. 4; a.A. für die GbR Grunewald (Fn. 4), 1. A., Rn. 152.

²¹ Leipold (Fn. 16), § 17 Rn. 591.

²² Grunewald (Fn. 4), 1. B., Rn. 67.

²³ BGHZ 68, 225 (233) = NJW 1977, 1339 (1341); BGHZ 98, 48 = NJW 1986, 2431 (2432); BGHZ 101, 123 (125) = NJW 1987, 3184 (3185); Windbichler (Fn. 1), § 16 Rn. 4.

²⁴ K. Schmidt (Fn. 5), § 45 V, S. 1339; Wiedemann (Fn. 2), § 5 III 2, S. 470 ff.; Windbichler (Fn. 1), § 16 Rn. 4.

²⁵ K. Schmidt (Fn. 5), § 45 V, S. 1343.

²⁶ Hopt (Fn. 6), § 139 Rn. 17.

²⁷ Strohn, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 8), § 177 Rn. 9.

manditbeteiligung umgewandelt wird.²⁸ Auch kann vertraglich dafür Vorsorge getroffen werden, dass durch Ausscheiden des letzten Komplementärs die KG nicht in Auflösung gerät.

Außerdem besteht vertraglich die Gelegenheit, beim Tod eines Kommanditisten andere Personen statt der Erben als Nachfolger eintreten zu lassen, wie es § 177 HGB normalerweise vorsieht.

IV. Auslegung von Gesellschaftsverträgen

Nicht immer wird sich eine der unter III. dargestellten Klauseln eindeutig aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Gesellschafter eine Klausel falsch bezeichnen können. Bedeutsam wird das Problem beispielsweise, wenn fraglich ist, ob es sich bei der betroffenen Klausel um eine Eintritts- oder um eine Nachfolgeklausel handelt. Der Inhalt ist durch Auslegung zu ermitteln.

Der Gesellschaftsvertrag ist grundsätzlich nach §§ 133, 157 BGB, wie jeder andere Vertrag, d.h. ausgehend von einem objektivierten Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der beiderseitigen Interessen, auszulegen.²⁹ Hinzu kommt jedoch, dass ein Gesellschaftsvertrag Grundlage für eine längerfristige Zusammenarbeit ist. Auch dieser Aspekt ist bei der Auslegung zu bedenken. Für Klauseln, die den Tod eines Gesellschafters betreffen, wird dies nahe legen, solche so auszulegen, dass sie den Fortbestand der Gesellschaft sichern.³⁰ Es ist damit in der Regel keine Auflösung der Gesellschaft gewollt, und die Regelung wird im Zweifel zum Eintritt eines neuen Gesellschafters führen, damit Abfindungsansprüche dem Unternehmen kein Kapital entziehen können. So ist, um auf die eingangs erwähnte Abgrenzung von Eintritts- und Nachfolgeklausel zurückzukommen, auch im Zweifel von einer Nachfolgeklausel auszugehen, denn diese bedeutet für die Gesellschafter Planungssicherheit.

Außerdem ist die ergänzende Vertragsauslegung prinzipiell im Gesellschaftsrecht als Auslegungsmethode anwendbar. Nur muss dabei der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Zusammenschluss auf persönlicher Basis und der individuelle Charakter der Gesellschaft der Fremdbestimmung des Rechtsanwenders zum Opfer fallen.³¹

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Eintritt von Erben in die Gesellschaft dazu führen kann, dem Gesellschaftsvertrag ein anderes Verständnis zugrunde zu legen, als die Gründer diesen verstanden wissen wollten.³²

V. Prüfungsrelevanz

Prüfungsaufgaben³³, die ihren Schwerpunkt in Nachfolgeregelungen bei Personengesellschaften haben, werden nicht immer nach der klassischen Anspruchsprüfung zu lösen sein. Gerade bei einem derartigen Thema bietet sich die Einbettung der gesellschafts- und erbrechtlichen Fragen in eine Anwaltsklausur an. Denkbar ist, dass der ratsuchenden Gesellschaft die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten vorgestellt werden müssen und die für sie optimale vertragliche Gestaltung zu empfehlen ist. Auch kann aus der Sicht eines Erben die Frage zu beantworten sein, ob er Gesellschafter in der jeweiligen Gesellschaft werden kann. Die Rechtslage und die einzelnen Klauselmöglichkeiten zu kennen sowie eine jeweils kritische Einschätzung abzugeben, sind folglich Aufgaben, die in einer Anwaltsklausur zu bearbeiten sind.

²⁸ BGHZ 101, 123 (125) = NJW 1987, 3184 (3185).

²⁹ Grunewald (Fn. 4), 1. A., Rn. 28.

³⁰ BGHZ 68, 225 (233) = NJW 1977, 1339 (1341); Grunewald (Fn. 4), 1. A., Rn. 30.

³¹ Wiedemann (Fn. 2), § 2 III 2, S. 129.

³² Wiedemann (Fn. 2), § 2 III 2, S. 128.

³³ Beispielsweise *Timm/Schöne*, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht Bd.1, 8. Auflage 2010, Fall 16.

Grundrechtliche Gleichheitsgebote: Eine fallorientierte Einführung

Von Wiss. Mitarbeiterin Dipl.-Jur. Univ. **Jessica Gentsch**, Augsburg*

I. Einleitung

Der Beitrag ist didaktisch orientiert.¹ Er will einen Überblick über die grundgesetzlichen Gewährleistungen der Gleichheit geben. Anhand von vier Fällen aus der Rechtsprechung der vergangenen zwei Jahre werden verschiedene Ausprägungen des Gleichheitsgebotes des Grundgesetzes näher beleuchtet.

II. Gleichheitsrechte im Grundgesetz und im Europarecht

Neben dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG enthält das Grundgesetz verschiedene andere Gleichheitsgebote. Zu nennen sind:

- Art. 3 Abs. 2 GG: Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau
- Art. 3 Abs. 3 GG: spezielle Differenzierungsverbote
- Art. 6 Abs. 5 GG: Gleichstellung unehelicher Kinder
- Art. 33 Abs. 1-3 GG: Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern
- Art. 21 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG: Chancengleichheit der Parteien
- Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Wahlrechtsgrundsatz der Gleichheit

Auf europäischer Ebene speist sich der Grundrechtsschutz aus mehreren Rechtsquellen.² Art. 6 Abs. 1 EUV verweist zum einen auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), die somit rechtsverbindlich ist. Zum anderen sieht Art. 6 Abs. 2 EUV den Beitritt zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) vor. Schließlich hat die Europäische Union die Grundrechte, wie sie sich aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze zu achten. Als europarechtliche Gleichheitsverbürgungen sind zu nennen:

- Kapitel III der GRCh „Gleichheit“:
- Art. 8 AEUV: Gleichstellung; Querschnittsklausel
- Art. 10 AEUV: Bekämpfung von Diskriminierungen; Querschnittsklausel
- Art. 18 AEUV: Diskriminierungsverbot
- Art. 19 AEUV: Antidiskriminierungsmaßnahmen

* Die *Autorin* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre von Prof. *Dr. Matthias Rossi* an der Universität Augsburg.

¹ Daher wird in den Nachweisen meist auf Ausbildungsliteratur und Rechtsprechung verwiesen. Um die für die Anwendung des Gleichheitssatzes bedeutsame Rechtsprechung besser nachvollziehen zu können, sind einige wesentliche Passagen der Entscheidungen des BVerfG wörtlich zitiert.

² Zu den Änderungen hinsichtlich der Grundrechtsverbürgungen im Europarecht durch den Vertrag von Lissabon vgl. *Mayer*, EuR 2009, Beiheft 1, 87. Zum Verhältnis der deutschen Grundrechte zum Europarecht *Frenz/Kühn*, Jura 2009, 401.

- Art. 14 EMRK: Allgemeines Diskriminierungsverbot

III. Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes

Freiheitsrechte, wie z.B. Art. 5 Abs. 1 GG oder Art. 12 Abs. 1 GG, schützen einen bestimmten Lebensbereich grundrechtlich vor staatlichem Zugriff unabhängig davon, wie andere Grundrechtsberechtigte behandelt werden. Art. 3 Abs. 1 GG verlangt hingegen Gleichbehandlung. Für die Beantwortung der Frage, ob Art. 3 Abs. 1 GG verletzt ist, ist also nicht nur die Situation des Betroffenen auszuwerten, sondern vielmehr ein Vergleich mit anderen Personen notwendig. Die Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG vollzieht sich daher nicht in den gewohnten drei Schritten Schutzbereich-Eingriff-Rechtfertigung, sondern besteht aus zwei Teilen. Zunächst ist festzustellen, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt, danach ist nach etwaigen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten zu suchen.³ Diese Prüfung soll anhand des folgenden *Fall 1* dargestellt werden:

Fall 1.⁴ Die alleinerziehende Mutter M wird von der Familienkasse aufgefordert, vermeintlich zu viel überwiesenes Kindergeld zurückzuzahlen. M entschließt sich, gegen die Aufforderung zur Rückzahlung vorzugehen und einen Anwalt einzuschalten. Sie beantragt beim zuständigen Amtsgericht Beratungshilfe. Diese wird nach dem Gesetz aber nur für Angelegenheiten des Zivil-, Verwaltungs-, Verfassungs- und Sozialrechts, nicht aber für Angelegenheiten des Steuerrechts gewährt. Der Antrag der M wird daher abgelehnt.

1. Ungleichbehandlung

Die Verweigerung von Beratungshilfe durch das Amtsgericht in Sachen des Steuerrechtes könnte gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen.

Art. 3 Abs. 1 GG verlangt die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz. Angesprochen ist damit die Bindung von Rechtsprechung und Verwaltung an den Gleichheitssatz (Rechtsanwendungsgleichheit). Der Gleichheitssatz muss sich aber in erster Linie auch an den Gesetzgeber richten, denn Gesetze müssen von Exekutive und Judikative gem. Art. 20 Abs. 3 GG umgesetzt werden. Die Legislative ist daher gem. Art. 3 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG) aufgefordert, die Gesetze selbst unter Beachtung des Gleichheitssatzes auszugestalten (Rechtsetzungsgleichheit).⁵ Es ist daher zu untersuchen, ob das Beratungshilfegesetz diesen Grundsatz der Rechtssetzungsgleichheit beachtet.

³ *Albers*, JuS 2008, 945 (948); *Epping*, Grundrechte, 3. Aufl. 2007, Rn. 688 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 462.

⁴ Ausgangsentscheidung: BVerfG NJW 2009, 209 = JuS 2009, 455.

⁵ *Englisch*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Art. 3 Rn. 9; *Hesse*, Verfassungsrecht, 20. Aufl. 1995, Rn. 429 ff.; *Pieroth/Schlink* (Fn. 3), Rn. 460.

Zunächst ist festzustellen, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt. Dies wäre der Fall, wenn eine Personengruppe oder Situation, die in einer bestimmten Weise rechtlich behandelt wird, mit einer anderen Personengruppe oder Situation, mit denen auf andere Weise verfahren wird, unter einem gemeinsamen Oberbegriff zusammengefasst werden können.⁶ Ein solcher gemeinsamer Oberbegriff ist gegeben, wenn sich die zwei Vergleichsobjekte einem Begriff unterordnen lassen, der eine verbindende Gemeinsamkeit herausstellt.⁷

In *Fall 1* sind die Anträge auf Beratungshilfe im Steuerrecht und die Anträge, die sich auf andere Rechtsgebiete beziehen, miteinander zu vergleichen. Als Oberbegriffe kommen „Rechtssuchende“ bzw. „Beratungsgegenstände“ in Betracht. Hier wird Rechtssuchenden mit Fragen aus dem Zivil-, Verwaltungs-, Verfassungs- und Sozialrecht Beratungsbeihilfe gewährt, während Rechtssuchenden, die steuerrechtliche Sachverhalte vortragen, eine solche Beratungshilfe verweigert wird. Die Gruppe der Rechtssuchenden bzw. die Beratungsgegenstände auf dem Gebiet des Steuerrechts und diejenigen aus anderen Rechtsgebieten werden daher ungleich behandelt.

2. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, so dass im Ergebnis kein verfassungswidriger Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt. Für die Prüfung der Rechtfertigungsmöglichkeiten stehen zwei Ansätze zur Verfügung, die Willkürformel und die Neue Formel.

a) Willkürformel

Das BVerfG hat eine Verletzung des Gleichheitssatzes zunächst immer dann angenommen, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt, kurzum wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muss.“⁸ Mit anderen Worten darf wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden.⁹ Diese sogenannte Willkürformel wurde häufig als Leerformel kritisiert, die eine präzise Lösung von Einzelfällen nur schwer ermöglicht.¹⁰

b) Neue Formel

Nach der später entwickelten Neuen Formel (auch Rechtfertigungsformel) ist der Gleichheitssatz verletzt, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen diesen Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung recht-

fertigen könnten.“¹¹ Demnach wird auch für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf die von den Freiheitsrechten bekannte Zweck-Mittel-Relation zurückgegriffen.¹² Dabei ist aber nicht, wie bei den Freiheitsrechten der verfolgte Zweck mit den Auswirkungen des gewählten Mittels ins Verhältnis zu setzen, Bezugspunkte sind vielmehr der Differenzierungsgrund und die Ungleichbehandlung. Das Gewicht des Differenzierungsgrundes ist dem Ausmaß und der Schwere der erfolgten Ungleichbehandlung gegenüberzustellen.¹³

c) Ermittlung des Prüfungsmaßstabes

Während nach der Willkürformel also ein „einleuchtender Grund“ für die Differenzierung ausreichend war, ist nach der Neuen Formel eine Abwägung zwischen Differenzierungsgrund und Ungleichbehandlung erforderlich. Das BVerfG kombiniert beide Ansätze. „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsgrund unterschiedliche Anforderungen an gesetzliche Vorschriften, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen [...]. Hinsichtlich der Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Differenzierungen kommt es wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann [...]“¹⁴

Für die Abgrenzung zwischen Willkürformel und Neuer Formel ist somit zunächst von Interesse, ob es sich bei der untersuchten Ungleichbehandlung um eine personen- oder sach- bzw. verhaltensbezogene Ungleichbehandlung handelt. Weiter gilt es allerdings zweierlei zu beachten:¹⁵

Zum einen ist die Abgrenzung zwischen Ungleichbehandlung von Personen und Sachen nicht immer leicht zu treffen, da jeder Sachverhalt auch einen Bezug zu den betroffenen Personen aufweist.¹⁶ Um eine personenbezogene Differenzierung handelt es sich, wenn die Vergleichsgruppen bereits vor der Unterscheidung durch den Gesetzgeber von einander abtrennbar waren und der betroffene Grundrechtsträger auf das Vorliegen des Differenzierungsmerkmals durch sein Verhalten keinen Einfluss nehmen kann.

Zum anderen ist die strengere Neue Formel auch bei sachbezogenen Ungleichbehandlungen anzuwenden, wenn diese sich zugleich nachteilig auf grundrechtlich geschützte Freiheiten oder andere Verfassungsnormen auswirken.

⁶ Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 23.

⁷ Scherzberg/Mayer, JA 2004, 137 (138).

⁸ BVerfGE 1, 14, Leitsatz.

⁹ BVerfGE 4, 144 (155) = NJW 1955, 625; vgl. auch Heun (Fn. 6), Art. 3 Rn. 19; Schwarz, JuS 2009, 315 (317).

¹⁰ Albers, JuS 2008, 945 (945 ff.).

¹¹ BVerfGE 55, 72 (88); vgl. auch die Ausgangsentscheidung zu diesem Fall BVerfG NJW 2009, 211.

¹² Hufen, Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 39 Rn. 15.

¹³ Zu den Besonderheiten der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 3 GG Brüning, JZ 2001, 669.

¹⁴ BVerfG NJW 2009, 210.

¹⁵ Dazu Epping (Fn. 3), Rn. 719 ff.; vgl. außerdem Bryde/Kleindiek, Jura 1999, 36 (38 ff.).

¹⁶ Albers, JuS 2008, 945 (946); Sachs, JuS 1997, 124 (128 ff.).

Welche Anforderungen an die Rechtfertigung¹⁷ im *Fall 1* zu stellen sind, hängt davon ab, ob man von einer Sonderbehandlung der Personengruppe der Rechtssuchenden im Steuerrecht oder von einer Ungleichbehandlung der Sachgruppe Steuerrecht ausgeht. In einer früheren Entscheidung zu einem ähnlichen Sachverhalt stellte das BVerfG auf die Ungleichbehandlung der Personengruppen ab und überprüfte die gesetzliche Regelung daher anhand des strengeren Maßstabes.¹⁸

Die Gruppen der Rechtssuchenden im Steuerrecht auf der einen und in anderen Rechtsgebieten auf der anderen Seite lassen sich erst durch die gesetzliche Regelung im Beratungshilfegesetz bilden. Daher ist von einer Ungleichbehandlung von Sachverhalten, nämlich Rechtsberatung im Steuerrecht und in anderen Rechtsgebieten, auszugehen. Für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung reicht demnach bereits das Vorliegen eines sachlich tragfähigen Grundes für die Differenzierung.¹⁹

d) Subsumtion

Als Differenzierungsgrund könnte zunächst hervorgebracht werden, dass im Steuerrecht ein geringerer Beratungsaufwand besteht. Ursprünglich waren im Beratungshilfegesetz neben dem Steuerrecht auch das Arbeits- und Sozialrecht aufgrund des niedrigeren Beratungsbedarfes ausgeschlossen. Mittlerweile sind aber Arbeits- und Sozialrecht mit umfasst, so dass dieser Differenzierungsgrund nicht mehr trägt. Die Möglichkeit kostenloser oder günstiger Rechtsberatung durch private Stellen und Vereinigungen findet sich nicht nur im Steuerrecht, sondern auch im Sozialrecht z.B. durch Wohlfahrtsverbände oder im Arbeitsrecht durch die Gewerkschaften. Auch dieses Argument kann eine Ungleichbehandlung nicht begründen. Schließlich ist insbesondere für Angelegenheiten des Kindergeldes nicht davon auszugehen, dass steuerrechtliche Fragen sich nur für vermögende Bürger stellen.

3. Ergebnis

Ein sachlich tragfähiger Differenzierungsgrund ist nicht ersichtlich. Die Ungleichbehandlung kann somit schon nach den geringeren Anforderungen für das Anknüpfen an Sachverhalte nicht gerechtfertigt werden.

IV. Der allgemeine Gleichheitssatz im Steuerrecht

Wie gesehen, ist dem allgemeinen Gleichheitssatz eine gewisse Offenheit eigen, er gewinnt deshalb in den unterschiedlichen Rechtsgebieten je besondere Bedeutung und ist jeweils im Lichte des speziellen Sachgebietes auszulegen.²⁰ Als Bei-

spiel für den Einfluss des Gleichheitssatzes auf ein bestimmtes Rechtsgebiet soll das Steuerrecht dienen. Im Steuerrecht stellen sich nicht selten gleichheitsrechtliche Fragen. Die üblichen Grundsätze und Prüfungsfolgen des Gleichheitssatzes sind von der Rechtsprechung für steuerrechtliche Problemkonstellationen teils stark verändert und ergänzt worden. Der Gleichheitssatz wird auch als „Magna Charta des Steuerrechts“ bezeichnet.²¹ Der zweite Fall greift einen aktuellen und auch außerhalb der Fachöffentlichkeit viel beachteten Sachverhalt auf.

*Fall 2:*²² Herr Benz hat einen täglichen Arbeitsweg von 50 km. Einkommenssteuer muss B nur auf den Teil seines Einkommens zahlen, der ihm nach Abzug der Erwerbsaufwendungen (Kosten für Arbeitsmaterialien, Arbeitsweg etc.) sowie der Existenz sichernden Aufwendungen verbleibt. Die Kosten für den Arbeitsweg werden mit Hilfe der sogenannten Pendlerpauschale berücksichtigt. Für jeden zurückgelegten Kilometer zur Arbeit werden 0,30 Euro veranschlagt. Um die Steuereinnahmen zu erhöhen, beschließt der Bundestag nur noch diejenigen Kosten, die für Strecken ab 21 km anfallen, bei den Erwerbsaufwendungen zu berücksichtigen.

1. Ungleichbehandlung

Ob durch die Kürzung der Pendlerpauschale eine Verletzung des Gleichheitssatzes vorliegt, bemisst sich zunächst danach, ob zwei Personengruppen oder Sachverhalte, die unter einen gemeinsamen Oberbegriff gefasst werden, ungleich behandelt werden.²³

Personen, die einen täglichen Arbeitsweg von unter 21 km haben, können ihre Aufwendungen für die Zurücklegung dieser Strecke nicht steuerlich geltend machen. Für Strecken über 21 km kann pro Kilometer ein Betrag von 0,30 Euro angerechnet werden. Die Gruppe der „Pendler“ wird damit in Abhängigkeit der Länge ihres Arbeitsweges ungleich behandelt.

2. Rechtfertigung

Eine Ungleichbehandlung wäre jedenfalls gerechtfertigt, wenn ein sachlich tragfähiger Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt bzw. dieser Differenzierungsgrund in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung steht. Für das Steuerrecht zieht das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus folgende Grenzen für eine Ungleichbehandlung:

„Im Bereich des Steuerrechts hat der Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Entscheidungsspielraum [...]. Die grundsätzliche Freiheit des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte zu bestimmen, an die das Gesetz dieselben Rechtsfolgen knüpft und die es so als rechtlich

ordnungen *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HBStR, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 127.

²¹ *Kischel* (Fn. 19), Art. 3 Rn. 122.

²² Ausgangsentscheidung: BVerfG NJW 2009, 48; dazu *Selmer*, JuS 2009, 363.

²³ Vgl. Fn. 6.

¹⁷ Zu den unterschiedlichen Prüfungsanforderungen im Rahmen der Rechtfertigung *Epping* (Fn. 3), Rn. 714 ff.; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 10. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 17 ff.

¹⁸ Zum Ausschluss der Beratungshilfe in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten: BVerfGE 88, 5, 12 = NJW 1993, 2093

¹⁹ Zu den Anforderungen im Rahmen der Willkürprüfung: *Kischel*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Edition 7, Stand 1.6.2010, Art. 3 Rn. 30 ff.

²⁰ BVerfGE 75, 108 (157) = NJW 1987, 3115. Zu den Auswirkungen des Gleichheitssatzes auf verschiedene Teilrechts-

gleich qualifiziert, wird hier, insbesondere im Bereich des Einkommensteuerrechts, vor allem durch zwei eng miteinander verbundene Leitlinien begrenzt: durch das Gebot der Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und durch das Gebot der Folgerichtigkeit [...]. Danach muss im Interesse verfassungsrechtlich gebotener steuerlicher Lastengleichheit [...] darauf abgezielt werden, Steuerpflichtige bei gleicher Leistungsfähigkeit auch gleich hoch zu besteuern (horizontale Steuergerechtigkeit), während (in vertikaler Richtung) die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich mit der Steuerbelastung niedriger Einkommen angemessen sein muss [...]. Bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands muss die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umgesetzt werden. Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes [...].²⁴

Grundsätzlich folgt das deutsche Steuerrecht dem objektiven Nettoprinzip, das heißt steuerpflichtig ist nur dasjenige Einkommen, welches nach Abzug der Aufwendungen verbleibt, die der Arbeitnehmer tätigen muss, um seiner Erwerbstätigkeit nachgehen zu können (Erwerbsaufwendungen). Fraglich ist, ob die Ungleichbehandlung der Pendler in Folge der Kürzung der Pendlerpauschale im Steuerrecht einem legitimen Zweck dient. Allein der Zweck der „notwendigen Haushaltskonsolidierung“ kann die Nichtberücksichtigung der ersten 21 km einer Arbeitsstrecke nicht begründen. Zwar kommt dem Steuergesetzgeber ein großer Beurteilungsspielraum zu, als legitime Ziele gelten dabei aber ausschließlich Förderungs- und Lenkungsziele, sowie Typisierungs- und Vereinfachungserfordernisse.²⁵

Möglicherweise sind die Kosten für den Arbeitsweg nicht ausschließlich beruflich veranlasst. Schließlich hat ein Wohnortwechsel, der dann zu einem weiteren Arbeitsweg führt, häufig auch private Gründe. Die Pauschalregelung, Kosten für den Arbeitsweg erst ab dem 21. Kilometer berücksichtigen zu wollen, greift diesen Aspekt aber nicht auf. Entscheidend für die Ungleichbehandlung ist nicht die Vermischung privater und beruflicher Gründe für die Kosten, sondern allein die räumliche Abgrenzung zwischen kürzerer und längerer Strecke.

Die Ungleichbehandlung könnte als Härtefallregelung zu rechtfertigen sein. Jedoch kommt die Pauschale jedem ab dem 21. Kilometer unabhängig von der Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten zu Gute und unabhängig von der Höhe des gesamten Einkommens. Beide Aspekte müssten aber berücksichtigt werden, wollte das Gesetz unverhältnismäßige Härten ausgleichen.

3. Ergebnis

Die Kürzung der Pendlerpauschale verfolgt keinen legitimen Zweck und verstößt daher gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

²⁴ BVerfG DStR 2008, 2461 = JuS 2009, 363.

²⁵ *Hufen* (Fn. 12), Rn. 25; *Selmer*, JuS 2009, 363.

V. Prüfung spezieller Gleichheitssätze

Dem allgemeinen Gleichheitssatz gehen die besonderen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG vor. Bei der Prüfung dieser speziellen Grundrechte ist zunächst zu fragen, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, die an eines der in Art. 3 Abs. 2 bzw. Abs. 3 GG genannten Kriterien anknüpft.²⁶ Im zweiten Schritt sind wieder etwaige Rechtfertigungsmöglichkeiten zu untersuchen.

1. Direkte und indirekte Ungleichbehandlung von Mann und Frau

In Art. 3 Abs. 2 fordert das Grundgesetz die Gleichbehandlung von Mann und Frau. Die Vorschrift verbietet die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen und gebietet zum anderen die Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthält ein entsprechendes Differenzierungsverbot. Ein Schwerpunkt in Rechtsprechung und Literatur bildet dabei die Frage nach dem Verhältnis des Diskriminierungsverbots und des Förderungsgebots.²⁷ Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG kann als kollidierendes Verfassungsrecht Ungleichbehandlungen rechtfertigen, die der Förderung von Frauen zu dienen bestimmt sind.²⁸

Der dritte Fall, der auf einem jüngst ergangenen Beschluss des BVerfG beruht, zeigt, dass Unterscheidungen anhand des Geschlechtes noch nicht völlig aus der Rechtsordnung in Deutschland verschwunden sind.

*Fall 3:*²⁹ Karlo und Karla sitzen langjährige Haftstrafen ab. Während Karlo im Hafthaus 4 für Männer untergebracht ist, befindet sich die Zelle von Karla im Hafthaus 5 für Frauen. Karlo erfährt, dass Karla sich am Telefon regelmäßig mit ihrer besten Freundin „draußen“ über die neusten Kosmetikprodukte austauscht und diese auch einkaufen kann. Er beantragt bei der Anstaltsleitung, von seinem sogenannten Eigengeld monatlich für 30 Euro telefonieren und für 25 Euro Kosmetikartikel kaufen zu dürfen. Beides wird abgelehnt. Im Hafthaus der Männer stünden keine speziell für die Gefangenen eingerichteten Telefone zur Verfügung. Telefongespräche müssten wegen der hohen Sicherheitsstufe für Hafthaus 4 außerdem überwacht werden und würden zu einem unverhältnismäßigen Personal- und Verwaltungsaufwand führen. Die Verwendung von Eigengeld für den Einkauf von Kosmetika sei nach den einschlägigen Vorschriften der Hausordnung nur für weibliche Gefangene vorgesehen, um den Besonderheiten des Frauenvollzuges Rechnung zu tragen.

²⁶ Dazu *Epping* (Fn. 3), Rn. 744 ff.

²⁷ Vgl. dazu *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 264 ff. Zum Problem der „Quotenregelungen“: *Pieroth/Schlink* (Fn. 3), Rn. 486 f. Fallbearbeitung bei *Müller-Franken*, JuS 2005, 723. Die Klausur ist zudem ein Beispiel für die verwaltungsprozessuale Einkleidung grundrechtlicher Probleme.

²⁸ *Kischel* (Fn. 19), Art. 3 Rn. 175 ff.

²⁹ Ausgangsentscheidung: BVerfG NJW 2009, 661; dazu *Sachs*, JuS 2009, 654.

a) Ungleichbehandlung wegen eines Differenzierungskriteriums

Fraglich ist, ob die unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstößt. Wird bei einer solchen Ungleichbehandlung direkt an das Geschlecht angeknüpft, spricht man von direkter oder unmittelbarer Diskriminierung. Eine Ungleichbehandlung liegt aber auch dann vor, wenn eine Vorschrift zwar geschlechtsneutral formuliert ist, im Ergebnis aber überwiegend entweder Männer oder Frauen betrifft. Dabei handelt es sich um indirekte oder mittelbare Diskriminierungen.³⁰

aa) Telefongespräche

Für die Genehmigung der Telefongespräche wird nicht unmittelbar an das Geschlecht des Antragstellers angeknüpft, vielmehr begründet die Anstaltsleitung ihre Entscheidung mit der personellen und organisatorischen Ausstattung des Hafthauses sowie mit Sicherheitsbedenken. Vorliegend führen diese Erwägungen aber zu einer schlechteren Behandlung der männlichen Gefangenen. Die Verweigerung der Telefongespräche stellt daher eine mittelbare Diskriminierung dar.

bb) Kosmetika

Der Einkauf von Kosmetika wird ausschließlich weiblichen Gefangenen gestattet. Damit liegt eine unmittelbare Ungleichbehandlung vor.

b) Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlungen könnten aber gerechtfertigt sein.

aa) Telefongespräche

Für die Rechtfertigung der Verweigerung der Telefongespräche reichen, da es sich um eine mittelbare Diskriminierung handelt, bereits hinreichend sachliche Gründe.³¹ Das können grundsätzlich auch Gesichtspunkte des personellen Aufwands für die Gewährleistung der notwendigen Sicherheit sein. Bei einer insoweit vorliegenden unterschiedlichen Behandlung der männlichen und weiblichen Gefangenen muss die dafür gegebene Begründung aber konkret und gerichtlich nachprüfbar sowie im Hinblick auf das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG tragfähig sein.

bb) Kosmetika

Damit ein unmittelbarer Eingriff in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerechtfertigt werden kann, müssen Gründe vorliegen, die diese Benachteiligung der männlichen Gefangenen zwingend erforderlich machen, um Probleme zu lösen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder nur bei Frauen auftreten können.³² Es ist bereits fraglich, ob bei Frauen ein erhöhtes

Bedürfnis nach Kosmetika besteht – man denke nur an den zunehmenden Absatz von Pflegeprodukten für Männer auf dem Kosmetikmarkt. Jedenfalls würde ein solches stärkeres Interesse unter Frauen kein „Problem“ darstellen, das seiner Natur nach nur bei Frauen auftreten kann. „Den Angehörigen eines Geschlechts kann die Befriedigung eines Interesses nicht mit der Begründung versagt werden, dass es sich um ein typischerweise beim anderen Geschlecht auftretendes Interesse handele. Von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist auch das Recht, unbenachteiligt anders zu sein als andere Mitglieder der Gruppen, denen man nach den in dieser Bestimmung genannten Merkmalen angehört.“³³

Es sind keine Rechtsgüter von Verfassungsrang ersichtlich, die eine Ungleichbehandlung ausnahmsweise rechtfertigen könnten. Die Regelungen zum Eigengeld wollen soziale Unterschiede unter den Gefangenen vermeiden und so die Sicherheit in der JVA gewährleisten. Dazu trägt das Verbot des Einkaufs von Kosmetika für Männer aber nicht bei.

c) Ergebnis

Mit der Ablehnung des Antrages des Karlo wird, soweit dies den Einkauf von Kosmetika betrifft, gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstoßen.

2. Verbot der Benachteiligung von Behinderten

*Fall 4.*³⁴ Schüler S besucht ein Gymnasium und bereitet sich auf das Abitur vor. Er leidet unter einer gutachterlich festgestellten Lese-Rechtschreibstörung (Legasthenie). Diese äußert sich in einem geringen Lesetempo und einer erhöhten Anzahl an Rechtschreibfehlern. Die Legasthenie ist eine neurobiologische Hirnfunktionsstörung. Von ihr sind Menschen mit normaler oder auch überdurchschnittlicher Intelligenz betroffen. In Prüfungen wurde dem S bisher eine Schreibzeitverlängerung gewährt (Nachteilsausgleich). Darüber hinaus wurden seine Rechtschreibleistungen bei der Bewertung nicht berücksichtigt (Notenschutz). Der Notenschutz ist notwendig, weil auch bei einer Schreibzeitverlängerung die Anzahl der Rechtschreibfehler regelmäßig erhöht ist. Für die bevorstehende Abiturprüfung gewährt ihm die zuständige Schulbehörde zwar weiterhin einen Nachteilsausgleich, nicht aber Notenschutz.

a) Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG

aa) Beeinträchtigung der Chancengleichheit

Art. 3 GG gewährt verschiedene Ansprüche auf Chancengleichheit. Zumeist geht es dabei darum, speziellere Gewährleistungen zu ergänzen. Zusammen mit Art. 21 GG gewährleistet Art. 3 Abs. 1 GG die Chancengleichheit der Parteien und i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GG besteht wahlrechtliche Chancengleichheit.³⁵ Chancengleichheit muss auch in Prüfungs-

³⁰ Englisch (Fn. 5), Art. 3 Rn. 92 ff.; Jarass (Fn. 17), Art. 3 Rn. 85a f.; kritischer Heun (Fn. 6), Art. 3 Rn. 108.

³¹ Jarass (Fn. 17), Art. 3 Rn. 96; anders Welte, JA 2004, 310 (312).

³² Jarass (Fn. 17), Art. 3 Rn. 95; Kischel (Fn. 19), Art. 3 Rn. 170 ff.

³³ BVerfG NJW 2009, 661 (663).

³⁴ Ausgangsentscheidung: VG Köln DVBl 2009, 538 mit Anm. von Marwege.

³⁵ Zu den Ansprüchen auf Chancengleichheit Osterloh (Fn. 27), Art. 3 Rn. 57 ff.

verfahren bestehen, Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Dies ist immer dann der Fall, wenn Prüflinge ihre Prüfungsleistungen unter vergleichbaren Prüfungsbedingungen und Bewertungskriterien erbringen können.³⁶ Vorliegend geht es aber nicht um die gleichmäßige Ausgestaltung von Prüfungsbedingungen, sondern vielmehr um eine Veränderung der Prüfungsbedingungen für einen Kandidaten zum Ausgleich in seiner Person liegender Nachteile. Insoweit ist ausnahmsweise eine kompensatorische Ungleichbehandlung gerechtfertigt. Dies ergibt sich neben dem prüfungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit auch aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.³⁷ Aus diesen Grundsätzen folgt ein Anspruch auf Nachteilsausgleich, wie im vorliegenden Fall durch Schreibzeitverlängerung. Bei der Frage des Notenschutzes geht es jedoch nicht mehr um die Anpassung der Prüfungsbedingungen zur Feststellung der Fähigkeiten des Prüflings, sondern um die Bewertung. Werden Rechtschreibfehler bei der Bewertung außer Acht gelassen, handelt es sich um eine Privilegierung des betroffenen Schülers gegenüber seinen Mitschülern.

bb) Ergebnis

In der Verweigerung des Notenschutzes liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit.³⁸

b) Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Damit das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG anwendbar ist, müsste es sich bei Legasthenie um eine Behinderung handeln. Unter Behinderung versteht man jede nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.³⁹ Zum Teil wird zusätzlich gefordert, dass der Betroffene in der Wahrnehmung seiner gesellschaftlichen Funktion beeinträchtigt ist.⁴⁰ Hinsichtlich der Legasthenie wird diskutiert, ob es sich statt um eine Behinderung nicht vielmehr um eine dauerhafte Minderbegabung handelt. Für die Legasthenie ist aber gerade kennzeichnend, dass sie sich unabhängig von der Intelligenz und der familiären bzw. schulischen Lernanregung entwickelt. Insofern kann sie von einer allgemeinen Minderbegabung unterschieden werden. Allerdings werden auch andere von der Norm abweichende Zustände, die sich auf einen Bereich begrenzen, nicht als Behin-

derung sondern als Minderbegabung wahrgenommen (Unmusikalität, Unsportlichkeit). Diese erreichen jedoch nicht die Ausprägung einer Krankheit. Legasthenie ist hingegen von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) als Erkrankung anerkannt. Lesen und Schreiben sind Grundvoraussetzung für die Kommunikation mit anderen Menschen. Eine Beeinträchtigung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben liegt somit ebenfalls vor. Legasthenie ist daher eine Behinderung i.S.v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.⁴¹ Auf die Schwere der Behinderung kommt es indes nicht an.⁴²

bb) Benachteiligung

Art. 3 Abs. 3 S. 2 verbietet ausschließlich die Benachteiligung von behinderten Menschen, nicht aber die Bevorzugung. Daher müssen Förderungsmaßnahmen im Bereich des Behindertenrechtes nicht wie im Falle eines Differenzierungsverbotes gerechtfertigt werden.⁴³

In der Verweigerung des Notenschutzes müsste eine Benachteiligung liegen. Benachteiligung ist jede nachteilige Ungleichbehandlung im Vergleich zu Nichtbehinderten.⁴⁴ Werden Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt ausgeschlossen, müssen diese durch Fördermaßnahmen kompensiert werden.⁴⁵

Die Lesefähigkeiten und die Beherrschung der Rechtschreibung sind (elementare) Anforderungen einer Abiturprüfung, die jeder Prüfling gleichermaßen erfüllen muss. Durch dieses Anforderungsprofil in der Abiturprüfung wird Legasthenikern keine eigentlich vorhandene Entfaltungsmöglichkeit genommen, vielmehr sind sie gerade nicht in der Lage die gestellten Ansprüche zu erfüllen.

Der Grundsatz der Chancengleichheit kann dazu führen, dass Nachteile durch technische Hilfsmittel (z.B. Computer mit Rechtschreibprogrammen) oder Schreibzeitverlängerungen egalisiert werden müssen, jedoch können daraus keine veränderten Bewertungsmaßstäbe erwachsen.⁴⁶ Allerdings wird teilweise der Notenschutz als ultima ratio gesehen, wenn andere Ausgleichsmaßnahmen nicht ausreichend greifen.⁴⁷ Grundsätzlich steht der Schulbehörde an dieser Stelle ein weiter Einschätzungsspielraum zu.⁴⁸ Zwar führt der Notenschutz nicht zu einer „Aufbesserung“ der Noten, er fingiert aber, dass Rechtschreibfähigkeiten im durchschnittlichen

³⁶ BVerfGE 87, 34 (52); Jarass (Fn. 17), Art. 3 Rn. 71.

³⁷ Vgl. zur Kompensation von Lärmbelastigungen BVerfGE 85, 323 (325)

³⁸ Vgl. das Gutachten von Langenfeld, Maßnahmen des Nachteilsausgleichs und des besonderen Schutzes für Schüler und Schülerinnen mit Legasthenie an allgemeinbildenden Schulen, Rechtsgutachten, 2006, 20, abrufbar unter: <http://www.bvl-legasthenie.de/recht> (zuletzt abgerufen am 8.6.2010).

³⁹ Englisch (Fn. 5), Rn. 105.

⁴⁰ Heun (Fn. 6), Art. 3 Rn. 135. Siehe auch die einfachgesetzliche Definition in § 2 Abs. 1 SGB IX.

⁴¹ Ennuschat, Chancengleichheit für Schülerinnen und Schüler mit Legasthenie oder Dyskalkulie, Rechtsgutachten, 2008, 7, abrufbar unter: <http://www.bvl-legasthenie.de/recht> (zuletzt abgerufen am 8.6.2010); Langenfeld (Fn. 38), 20.

⁴² Osterloh (Fn. 27), Art. 3 Rn. 310.

⁴³ Osterloh (Fn. 27), Art. 3 Rn. 312.

⁴⁴ Jarass (Fn. 17), Art. 3 Rn. 144.

⁴⁵ BVerfGE 96, 288 (303) = NJW 1998, 131.

⁴⁶ Siehe oben unter 1. Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit.

⁴⁷ Ennuschat (Fn. 41), 23; Langenfeld (Fn. 38), 23 f.; a.A. Kischel (Fn. 19), Art. 3 Rn. 219 (siehe auch Details, Rn. 219.1 ff.).

⁴⁸ Zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei Kompensationsmaßnahmen Starck, in: Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Abs. 3 Rn. 419.

Bereich liegen. Diese Fiktion stellt eine Privilegierung von Legasthenikern gegenüber anderen Schülern dar, deren Rechtschreibfähigkeiten unterdurchschnittlich sind. Die Verweigerung des Notenschutzes stellt umgekehrt aber keine Benachteiligung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dar.

Möglicherweise könnte die Regelung, die zur Berücksichtigung der Rechtschreibleistungen bei der Bewertung sämtlicher schriftlicher Abituarbeiten führt,⁴⁹ eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung an zulässige sachliche Merkmale anknüpft, die sich überwiegend oder typischerweise für eine Gruppe nachteilig auswirken, deren Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG verboten ist.⁵⁰ Fraglich ist, ob in der Verweigerung des Notenschutzes eine mittelbare Diskriminierung liegt. Vom Punktabzug bzw. einer schlechteren Bewertung bei Verstößen gegen die sprachliche Richtigkeit sind alle Schüler mit hohen Rechtschreibfehlerquotienten betroffen. Ihre Noten werden zwangsläufig in allen Fächern abgewertet werden. Dies verschlechtert ihre Chancen bei der weiteren Bewerbung für eine weiterführende (universitäre) Ausbildung bzw. auf dem Arbeitsmarkt. Zwar sind davon typischerweise auch Legastheniker betroffen, jedoch gilt die Regelung ebenso für andere Schüler, die (aus welchen Gründen auch immer) Schwierigkeiten mit der Rechtschreibung haben. Von einer (mittelbaren) Benachteiligung durch die Verweigerung des Notenschutzes ist somit nicht auszugehen.

cc) Rechtfertigung

Sofern man dennoch eine mittelbare Diskriminierung für gegeben hielte, reichen bereits sachliche Gründe, um eine solche zu rechtfertigen.⁵¹ Mit dem Abitur wird die uneingeschränkte Befähigung zum Studium an einer Universität oder Hochschule nachgewiesen. Dass in der Praxis nicht alle Abiturienten von der Berechtigung zum Hochschulstudium Gebrauch machen, kann keine Berücksichtigung finden. Es ist daher einsichtig, dass solide Kenntnisse der Rechtschreibung und ausreichende Lesefähigkeiten Voraussetzung für die Erlangung der allgemeinen Hochschulreife sind. Unbeachtet muss auch bleiben, dass später auf Grundlage des Abiturs ergriffene Tätigkeiten keine exakten Rechtschreibkenntnisse voraussetzen oder mangelnde Fähigkeiten in diesem Bereich mit technischen Hilfsmitteln ausgeglichen werden können. Das Abitur soll seinem Zweck nach nicht nur bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten nachweisen, sondern eine umfassende Bewertung der allgemeinen Leistungsfähigkeit eines Prüflings ermöglichen. Der Punktabzug bei vermehrt auftretenden Rechtschreibfehlern hat auch nicht zwingend das Nichtbestehen des Abiturs zur Folge, sondern beeinflusst lediglich die Abiturnote entsprechend. Dass sich die Abitur-

note aber auch nach den Kenntnissen des Prüflings in den grundlegenden Rechtschreib- und Lesefertigkeiten bemisst, ist mit dem Stellenwert der Abiturprüfung ohne Weiteres vereinbar.

dd) Ergebnis

Die Verweigerung des Notenschutzes stellt keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit dar. Es handelt sich auch nicht um eine (ungerechtfertigte) Benachteiligung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

VI. Zusammenfassung

Für die sichere Beherrschung des Gleichheitssatzes sollten folgende Aspekte bekannt sein:

- Die Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes erfolgt in einem Zwei-Schritt: Ungleichbehandlung – Rechtfertigung.
- Je nach Intensität des Grundrechtseingriffes ist als Prüfungsmaßstab die Willkürformel oder die Neue Formel zu wählen.
- Die Offenheit des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes führt dazu, dass bei der Prüfung gegebenenfalls die Wertungen des jeweiligen Sachgebietes zu berücksichtigen sind.
- Dem allgemeinen Gleichheitssatz gehen die besonderen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG vor. Die Prüfung untergliedert sich in: Ungleichbehandlung wegen eines genannten Kriteriums – Rechtfertigung.
- Bei den speziellen Diskriminierungsverboten kann zwischen unmittelbarer und mittelbarer Ungleichbehandlung unterschieden werden. Daraus folgen auch unterschiedliche Anforderungen im Rahmen der Rechtfertigung.
- In der Zusammenschau mit speziellen Gewährleistungen garantiert Art. 3 Abs. 1 GG auch das Recht auf gleiche Verteilung von Chancen (Chancengleichheit).

⁴⁹ Gem. § 6 Gemeinsame Vereinbarung der Kultusministerkonferenz können „schwerwiegende und gehäufte Verstöße gegen die sprachliche Richtigkeit“ auch bei Fächern, die die Fähigkeit des Rechtschreibens nicht zum Inhalt haben (z.B. naturwissenschaftliche Fächer) zu einem Punktabzug bei der Bewertung führen.

⁵⁰ Heun (Fn. 6), Art. 3 Rn. 137.

⁵¹ Vgl. Fn. 17 und Englisch (Fn. 5), Rn. 107.

Erkennen und unbestimmter Rechtsbegriff

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. iur. **Christian Hufen**, Augsburg*

I. Einleitung

Das Ermessen und der unbestimmte Rechtsbegriff gehören zu den wichtigsten Begriffen des Öffentlichen Rechts. Auch wenn die Unterscheidung in der Rechtswissenschaft nicht unumstritten ist,¹ ist es für den Studierenden wichtig, die Begriffe voneinander abgrenzen zu können und sich bewusst zu machen, inwieweit die Ermessensausübung und die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

II. Das Ermessen (§ 40 VwVfG/Art. 40 BayVwVfG)

1. Begriff

Das Ermessen betrifft immer die Rechtsfolgenseite einer Norm.² Wie der unbestimmte Rechtsbegriff verdankt die Figur ihre Existenz dem Umstand, dass der Gesetzgeber nicht jeden regelungsbedürftigen Sachverhalt voraussehen kann. Daher hat er viele Normen so ausgestaltet, dass dem Rechtsanwender, also der jeweiligen Behörde, bei der Anwendung ein Spielraum bleibt.³ Das wird dadurch erreicht, dass auf der *Rechtsfolgenseite* der Norm eine Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten gegeben wird. Sind also die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, so kann die Behörde wählen, was sie tut. Hierbei unterscheidet man zwischen *Entschließungsermessen*, bei dem die Behörde wählen kann, ob sie überhaupt tätig wird,⁴ und dem *Auswahlermessen*, bei dem die Behörde zwischen verschiedenen möglichen Handlungsformen wählen darf.⁵

Beispiel 1: Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayBO:

„Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt, kann die Bauaufsichtsbehörde die Einstellung der Arbeiten anordnen.“

Hier liegt ein Fall des Entschließungsermessens vor. Die Behörde kann die Einstellung der Bauarbeiten anordnen, kann dies aber auch unterlassen.

Beispiel 2: Art. 8 PAG:

„(1) Geht von einer Sache eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten.

(2) ¹Maßnahmen können auch gegen den Eigentümer oder einen anderen Berechtigten gerichtet werden.“

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre von Prof. Dr. Matthias Rossi an der Universität Augsburg.

¹ Z.B. Herdegen, JZ 1991, 747.

² Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2008, § 4 Rn. 203.

³ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 7 Rn. 14.

⁴ Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn. 39.

⁵ Vgl. Fn. 4.

Hier liegt ein Fall des Auswahlermessens vor. Die Polizeibehörde kann bei Vorliegen der Voraussetzungen Maßnahmen an den Inhaber der tatsächlichen Gewalt, den Eigentümer oder einen anderen Berechtigten richten.

Es gibt auch Normen, die sowohl Entschließungs- als auch Auswahlermessen einräumen. Hierzu das folgende Beispiel:

Beispiel 3: Art. 16 S. 1 PAG:

„Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Orts verbieten.“

2. Gegenbegriff: Die gebundene Entscheidung

Den Gegensatz zu Ermessensentscheidungen bilden die gebundenen Entscheidungen. Im Unterschied zu den Ermessensentscheidungen formuliert die Norm hier für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge. Der Behörde verbleibt hier kein Spielraum, sondern sie muss beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung die genannte Rechtsfolge treffen.⁶ Das Gesetz stellt an zahlreichen Stellen, beispielsweise in Art. 36 BayVwVfG, auf die Differenzierung zwischen gebundenen und Ermessensentscheidungen ab, so dass eine Unterscheidung hier von Bedeutung ist. Für eine gebundene Entscheidung folgendes Beispiel:

Beispiel 4: Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO:

„Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.“

3. Gerichtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen – Ermessensfehler

Ist der Tatbestand einer Ermessensnorm erfüllt, so kann die Behörde dennoch nicht willkürlich von ihrem Ermessenspielraum Gebrauch machen. Dies verbietet sich schon im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung⁷ und ist in § 40 VwVfG (Art. 40 BayVwVfG) ausdrücklich formuliert.

Für die gerichtliche Kontrolle bedeutet das, dass die Verwaltungsgerichte zwar nicht prüfen dürfen, ob eine Ermessensentscheidung unzweckmäßig war, das heißt eine andere Ausübung des Ermessens sinnvoller oder zweckmäßiger gewesen wäre. Jedoch können die Gerichte in vollem Umfang überprüfen, ob das Ermessen *rechtmäßig* ausgeübt wurde, vgl. § 114 S. 1 VwGO. Zur Beantwortung der Frage, wann von einer rechtswidrigen Ermessensausübung auszugehen ist, haben Rechtsprechung und Wissenschaft unter Rückgriff auf § 40 VwVfG und § 114 VwGO *Ermessensfehler* definiert, deren Vorliegen die Gerichte prüfen. Die Terminologie der Ermessensfehler in der Literatur ist nicht einheit-

⁶ Peine (Fn. 2), § 4 Rn. 200.

⁷ BVerwGE 9, 137 (147).

lich, so werden Ermessensunterschreitung und Ermessensnichtgebrauch teilweise als nur ein Ermessensfehler angesehen,⁸ während zum Teil andererseits Ermessensmissbrauch als Unterfall statt als Synonym des Ermessens Fehlgebrauchs angesehen wird.⁹ Wiederum andere Stimmen in der Literatur klassifizieren das Verkennen ermessenserheblicher Belange als selbständigen Fehler des Ermessensdefizits,¹⁰ während andere dies als Fall des Ermessens Fehlgebrauchs betrachten.¹¹ Von unterschiedlichen Terminologien sollte sich der Lernende nicht verwirren lassen, denn unter welchen Begriff sich ein Ermessensfehler subsumieren lässt, spielt für die Fallprüfung keine Rolle.

Die Ermessensfehler sind nach der hier vertretenen Kategorisierung im Einzelnen:

a) Der Ermessensnichtgebrauch/Ermessensausfall

Ein Ermessensnichtgebrauch oder Ermessensausfall liegt vor, wenn die Behörde das bestehende Ermessen nicht ausübt, weil sie es nicht erkennt oder sich gebunden fühlt.¹² Dazu folgendes Beispiel:

Beispiel 5:

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayBO (s. Beispiel 1) liegen vor, die Bauaufsichtsbehörde ordnet die Einstellung der Arbeiten an. In der schriftlichen Begründung führt die Behörde aus, dass die Anordnung erfolgen *musste*.

Die Einstellungsanordnung liegt eigentlich im Ermessensspielraum der Behörde und das Gericht darf auch nicht prüfen, ob diese Anordnung zweckmäßig war. Aus der Begründung ergibt sich jedoch, dass die Behörde von einer Rechtspflicht zum Erlass der Anordnung ausging. Die Behörde hat also ihr Ermessen nicht erkannt und demzufolge keinen Gebrauch davon gemacht. Folglich liegt der Ermessensfehler des Ermessensnichtgebrauchs vor.

b) Die Ermessensunterschreitung

Von einer Ermessensunterschreitung spricht man, wenn die Behörde ihr Ermessen nicht voll ausschöpft.¹³ Dazu folgendes Beispiel:

Beispiel 6:

Es geht von einer Sache eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus. (vgl. Beispiel 2). Die Polizeibehörde verhängt eine Maßnahme gegen den Eigentümer, der aber nicht unmittelbarer Besitzer ist. Es stellt sich heraus, dass die Polizeibe-

hörde ihn als Adressaten gewählt hat, weil sie keinen „anderen Berechtigten“ ermitteln konnte.

Auch hier liegt die Entscheidung eigentlich im Rahmen des Ermessens. Jedoch hat die Behörde nicht erkannt, dass ihr nicht nur zwei Möglichkeiten, zur Verfügung stehen, sondern dass sie auch gegenüber dem unmittelbaren Besitzer als Inhaber der tatsächlichen Gewalt hätte vorgehen können.

c) Die Ermessensüberschreitung

Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörde eine Rechtsfolge trifft, die nicht mehr im gesetzlichen Ermessensspielraum liegt.¹⁴

Beispiel 7:

Erneut geht von einer Sache eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus. Die Behörde verhängt eine Maßnahme gegen den Voreigentümer.

Die gewählte Rechtsfolge wird von der Ermessensnorm nicht vorgesehen. Das der Behörde eingeräumte Ermessen ist damit überschritten.

d) Der Ermessens Fehlgebrauch/ Ermessensmissbrauch

Der Ermessens Fehlgebrauch stellt den wohl häufigsten Fall des Ermessensfehlers dar. Von einem Ermessens Fehlgebrauch ist auszugehen, wenn die Behörde ihre Ermessenserwägungen nicht an dem Sinn des Ermessens, nämlich der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit, orientiert.¹⁵

Hiervon kann man ausgehen, wenn die Behörde entscheidungserhebliche Belange nicht ausreichend in ihre Entscheidung mit einbezieht.¹⁶ Insbesondere sind grundrechtlich geschützte Belange, wenn sie berührt sind, in die Entscheidung mit einzubeziehen und entsprechend ihrem Gewicht zu würdigen (s. insbesondere dazu Ermessenreduzierung auf Null).

Wenn die Behörde Belange, die sachfremd sind, in die Entscheidung mit einbezieht, liegt ebenfalls ein Ermessens Fehlgebrauch vor.¹⁷

Beispiel 8:

Bauherr B errichtet eine Garage im Widerspruch zu einer öffentlich-rechtlichen Bestimmung. Der zuständige Gemeindebeamte G überlegt, ob er Einstellungsanordnung nach Art. 75 Abs.1 S. 1 BayBO (s.o.) erlassen soll. G kennt den B schon lange und weiß daher, dass B samstags immer für den „falschen“ Fußballverein jubelt und ihm auch ansonsten recht unsympathisch ist. Aus diesem Grund entschließt er sich, eine Einstellung der Bauarbeiten anzuordnen.

⁸ Z.B. Maurer (Fn. 3), § 7 Rn. 21.

⁹ Vgl. die Unterschiede bei *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 46 und *Peine* (Fn. 2), § 4 Rn. 219 f. andererseits.

¹⁰ So *Decker*, in: Posser/Wolf (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2010, § 114 Rn. 21.

¹¹ *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 46.

¹² BVerwGE 84, 375 (389).

¹³ *Rennert*, in: Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2006, § 114 Rn. 17.

¹⁴ *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl. 2009, § 114 Rn. 7.

¹⁵ *Jestadt*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 10 Rn. 61.

¹⁶ *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 46.

¹⁷ BVerwGE 95, 86 (92 ff.).

Liegt die Entscheidung, hier eine Baueinstellung anzuordnen, innerhalb des Ermessensspielraumes, so ist es dennoch rechtswidrig, sie auf offensichtlich sachfremde Erwägungen zu stützen wie hier. Ein Ermessensfehlgebrauch ist damit zu bejahen.

Beispiel 9:

Aktionskünstler K möchte eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis nach Art. 18 BayStrWG für die Fußgängerzone beantragen, um dort eine Performance aufzuführen. Die Behörde versagt die Genehmigung, weil K den Fußgängerverkehr nur für sein privates Vergnügen behindere und er keine rechtlich schützenswerten Belange geltend machen könne.

Hier hat die Behörde offensichtlich übersehen, dass das Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG für K streitet und sie insofern ihr Ermessen fehlerhaft gebraucht.

4. Die Ermessensreduzierung auf Null

Im Einzelfall kann es passieren, dass sich die Auswahlmöglichkeit der Behörde auf nur eine Entscheidung reduziert, weil alle anderen möglichen Entscheidungen rechtswidrig wären.

Häufig liegen solche Ermessensreduzierungen auf Null bei massiven Grundrechtsbeeinträchtigungen¹⁸ oder schweren Gefahren für wichtige Rechtsgüter vor.¹⁹ Denn wiegt ein rechtlich geschützter Belang bei den Ermessenserwägungen so schwer, dass alle übrigen Belange dahinter zurückstehen, so kann die Behörde nicht anders, als zu dessen Gunsten zu entscheiden. Jede andere Entscheidung würde die Bedeutung dieses Belanges verkennen und damit einen fehlerhaften Ermessensgebrauch darstellen.

Beispiel 10:

Nach Art. 11 Abs. 1 PAG kann die Polizei geeignete Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung treffen. Der Polizeibeamte P bemerkt auf einem Streifengang an einem heißen Augustnachmittag, dass sich in einem nicht im Schatten parkenden PKW ein Säugling befindet, der äußerlich bereits Anzeichen eines Hitzschlages zeigt. Wo der Fahrer des Autos ist, ist nicht ersichtlich. P bricht das Auto auf übergibt das Kind einem eilig herbeigerufenen Notarzt.

Die Maßnahme des P ist durch Art. 11 Abs. 1 PAG gedeckt. Im Rahmen des Ermessens muss P die widerstreitenden Interessen berücksichtigen. Gegen seine Maßnahme könnte sprechen, dass er Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) beschädigt. P könnte dies durch eine Halterabfrage und Ermittlung des Aufenthaltsortes des Halters oder Fahrers vermeiden. Auf der anderen Seite sieht P eine akute Lebensgefahr für das Kind, für das jedes weitere Warten den Tod bedeuten könnte. Das grundsätzlich ergebnisoffene Ermessen reduziert sich hier auf Null. Jede andere Handlung als die von P vorgenommene

würde eine so grobe Missachtung der ermessenserheblichen Belange des Lebens des Kindes darstellen, dass sie als rechtswidrig erschiene.

5. Prozessuale Konstellationen der gerichtlichen Kontrolle von Ermessentscheidungen

a) Anfechtungsklage

Wie schon dargestellt wurde (s.o.), können die Verwaltungsgerichte grundsätzlich nach § 114 S. 1 VwGO die Ermessensausübung nicht kontrollieren. Grundlegende Ausnahme hiervon ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolle bzgl. des Vorliegens von Ermessensfehlern.

Für die Fälle der Anfechtungsklage bedeutet dies, dass das Verwaltungsgericht den Ermessensverwaltungsakt nach § 113 Abs. 1 S. 1, § 114 S. 1 VwGO nur aufhebt, wenn ein Ermessensfehler vorliegt und der Kläger hierdurch in seinen Rechten verletzt ist.

Jenseits der Ermessensfehlerkontrolle wird die Ermessensausübung nicht gerichtlich überprüft.

b) Verpflichtungsklage

Bei der Verpflichtungsklage stellt sich die Situation nicht so einfach dar.

Hat der Kläger einen ihn begünstigenden Ermessensverwaltungsakt beantragt, dessen Erlass die Behörde abgelehnt hat, so kann er Verpflichtungsklage auf Erlass des Verwaltungsaktes erheben.

Stellt das Gericht fest, dass die Ablehnungsentscheidung ermessenfehlerhaft war, so bedeutet dies nicht, dass der Kläger automatisch mit seiner Klage Erfolg hat und das Gericht die Behörde zum Erlass des Verwaltungsaktes verurteilt.²⁰ Denn auch wenn die Behörde bei der Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes einen Ermessensfehler begangen hat, verbietet sich die Schlussfolgerung, dass bei korrekter Ermessensausübung der Verwaltungsakt automatisch erteilt worden wäre. Möglicherweise käme die Behörde ebenso bei fehlerfreier Ausübung ihres Ermessens zu dem gerichtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis, den beantragten Verwaltungsakt nicht zu erteilen.

Diese Situation wird prozessual durch § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO gelöst. Das Gericht spricht hiernach die Verpflichtung aus, den Kläger unter der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden (Bescheidungsurteil). Stellt also das Gericht fest, dass die Behörde bei der Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes einen Ermessensfehler begangen hat, so wird die Behörde verurteilt, den Kläger unter seiner Rechtsauffassung neu zu bescheiden.²¹ Das heißt, dass die Behörde eine neue Ermessensentscheidung über den Erlass des Verwaltungsaktes treffen, dabei aber die Erwägungen, die das Gericht als ermessenfehlerhaft angesehen hat, nicht mehr mit einbeziehen darf.

¹⁸ BVerwGE 47, 280 (283).

¹⁹ Kopp/Schenke (Fn. 14), § 114 Rn. 6.

²⁰ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 26 Rn. 10, 19.

²¹ BVerwG JZ 1959, 543.

Beispiel 11:

Unternehmer U beantragt für seinen mittelständischen Betrieb in Augsburg einen Zuschuss in Höhe von 50.000 € nach Art. 9 Mittelstandsförderungsgesetz, wonach kleinen und mittleren Unternehmen zur Steigerung der Leistungsfähigkeit Finanzierungshilfen gewährt werden können. Die Behörde lehnt eine Bezuschussung ab, weil U als gebürtigem Rheinländer eine Förderung durch den Freistaat Bayern nicht zustehe.

Die regionale Herkunft des U ist für die Ermessensfrage der Zuschusserteilung eine sachfremde Erwägung, da der Betrieb des U in Bayern ansässig und die Förderung betriebsbezogen ist. Allerdings sind hier bei der Ermessensausübung viele Faktoren zu berücksichtigen (Größe und Art des Betriebes, finanzielle Lage, Prognose der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung sowie der Branchenentwicklung, nicht zuletzt auch die staatliche Haushaltslage). Da es dem Gericht nun verwehrt ist, dieses Ermessen auszuüben, darf es nicht abschließend entscheiden, ob U die beantragten Mittel gewährt bekommen soll. Daher wird nur ein Bescheidungs Urteil ergehen. Die Behörde muss die Ermessensentscheidung ohne den sachfremden Aspekt der regionalen Herkunft des U neu treffen.

Da das Gericht, wie bereits erwähnt, die Ermessensentscheidung nicht selbst treffen darf, handelt es sich hierbei um einen Fall der fehlenden Spruchreife im Sinne des § 113 Abs. 5 S. 1, 2 VwGO. Spruchreife meint dabei vereinfacht ausgedrückt, dass das Gericht in der Lage ist, den Fall vollumfänglich selbst zu entscheiden.²²

In diesem Zusammenhang gewinnt nun aber die Ermessensreduzierung auf Null an Bedeutung. Liegt eine solche vor, das heißt, sind alle Entscheidungen außer einer rechtswidrig - was das Gericht auch feststellen darf - so kann dieses auch die Verurteilung zu dieser einzig rechtmäßigen Entscheidung vornehmen. Folglich liegt bei der Ermessensreduzierung auf Null Spruchreife nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO vor.²³ Es muss kein Bescheidungs Urteil, sondern ein Vornameurteil ergehen, in dem das Gericht die Behörde nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO zum Erlass eines bestimmten Verwaltungsaktes verurteilt.

III. Der unbestimmte Rechtsbegriff

1. Begriff

Im Unterschied zum Ermessen kann der unbestimmte Rechtsbegriff grundsätzlich auf Tatbestands- und Rechtsfolge-seite vorkommen. Es handelt sich dabei um einen Begriff in einer Norm, der auslegungsbedürftig, weil *vage* ist, dessen objektiver Sinn sich also nicht sofort erschließt.²⁴

Beispiel 12: § 20 Abs. 3 BImSchG:

„Die zuständige Behörde kann den weiteren Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage durch den Betreiber oder

einen mit der Leitung des Betriebs Beauftragten untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit dieser Personen in Bezug auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen dartun, und die Untersagung zum Wohl der Allgemeinheit geboten ist.“

Diese Norm enthält gleich mehrere Begriffe, deren objektive Bedeutung sich nicht sogleich erschließt: Unzuverlässigkeit, schädliche Umwelteinwirkungen, Wohl der Allgemeinheit.

Hingegen bezüglich der „schädlichen Umwelteinwirkungen“ der Gesetzgeber in § 3 BImSchG eine Definition vorgesehen hat, ist die Bedeutung der anderen Begriffe durch Auslegung zu ermitteln.

Unbestimmte Rechtsbegriffe kommen im Verwaltungsrecht relativ häufig vor, da der Gesetzgeber viele Normen angesichts der zahlreichen und differenzierten Anwendungsfälle offen gestaltet hat.²⁵

2. Grundsatz der gerichtlichen Kontrolle

Strittig war und ist noch, ob die Behörde bei der Auslegung und Subsumtion der unbestimmten Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum hat, also flexibel bei der Auslegung und Subsumtion dieser Begriffe ist und die gerichtliche Kontrolle der Auslegung insoweit beschränkt wäre.²⁶

Das BVerfG hat klargestellt, dass grundsätzlich die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe gerichtlich voll überprüfbar ist und der Behörde kein Beurteilungsspielraum zusteht.²⁷ Das heißt, dass es nur eine rechtmäßige Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs gibt und die Gerichte auch überprüfen können, ob diese Auslegung stattgefunden hat und die Norm entsprechend dieser Auslegung angewendet wurde.

Beispiel 13:

Dem G wird eine Gaststättenerlaubnis verwehrt, weil er nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG nicht über die erforderliche Zuverlässigkeit verfüge.

Das Gericht überprüft hier, ob die Behörde den Begriff „Zuverlässigkeit“ richtig ausgelegt, das heißt, die richtige Auslegung herangezogen hat, und ob G wirklich im Sinne dieser Auslegung als nicht zuverlässig anzusehen ist.

3. Ausnahme: Beurteilungsspielräume

a) Anerkannte Fallgruppen der Beurteilungsspielräume

Für einige Ausnahmesituationen erkennt die Rechtsprechung allerdings doch einen behördlichen Beurteilungsspielraum bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe an, der der gerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich ist. Die folgenden Fallgruppen sind anerkannt:²⁸

²² Kopp/Schenke (Fn. 14), § 114 Rn. 193.

²³ Kopp/Schenke (Fn. 14), § 114 Rn. 207.

²⁴ Jestaedt (Fn. 15), § 10 Rn. 24.

²⁵ Erbguth (Fn. 4), § 14 Rn. 26.

²⁶ Vgl. Maurer (Fn. 3), § 7 Rn. 34 f. m.w.N.

²⁷ BVerfGE 103, 142 (156).

²⁸ Maurer (Fn. 3), § 7 Rn. 37 ff.

- Prüfungen sowie prüfungsähnliche Entscheidungen (z.B. Staatsexamen, Abitur, Klassenversetzung)
- Beamtenrechtliche Beurteilungen
- Risiko-, und Prognoseentscheidungen (z.B. Atomrecht)
- Entscheidungen durch unabhängig gestellte, weisungsfreie Sachverständigenausschüsse (z.B. Bundesprüfstelle)

Von diesen Fallgruppen dürften die Prüfungs- oder prüfungsähnlichen Situationen am relevantesten für die juristische Ausbildung sein.

Beispiel 14:

Jurastudent J bekommt in seiner mündlichen Staatsexamensprüfung die Note „mangelhaft“ (3 Punkte) im Fach Strafrecht. Nach § 4 Abs. 1 JAPO bezeichnet diese Note eine „an erheblichen Mängeln leidende, im ganzen nicht mehr brauchbare Leistung“. J ist der Meinung, dass die Note ungerechtfertigt sei, da er auf etwa jede dritte Frage richtig habe antworten können und fragt, inwiefern die Benotung gerichtlich überprüfbar ist.

Die Begriffe „an erheblichen Mängeln leidend“ und „im ganzen nicht mehr brauchbar“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Anwendung im Regelfall gerichtlicher Kontrolle zugänglich ist.

Für Prüfungssituationen gilt jedoch eine Ausnahme, so dass das Gericht hier keine volle Kontrolle ausüben kann. Der Grund für die Ausnahme liegt bei Prüfungen ebenso wie in den anderen Ausnahmefällen in der Besonderheit der Entscheidungen begründet.

Betrachtet man die oben genannten Ausnahmen genauer, fällt auf, dass in allen Konstellationen die entscheidende Behörde einen gewissen Informations-, Wissens- oder Beurteilungsvorsprung vor dem Gericht hat.²⁹

So kann das Gericht im Unterschied zu den Prüfern die genaue Prüfungssituation nicht rekonstruieren und beurteilen.³⁰ Die für die Prüfungsentscheidung wichtigen Feststellungen, auf welche Fragen J wie geantwortet hat, ob die Antworten erst nach Hilfestellung der Prüfer erfolgt sind, wie die Leistung des J in Verhältnis zu anderen Prüflingen zu werten war etc. kann das Gericht unmöglich treffen.

Damit kann die Benotung grundsätzlich nicht vom Gericht überprüft werden.

b) Prüfungsumfang in Fällen der Beurteilungsspielräume

Allerdings entspricht es schon rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und der Wertung des Art. 19 Abs. 4 GG, dass auch in den genannten Fallgruppen kein unbegrenzter Beurteilungsspielraum für die Behörde besteht.³¹ Die Gerichte können also zwar keine inhaltliche Kontrolle der Beurteilungsspielräume vornehmen, dafür aber eine, die auf die äußeren Abläufe gerichtet ist. So kann das Gericht bei Prüfungsentscheidungen kontrollieren, ob der Entscheidung sachfremde Erwägungen zugrunde lagen, das Fairnessgebot beachtet wurde, allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe angewendet wurden, der Entscheidung ein zutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt wurde sowie sonstige Verfahrensvorschriften eingehalten wurden.³²

Gerade bei berufsbezogenen Prüfungen, wie Abschlussprüfungen am Ende eines Studiums, verlangen Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG eine effektive gerichtliche Kontrolle.³³

In den anderen anerkannten Fallgruppen des Beurteilungsspielraumes gelten ähnliche Einschränkungen des Beurteilungsspielraumes.³⁴

Beispiel 15:

Jurastudent J bekommt in seiner mündlichen Staatsexamensprüfung die Note „mangelhaft“ (3 Punkte) im Fach Strafrecht. J ist der Meinung, dass diese Benotung ungerechtfertigt sei, da er im Vergleich zu den anderen Prüflingen deutlich kürzer geprüft worden sei und so nicht genug Gelegenheit bekommen habe, sein vorhandenes Wissen zu zeigen. Statt der üblichen 12 Minuten sei er in Strafrecht nur etwa fünf Minuten geprüft worden. Des Weiteren habe der Prüfer eine Antwort des J empört als „total falsch“ abgetan, obwohl die von J vertretene Meinung in mehreren Lehrbüchern und Kommentaren vertreten wird.

Es entspricht gerade im Hinblick auf Art. 3 GG den grundlegenden Anforderungen an das Prüfungsverfahren, dass jeder Prüfling in etwa gleicher Länge geprüft wird. Die signifikant kürzere Prüfungsdauer des J ist ein Verfahrensfehler, der der gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

Die Bewertung einer vertretbaren Antwort als falsch wiederum widerspricht wissenschaftlich anerkannten Bewertungsmaßstäben. Auch diesbezüglich ist die Prüfungsbewertung der gerichtlichen Kontrolle zugänglich.

Zu beachten ist, dass das Gericht auf die Verpflichtungsklage des J hin das Prüfungsamt nicht zu einer Bewertung der Prüfung mit 4 Punkten verurteilen kann. Denn abgesehen von den gerichtlich feststellbaren Fehlern verbleibt es beim Beurteilungsspielraum der Verwaltung, so dass die Sache nicht im Sinne des § 113 Abs. 5 S. 1, 2 VwGO spruchreif ist und das Gericht hier ebenfalls nur ein Bescheidungs Urteil aussprechen kann.³⁵

²⁹ Zu Indizien für einen Beurteilungsspielraum *Jestaedt* (Fn. 15), § 10 Rn. 52.

³⁰ BVerwGE 8, 272 (274).

³¹ BVerwGE 59, 213 (216).

³² BVerfGE 84, 34 (53 f.).

³³ BVerfGE 84, 34 (45).

³⁴ *Erbguth* (Fn. 4), § 14 Rn. 35.

³⁵ BVerwGE 90, 18 (24).

Zur Urkundenqualität von Fotokopien und (Computer-)Faxen

Von Dr. Nina Nestler, Würzburg*

Im Kontext der §§ 267 ff. StGB bereiten Fotokopien, Telefaxe und neuerdings auch sog. Computerfaxe nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Der folgende, vorwiegend an Examenskandidaten und Studierende fortgeschrittener Semester gerichtete Beitrag geht auf die Frage ein, ob solche Dokumente Urkunden im Sinne dieser Vorschriften darstellen und veranschaulicht dies anhand von kleinen Fällen.

I. Urkundenbegriff

Selbst wenn es sich bei Fotokopien, Telefaxen und insbesondere bei Computerfaxen um Sonderfälle im Bereich der §§ 267 ff. StGB handeln mag, ist für ihre Qualifikation als Urkunde zunächst die anerkannte Definition des Urkundenbegriffs maßgeblich.

Definition: Unter einer Urkunde versteht man jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist, und die ihren Aussteller erkennen lässt.¹ Einer Urkunde kommen damit nach ganz h.M. Perpetuierungs-, Beweis- und Garantiefunktion zu.

Die Erfüllung der Perpetuierungsfunktion setzt zunächst eine feste Verbindung des zu Grunde liegenden gedanklichen Inhalts mit einem körperlichen Gegenstand voraus.² Eine durch die Urkunde zum Ausdruck gebrachte Gedankenerklärung muss dazu mit einer (körperlichen) Sache dauerhaft fest verbunden und dadurch optisch-visuell wahrnehmbar sein.³ Hierdurch unterscheidet sich eine Urkunde von bloß mündlichen Gedankenäußerungen.⁴

Die Beweisfunktion ist erfüllt, sofern sich das Dokument als zum Beweis im Rechtsverkehr subjektiv bestimmt und objektiv geeignet darstellt,⁵ bevor eine entsprechende Be-

weisbestimmung (ausdrücklich oder konkludent) getroffen wird, handelt es sich nicht um eine Urkunde i.S.d. §§ 267 ff. StGB.⁶ Deshalb bilden Entwürfe von Erklärungen oder private Aufzeichnungen, die nicht zur Kenntnis Dritter gelangen sollen, zunächst keine Urkunden. Eine entsprechende Beweisbestimmung kann bereits bei der Erstellung des Dokuments beim Aussteller vorliegen (Absichtsurkunde), jedoch auch nachträglich durch einen Dritten getroffen werden (Zufallsurkunde).⁷

Die Garantiefunktion erfordert, dass die Urkunde ihren Aussteller als Garant für den gedanklichen Inhalt des Dokuments erkennen lässt.⁸ Als Aussteller in diesem Sinne gilt derjenige, von dem die Erklärung geistig herrührt (sog. Geistigkeitstheorie); wer die Urkunde körperlich hergestellt hat, ist nicht entscheidend.⁹ Anonyme Erklärungen, die ihren Aussteller nicht zu erkennen geben, stellen daher keine Urkunden i.S.d. §§ 267 ff. StGB dar.¹⁰

II. Fotokopien, Telefaxe, Computerfaxe

Immer wieder bilden Fotokopien, Telefaxe und auch Computerfaxe den Gegenstand von Kontroversen in Wissenschaft sowie Praxis und finden daher Eingang in etliche Klausuren. Um sie in die Systematik der Urkundensdelikte korrekt einordnen zu können, muss man zunächst einen Blick auf die Qualität von Vervielfältigungen im Allgemeinen werfen.

1. Fotokopien

Weil es letztlich keinen Unterschied machen kann, ob eine Vervielfältigung handschriftlich oder auf technischem Weg hergestellt wird, stellen Fotokopien nach verbreiteter, aber nicht unumstrittener Auffassung in aller Regel einfache Abschriften dar.¹¹ Ihre Urkundeneigenschaft lässt sich daher zunächst nicht bejahen. Dieses Ergebnis stützt ein Blick auf die Definition der Urkunde: Fotokopien lassen erstens ihren Aussteller nicht erkennen, weil eine Identifikation des Kopierenden, auf den es in diesem Fall ankommt, nicht möglich ist; damit fehlt es an der Garantiefunktion.¹² Zweitens verkörpern sie keine eigene Gedankenerklärung, sondern bringen allenfalls zum Ausdruck, sie seien das Abbild eines anderen Ori-

* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Kriminologie und Strafrecht von Prof. Dr. Klaus Laubenthal an der Universität Würzburg.

¹ So schon BGHSt 3, 82; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 2; Puppe, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Bd. 2, § 267 Rn. 17 f.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 32 Rn. 1; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 790; Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/II, 12. Aufl. 2009, § 267 Rn. 4 ff.; ähnlich Erb, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 267 Rn. 25.

² Rengier (Fn. 1), § 32 Rn. 2 f.; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 792.

³ Puppe (Fn. 1), § 267 Rn. 21; Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 10 f.

⁴ Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 792.

⁵ Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 795; Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 63 ff.

⁶ Rengier (Fn. 1), § 32 Rn. 5.

⁷ Rengier (Fn. 1), § 32 Rn. 5; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 797; krit. zur Terminologie Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 67, 70.

⁸ Rengier (Fn. 1), § 32 Rn. 8; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 801.

⁹ Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 801.

¹⁰ Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 802.

¹¹ Vgl. etwa BGHSt 24, 140 ff.; Beck, JA 2007, 423 (424); Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 811; a.A.: Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 70a; Heghmanns, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1365.

¹² Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 111; Rengier (Fn. 1), § 32 Rn. 25; a.A.: Heghmanns (Fn. 1), Rn. 1365.

ginals.¹³ Damit scheitert die Qualifizierung als Urkunde an der Perpetuierungsfunktion, welche die Verkörperung eines gedanklichen Inhalts voraussetzt. Die perpetuierte Aussage beruht hier jedoch allein auf dem technischen Kopiervorgang.¹⁴ Zudem fehlt es in aller Regel drittens an der Beweiseignung, da der Rechtsverkehr Fotokopien in den meisten Fällen nicht als dem Original gleichwertig anerkennt.¹⁵

Ausnahmen von diesem Ergebnis sind lediglich in zwei Konstellationen geboten. Erweckt die Kopie ernsthaft den Anschein eines Originals, so ist sie auch wie eine originale Urkunde zu behandeln. Denn in diesem Fall liegen die Voraussetzungen des Urkundenbegriffs vor, wenn auch der Kopierende als Hersteller möglicherweise nicht mit demjenigen übereinstimmt, der als vermeintlicher Aussteller aus dem Schriftstück identifiziert werden kann. Weil das Dokument dann nicht von demjenigen herrührt, der als Aussteller erkennbar ist, handelt es sich zwar um eine unechte Urkunde – aber eben trotzdem um eine Urkunde i.S.d. §§ 267 ff. StGB.¹⁶

Eine zweite Ausnahme macht die Rechtsprechung, wenn eine Kopie einer unechten oder verfälschten Urkunde im Rechtsverkehr vorgelegt wird, ohne dass diese Kopie den Anschein eines Originals erweckt. Hier soll ein mittelbares Gebrauchen des (unechten oder verfälschten) Originals gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB gegeben sein.¹⁷ Nach der Judikatur lässt sich dieses Ergebnis auf die Überlegung stützen, dass der Verwender der Kopie dabei die Existenz einer entsprechenden Originalurkunde zusichert, wofür die Fotokopie den Nachweis erbringen soll. Das setzt jedoch die Existenz eines entsprechenden (unechten oder verfälschten) Originals voraus.¹⁸ Maßgeblich für die Betrachtung bleibt damit aber, ob die Kopiervorlage selbst eine Urkunde darstellt. Letztlich geht es hierbei also nicht um die Frage, ob es sich bei der vorgelegten Fotokopie um eine Urkunde handelt, sondern vielmehr um das dahinter stehende Original.¹⁹ Liegt ein solches nicht vor bzw. existiert es nur als sog. Kollage aus lose zusammengesetzten Einzelteilen, so kommt selbst nach Auffassung der Rechtsprechung die Verwirklichung des § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB nicht in Betracht.²⁰ Im Übrigen spricht gegen die Einordnung als mittelbares Gebrauchen, dass dem

zu Täuschenden die Urkunde selbst gerade nicht in einer Weise zugänglich gemacht wird, welche ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts gewährt; zu seiner Kenntnis gelangt eben nur die Kopie.²¹

Sachverhalt Beispiel 1a

Der Künstler K beschäftigt den C als Ghostwriter seiner Autobiographie. K ist allerdings nie zufrieden, sondern nörgelt permanent an den Entwürfen des C herum. Hierzu verfasst K handschriftlich Briefe, welche er an C schickt. Als den C eines Tages wieder ein solcher Brief erreicht, platzt ihm der Kragen. C fertigt eine Kopie des Briefes an und lässt dabei lediglich Briefkopf und Unterschrift des K stehen. An die Stelle des von K verfassten Wortlauts setzt C stattdessen handschriftlich einen ihn (C) über alle Maßen lobenden Text eines Empfehlungsschreibens. Dabei ist erkennbar, dass es sich nicht um einen Originalbrief handelt. Dieses Schreiben schickt er an den V-Verlag, bei dem er sich vor Kurzem um eine Stelle als Lektor beworben hat.

Hat sich C nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Lösung 1a: Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB, Herstellen einer unechten Urkunde

Zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB müsste der C eine unechte Urkunde hergestellt haben. Fraglich ist aber bereits, ob es sich bei dem erstellten Empfehlungsschreiben um eine Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB handelt. Hierunter versteht man jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist, und die ihren Aussteller erkennen lässt.²²

Bei Kopien lässt sich die Urkundeneigenschaft grundsätzlich nicht bejahen, da diese keine eigene Gedankenerklärung verkörpern, sondern lediglich die Erklärung enthalten, sie seien das Abbild eines (anderen) Originals. Zudem fehlt es mangels einer dem Original gleichwertigen Anerkennung der Kopie im Rechtsverkehr an der Beweiseignung. Kopien lassen überdies ihren Aussteller nicht erkennen, weil eine Identifikation des Kopierenden, auf den es in diesem Fall ankommt, nicht möglich ist.²³

Ausnahmsweise ist aber auch eine Kopie wie eine originale Urkunde zu behandeln, wenn die Kopie den Anschein eines Originals erweckt. Denn in diesem Fall liegen die Voraussetzungen des Urkundenbegriffs vor, wenn auch der Kopierende als Hersteller möglicherweise nicht mit demjenigen übereinstimmt, der als vermeintlicher Aussteller aus dem Schriftstück identifiziert werden kann.

Jedoch greift diese Ausnahme im Fall 1a nicht ein, denn der eingesendete Brief erweckt ersichtlich nicht den Anschein

¹³ Beck, JA 2007, 423 (424).

¹⁴ Dazu Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 111.

¹⁵ Beck, JA 2007, 423 (424); vgl. dazu auch Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 113; a.A.: Freund (Fn. 11), Rn. 102.

¹⁶ OLG Stuttgart NJW 2006, 2869 (2869); Cramer/Heine (Fn. 1), § 267 Rn. 42b; Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 57. Aufl. 2010, § 267 Rn. 12c; Puppe (Fn. 1), § 267 Rn. 23; Rengier (Fn. 1), § 32 Rn. 27; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 811.

¹⁷ Vgl. bereits BGHSt 5, 291 (292); a.A. Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 852 u.a. mit Verweis auf die Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „Gebrauch“; dazu Beck, JA 2007, 423 (424 f.); Welp, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 511 f.

¹⁸ Dazu OLG Oldenburg StraFo 2009, 80 f.; BGH NSTZ 2003, 541 (543 f.); Fischer (Fn. 16), § 267 Rn. 12b.

¹⁹ Beck, JA 2007, 423 (424); Fischer (Fn. 16), § 267 Rn. 12b.

²⁰ BGH NSTZ 2003, 541 (543 f.).

²¹ So i.E. auch Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 852.

²² Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 790; siehe zum Urkundenbegriff oben Fn. 1; zur missbräuchlichen Verwendung eingescannter Unterschriften ferner Heinrich, CR 1997, 622.

²³ Siehe dazu oben II. 1 und 2.

eines Originals. Da es sich also bei dem Schreiben des C nicht um eine unechte Urkunde handelt, ist die Var. 1 des § 267 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

2. Objektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB, Verfälschen einer echten Urkunde

C könnte den objektiven Tatbestand des § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB verwirklicht haben, wenn er eine echte Urkunde verfälscht hätte. Von einem Verfälschen spricht man, wenn vom Täter eine Veränderung des gedanklichen Inhalts der Urkunde vorgenommen wird.²⁴ Als echte Urkunde kommt hier lediglich das Originalschreiben des K in Betracht. C hat dieses zwar kopiert, jedoch hat er den Originalbrief selbst nicht manipuliert, so dass er auch keine echte Urkunde verfälscht hat.

3. Objektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB, Gebrauch einer unechten Urkunde

Da es sich bei dem Schreiben des C an den V-Verlag nicht um eine unechte Urkunde handelt, kann er das Schreiben auch nicht als unechte Urkunde gebraucht haben.

II. Ergebnis

C hat sich nicht gemäß § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Sachverhalt Beispiel 1b

Wie wirkt es sich aus, wenn C – anders als in Fall 1a – eine Farbkopie des Briefes anfertigt und an die Stelle des von K geschriebenen Textes wiederum ein, diesmal mit mühevoller Nachahmung der Handschrift des K verfasstes Empfehlungsschreiben setzt, so dass es so aussieht, als hätte K den Brief geschrieben?

Lösung 1b: Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB, Herstellen einer unechten Urkunde

Fraglich ist, ob C in der Fallvariante 1b eine unechte Urkunde hergestellt hat. Wiederum lässt sich feststellen, dass Kopien grundsätzlich keine Urkundenqualität zukommt. Jedoch könnte dazu in Beispiel 1b eine Ausnahme vorliegen, denn C gab sich so große Mühe, dass das von ihm erstellte Empfehlungsschreiben den Anschein erweckt, es sei von K, also ein Original. Da der Brief des C zwar einen Aussteller, jedoch nicht den wahren Aussteller erkennen lässt, handelt es sich um eine unechte Urkunde.

2. Objektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB, Verfälschen einer echten Urkunde

Da der C den Originalbrief nicht „bearbeitet“ hat, liegt die Variante des Verfälschens einer echten Urkunde wiederum nicht vor.

²⁴ Erb (Fn. 1), § 267 Rn. 180; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 842.

3. Objektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB, Gebrauch einer unechten Urkunde

Von einem Gebrauch ist auszugehen, sofern die Urkunde dem zu Täuschenden in einer Weise zugänglich gemacht wird, die ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts einräumt.²⁵ Beim Zuschicken des Briefes, der eine unechte Urkunde darstellt, an den V-Verlag ist dies der Fall.

4. Subjektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 1 u. 3 StGB

C handelte bezüglich des objektiven Tatbestandes des § 267 Abs. 1 Var. 1 u. 3 StGB vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig, da zu seinen Gunsten keine Rechtfertigungsgründe eingreifen. C handelte schuldhaft, da weder Schuldausschließungs- noch Entschuldigungsgründe ersichtlich sind.

III. Ergebnis

C hat sich gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 u. 3 StGB strafbar gemacht.

2. Telefaxe

Das „klassische“ Telefax wird vom Sendegerät eingelesen und vom Empfangsgerät ausgedruckt, weshalb es sich um eine bloße Fern-Kopie handelt.²⁶ Unterschiede zu einer postalisch versandten Kopie bestehen insoweit – also abgesehen von der erleichterten und schnelleren Übermittlung – nicht. Daher werden Faxe im Grundsatz genauso wie Fotokopien behandelt.²⁷

Dies gilt jedenfalls immer dann, wenn die Faxkennung (Absenderkennung, Fax-ID oder TTI) ausgeschaltet ist. Diese identifiziert den Anschluss, von dem aus das Faxgerät sendet. Bei ausgeschalteter Faxkennung bleibt der Absender des Telefaxes für den Empfänger nicht erkennbar, so dass es an der Garantiefunktion fehlt und dem eingehenden Fax keine Urkundenqualität zukommt.²⁸

Bei eingeschalteter Faxkennung, wenn sich also der Absender problemlos zurückverfolgen lässt, greift das Argument mangelnder Garantiefunktion nicht mehr. Problematisch ist jedoch die Perpetuierungsfunktion, weil sich anzweifeln lässt, welchen gedanklichen Inhalt das Telefax haben soll. Denn in diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Absender für den gesamten Inhalt des in das Sendegerät eingelegten Originaldokuments oder lediglich für dessen korrekte Wiedergabe einstehen will.²⁹ In der Regel wird man annehmen müssen, dass derjenige, der ein Telefax verschickt, dadurch dem Emp-

²⁵ Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 220 ff.; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 851.

²⁶ OLG Zweibrücken NJW 1998, 2918 (2918); Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 122; krit. Fischer (Fn. 16), § 267 Rn. 12d.

²⁷ Fischer (Fn. 16), § 267 Rn. 12d; Hellmann/Beckemper, JA 2004, 891 (895); Rengier (Fn. 1), § 32 Rn. 28; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 811; a.A.: Cramer/Heine (Fn. 1), § 267 Rn. 43.

²⁸ Beck, JA 2007, 423 (425).

²⁹ Dazu Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 123.

fänger nur die Existenz eines entsprechenden Originals zur Kenntnis bringen möchte. Das Fax soll demnach gerade nicht an die Stelle des originalen Dokuments treten und dieses ersetzen, sondern allein dessen Vorhandensein nachweisen. Der gedankliche Inhalt beschränkt sich damit auf die Aussage, das eingegangene Telefax sei das Abbild eines entsprechenden Originals; das reicht jedoch nicht aus, um der Perpetuierungsfunktion gerecht zu werden.³⁰ Auch die Beweisbestimmung und Beweiseignung mag hier durchaus in Zweifel gezogen werden, weil der Rechtsverkehr Telefaxe einem Original eben gerade nicht vollumfänglich gleichstellt. Lediglich ausnahmsweise, wenn der Absender des Telefaxes dieses ersichtlich an Stelle des Originals verwenden möchte und auch mit dessen diesbezüglicher Akzeptanz im Rechtsverkehr rechnen durfte, mag sich die Urkundenqualität bejahen lassen.³¹

Sachverhalt Beispiel 2a

C schickt das von ihm (wie in Beispiel 1b) erstellte Empfehlungsschreiben per Fax an den V-Verlag. Die Faxkennung lässt er ausgeschaltet. Damit will er den Eindruck erwecken, das Schreiben käme direkt von K. Im Verlag wird das Schreiben von dem dortigen Faxgerät ausgedruckt und zu den Bewerbungsunterlagen des C geheftet.

Hat sich C nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Lösung 2a: Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB, Herstellen einer unechten Urkunde

Bei einfachen Faxen handelt es sich um bloße Fern-Kopien, die grds. genauso behandelt werden wie Kopien. Dies gilt jedenfalls immer dann, wenn die Faxkennung ausgeschaltet und der Absender des Faxes damit nicht erkennbar ist. Somit scheidet das Herstellen einer unechten Urkunde aus den gleichen Gründen wie in Beispiel 1b.

2. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB, Verfälschen einer echten Urkunde

§ 267 Abs. 1 Var. 2 StGB ist wiederum zu verneinen, da C nicht den Originalbrief des K manipuliert hat.

3. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB, Gebrauchen einer unechten Urkunde

Fraglich ist, ob das Faxen der unechten Urkunde an den V-Verlag ein Gebrauchen i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB darstellt. Dabei ist streitig, ob das Gebrauchen die Möglichkeit zur unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung gerade des Urkundenoriginals (hier: der unechten Urkunde) voraussetzt, oder ob dafür auch die mittelbare Wahrnehmung der unechten Urkunde durch Verwendung einer Fotokopie (hier: Telefax) genügt. Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Gebrauchen schon vor, wenn eine Fotokopie einer unechten

oder verfälschten Originalurkunde in Kenntnis der Unechtheit des Originals verwendet wird, wenn die Kopie als solche erscheinen soll.³² Folgt man dem, so ist die dritte Tatvariante des § 267 Abs. 1 StGB objektiv gegeben.

C handelte bezüglich des objektiven Tatbestandes des § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft, da weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ersichtlich sind.

III. Ergebnis

C hat sich gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

Sachverhalt Beispiel 2b

Wie wäre die Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB zu beurteilen, wenn C den handschriftlichen ihn (C) lobenden Text nur lose über den Originalbrief des K legt und diese Kollage unter gleichen Voraussetzungen wie in Beispiel 2a per Fax an den V-Verlag schickt?

Lösung 2b: Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB, Verfälschen einer echten Urkunde

§ 267 Abs. 1 Var. 2 StGB ist wiederum zu verneinen, da C den Originalbrief des K nicht „bearbeitet“ hat.

2. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB, Gebrauchen einer unechten Urkunde

Fraglich ist, ob das Faxen der Kollage an den V-Verlag ein Gebrauchen i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB darstellt. Eine Kopie bzw. ein Telefax wird ausnahmsweise als Urkunde bewertet, wenn es den Eindruck eines Originals erwecken soll. Jedoch wird vorausgesetzt, dass es sich bei der Kopiervorlage um eine Urkunde handelt. Hier ist die Vorlage lediglich eine Kollage aus lose übereinander gelegten Teilen, welcher keine Urkundenqualität zukommt. Ein Gebrauchen i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB liegt daher auch nicht vor.

II. Ergebnis

C hat sich nicht nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Computerfaxe

Im Zusammenhang mit den §§ 267 ff. StGB beschäftigen fortschrittliche Sendeverfahren bzw. modernere Formen des Faxes zunehmend Wissenschaft und Praxis. An dieser Stelle gilt es daher auch die Urkundenqualität des Computerfaxes

³⁰ Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 125.

³¹ Hellmann/Beckemper, JA 2004, 891 (896).

³² Fischer (Fn. 16), § 267 Rn. 24 m.w.N.: so auch schon: BGHSt 5, 291 (293); BGHSt 24, 140; OLG Düsseldorf wistra 2000, 37; zweifelnd: Miehe, JuS 1980, 261 (262); a.A.: noch Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 9. Aufl. 2005, § 65 IV Rn. 69; Puppe, Jura 1979, 630 (640).

eingehend zu untersuchen. Zu unterscheiden sind hierbei zwei Versandungsmöglichkeiten:

a) Datensatz beim Absender, Ausdruck beim Empfänger

Bei diesem Sendeverfahren gibt es kein ausgedrucktes und vom Versender unterschriebenes Original eines Schriftstücks. Vielmehr liegt der Text lediglich als computergespeichertes Dokument vor, welches mit einer eingescannten Unterschrift oder einer Signatur des Ausstellers versehen, direkt vom PC an das Faxgerät des Empfängers geschickt und dort ausgedruckt wird.³³

Das beim Empfänger eingehende Dokument stellt – weil beim Absender eben nur ein Datensatz und kein verkörpertes Schriftstück vorliegt – eine Primärverkörperung dar.³⁴ Gegen die Urkundeneigenschaft spricht somit nicht das Argument, es werde lediglich nachgewiesen, dass ein anderes, verkörpertes Original dieses Inhalts existiert. Vielmehr stellt das Dokument selbst die erstmalige Verkörperung einer originären Gedankenerklärung dar, weshalb die Perpetuierungsfunktion gegeben ist.³⁵ Aufgrund der Faxkennung bleibt (sofern diese angeschaltet ist³⁶) zudem der Aussteller als Garant für den gedanklichen Inhalt erkennbar, was die Garantiefunktion erfüllt. Ferner liegen in aller Regel eine entsprechende subjektive Beweisbestimmung und objektive Beweiseignung vor,³⁷ weshalb ein solches Computerfax durchaus als Urkunde i.S.d. §§ 267 ff. StGB eingeordnet werden kann.³⁸

b) Ausdruck beim Absender, Datensatz beim Empfänger

Umgekehrt besteht technisch auch die Möglichkeit, dass der Absender ein Original in sein Telefaxgerät einlegt, dieses beim Empfänger jedoch in digitalisierter Form, etwa als pdf-Datei unmittelbar auf dem PC als Datensatz eingeht. Hier fehlt es den eingehenden Daten bereits an einer Verkörperung und somit an der Perpetuierungsfunktion, weshalb insoweit eine Urkunde i.S.d. §§ 267 ff. StGB nicht vorliegt.

Selbst ein Ausdruck des eingehenden Schreibens beim Empfänger macht aus diesem keine Urkunde. Denn bei einem solchen Druck handelt es sich nicht um die Primärverkörperung der gedanklichen Erklärung des Absenders. Eine solche bildet vielmehr nur das von diesem in das Sendegerät eingelegte Dokument.

³³ Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 127; Hellmann/Beckemper, JA 2004, 891 (895 f.); Schmid, CR 1999, 609 (609); dazu BGHZ 144, 160 (160).

³⁴ Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 128; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 811a; vgl. dazu auch OLG Oldenburg StraFo 2009, 80 (80 f.) in Zusammenhang mit einer manipulierten Vorlage für ein Telefax.

³⁵ Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 323; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 811a.

³⁶ Vgl. anderenfalls oben II. 2.

³⁷ Zieschang (Fn. 1), § 267 Rn. 127 f.

³⁸ Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 811a.

Sachverhalt Beispiel 3

C hat von den Faxen des K die Nase voll, kündigt und bewirbt sich stattdessen beim V-Verlag als Lektor. Um seine Bewerbung aufzuwerten, geht er wie folgt vor: Er öffnet eine Datei, die einen von K handschriftlichen verfassten, von dessen Assistentin eingescannten Brief enthält, der ihm (C) als Anlage in einer Email zugegangen war. Zunächst speichert C die Anlage ab. Dann löscht er den enthaltenen Text, so dass lediglich Briefkopf und Unterschrift des K erhalten bleiben. An die Stelle des von K verfassten Wortlauts setzt C stattdessen computerschriftlich einen ihn (C) über alle Maßen lobenden Text eines Empfehlungsschreibens. Die erstellte Datei schickt er im eigenen Namen als Computerfax an den V-Verlag. Das Schreiben wird, nachdem es von dem dortigen Faxgerät ausgedruckt wurde, zu den Bewerbungsunterlagen des C geheftet. Von der Empfehlung durch eine so bekannte Persönlichkeit wie den K schwer beeindruckt, stellt der Personalchef des V-Verlags den völlig unterqualifizierten C prompt ein.

Wie hat sich C strafbar gemacht? § 263 StGB ist nicht zu prüfen.³⁹

Lösung Beispiel 3

A. § 267 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand, § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB

Zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB müsste der C eine unechte Urkunde hergestellt haben. Vorliegend besteht nun die Besonderheit, dass C lediglich eine Datei verändert und als Computerfax verschickt, so dass er selbst zu keinem Zeitpunkt das Dokument (weder im Original noch in Kopie) in Händen hielt. Wenn allerdings – wie vorliegend – bei am PC erstellten Dokumenten kein verkörpertes Original, sondern lediglich ein Datensatz existiert (Computerfax), dann erfolgt die Primärverkörperung erst beim Empfänger. Damit handelt es sich bei dem beim Empfänger des Computerfaxes eingehenden Dokument um ein Original und nicht um eine schlichte (Fern-)Kopie. Eine Einordnung des Computerfaxes als Urkunde ist daher grds. möglich.

Vorliegend verschickt C eben ein solches Computerfax; es existiert also naturgemäß kein anderes Original. Ein Abstellen auf das ursprüngliche Schreiben des K scheidet in diesem Zusammenhang aus, da C letztlich nur dessen Scan (und somit eben nicht die Urschrift) erhalten hat. Es stellt sich daher die Frage, ob das Computerfax an den Personalchef nach dem Willen des C an die Stelle eines Originals treten soll. Dies mag man hier zwar annehmen dürfen, da für

³⁹ In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen eines Anstellungsbetrugs, § 263 Abs. 1 StGB, der hier aufgrund der Schwerpunktsetzung des Beitrags nicht im Detail behandelt werden soll. Vgl. zur Problematik Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage 2009, Rn. 365; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 98 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 539a, 577.

die Einstellung des C letztlich der Inhalt des Empfehlungsschreibens maßgeblich sein soll.

Die vorliegende Konstellation stellt jedoch einen Sonderfall gegenüber der Situation beim „klassischen“ Computerfax dar: Gegen die Einordnung als Urkunde spricht nämlich, dass C durch den Versand als Computerfax gerade den Eindruck erweckt, es habe das von einem anderen (K) ausgefertigte Schreiben als solches bei ihm (C) im Original vorgelegen. Durch C sollte damit lediglich die Weiterleitung einer fremden Gedankenerklärung erfolgen. Zu diesem Zweck erweckt C den Anschein, eine Vervielfältigung des – in Wahrheit in körperlicher Form nicht existierenden – Originals übersandt zu haben. Er will damit eben nur für eine Kopie, mithin für die korrekte Wiedergabe des von einem anderen Aussteller stammenden (fiktiven) Originals und gerade nicht für das Original bzw. dessen Inhalt selbst einstehen; somit mangelt es an der Perpetuierungsfunktion.⁴⁰ Es handelt sich daher bei diesem Computerfax (ausnahmsweise) nicht um eine Urkunde.

2. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB

C könnte den objektiven Tatbestand des § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB verwirklicht haben, wenn er eine echte Urkunde verfälscht hätte. Von einem Verfälschen spricht man, wenn vom Täter eine Veränderung des gedanklichen Inhalts der Urkunde vorgenommen wird.⁴¹ Hierzu wäre jedoch zunächst erforderlich, dass es sich bei dem manipulierten Dokument, also der Anlage zur Email des K, um eine echte Urkunde handelt. Es fehlt dabei allerdings bereits an der Perpetuierung einer Gedankenerklärung, denn das Dokument war bei C lediglich als Datei, mithin als bloßer Datensatz und damit nicht als körperlicher Gegenstand vorhanden. Auf das bei K befindliche, eingescannte Original kann vorliegend nicht abgestellt werden, da C dieses nicht selbst manipulierte.

3. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB, Gebrauch einer unechten Urkunde

Von einem Gebrauch ist auszugehen, sofern die Urkunde dem zu Täuschenden in einer Weise zugänglich gemacht wird, die ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts einräumt.⁴² Beim Übersenden mittels Computerfax an den Personalchef des V-Verlages ist dies der Fall. Allerdings lag

schon keine (unechte) Urkunde vor⁴³, so dass der objektive Tatbestand des § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB nicht erfüllt ist.

II. Ergebnis

C hat sich nicht gem. § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. § 269 Abs. 1 StGB

C könnte sich gem. § 269 Abs. 1 StGB wegen Fälschung beweisheblicher Daten strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Beweiserhebliche Daten

Daten sind codierte, auf Datenträgern fixierte Informationen über eine außerhalb des verwendeten Zeichensystems befindliche Wirklichkeit, einschließlich der ihrer Verarbeitung dienenden Programme.⁴⁴ Bei dem an C versandten Dokument handelt es sich um solche Daten, da der Schriftsatz codierte Informationen enthält.

Das Merkmal der Beweiserheblichkeit setzt voraus, dass das Tatobjekt, abgesehen von der fehlenden Verkörperung bzw. Wahrnehmbarkeit, alle übrigen Merkmale des Urkundenbegriffs erfüllt.⁴⁵ Auch dies liegt hier vor, weil der Schriftsatz Grundlage der Einstellung des C, folglich zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist (Beweisfunktion) und er ferner K als vermeintlichen Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion). Dass die Beweisbestimmung letztlich erst vom Personalchef des V-Verlages, also von einem Dritten getroffen wird, hindert die Erfüllung der Beweisfunktion nicht.

b) Tathandlung

Der Begriff des Speicherns entspricht dem der Herstellung einer unechten Urkunde in § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB.⁴⁶ C erschafft durch die Manipulation an dem Datensatz und dessen Abspeichern zugleich ein neues Dokument, welches im Fall seiner Verkörperung eine unechte Urkunde darstellen würde. Die Voraussetzungen des Merkmals sind daher erfüllt.

Mit dem Verändern beweisheblicher Daten korrespondiert das Verfälschen, § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁴⁷ Auch dies liegt hier vor, da C den Scan als originalen Datensatz des K manipuliert, indem er den Text austauscht und damit den Erklärungsinhalt ändert.

Unter einem Gebrauch versteht man jedes Verhalten, das dem zu Täuschenden die Daten in einer Weise zugänglich

⁴⁰ Ähnlich OLG Oldenburg StraFo 2009, 80 (80 f.) bei offensichtlich mangelnder Personenidentität zwischen Absender und Aussteller; eine a.A. ist hier allerdings vertretbar, wenn man nicht vom Absender ausgestellte Telefaxe bzw. Computerfaxe mit einer beglaubigten Abschrift gleichsetzt, wobei der Absender die Garantie für die originalgetreue Wiedergabe übernimmt, so *Cramer/Heine* (Fn. 1), § 267 Rn. 43; vgl. zu den damit zusammenhängenden Problemen *Heinrich*, CR 1997, 622 (624).

⁴¹ *Erb* (Fn. 1), § 267 Rn. 180; *Wessels/Hettinger* (Fn. 1), Rn. 842.

⁴² *Zieschang* (Fn. 1), § 267 Rn. 220 ff.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 1), Rn. 851.

⁴³ Siehe oben.

⁴⁴ *Fischer* (Fn. 16), § 268 Rn. 4, § 269 Rn. 3; *Wessels/Hettinger* (Fn. 1), Rn. 883; umfassend zu strafrechtlichen Aspekten der digitalen Bildbearbeitung *Welp*, CR 1992, 291 (291 ff.).

⁴⁵ *Lackner/Kühl*, Kommentar zum StGB, 26. Aufl. 2007, § 269 Rn. 2, 4; *Wessels/Hettinger* (Fn. 1), Rn. 883.

⁴⁶ *Cramer* (Fn. 1), § 269 Rn. 15; ähnlich *Fischer* (Fn. 16), § 269 Rn. 5.

⁴⁷ *Erb* (Fn. 1), § 269 Rn. 34.

macht, die ihm die Möglichkeit einer Kenntnisnahme des Inhalts einräumt.⁴⁸ Hier liegt ein Gebrauch im Versenden an den V-Verlag, weil der Datensatz damit im Rechtsverkehr zum Beweis eingesetzt und dem Personalchef des V-Verlags zur Kenntnisnahme zugänglich gemacht wird. Der objektive Tatbestand des § 269 Abs. 1 Var. 3 StGB ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt, weil C vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr handelt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

III. Ergebnis

C hat sich damit der Fälschung beweisbarer Daten gem. § 269 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht. § 269 Abs. 1 Var. 1 StGB tritt dabei hinter § 269 Abs. 1 Var. 2 StGB zurück. Da die entsprechende Verwendungsabsicht bereits zum Zeitpunkt der Fälschungshandlung vorhanden war, stellt das Gebrauchen nach Var. 3 eine mitbestrafte Nachtat zu § 269 Abs. 1 Var. 2 StGB dar.⁴⁹

C. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

C verändert zwar Daten, über die er, weil die Abänderungsbefugnis nach wie vor bei K liegt, nicht verfügen darf. Der Sachverhalt lässt jedoch nicht erkennen, ob C in dem Bewusstsein handelt, dass der Nachteil die notwendige Konsequenz seines Vorgehens darstellt.⁵⁰ Denn C erstrebt lediglich einen eigenen Vorteil, ohne dass er damit zwangsläufig einen Nachteil für den V-Verlag verbunden sieht. Es fehlt somit an der von § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorausgesetzten Nachteilszfügungsabsicht (a.A. vertretbar). Daher ist der Tatbestand nicht erfüllt und es liegt keine Strafbarkeit nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB vor.

⁴⁸ Erb (Fn. 1), § 269 Rn. 35; Puppe (Fn. 1), § 269 Rn. 37.

⁴⁹ Fischer (Fn. 16), § 267 Rn. 44.

⁵⁰ Vgl. zur Nachteilszfügungsabsicht Weidemann, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.3.2010, § 274 Rn. 11; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 876, 836 statt vieler.

Acht Fragen zum Europäischen Strafrecht

Von Privatdozent Dr. Edward Schramm, Konstanz/Tübingen*

Die nachfolgenden Fragen wurden in einer Klausur im Rahmen der Vorlesung „Europäisches Strafrecht und Strafrechtsvergleichung“ innerhalb des Schwerpunktbereichs „Kriminalwissenschaften“ an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg im Sommersemester 2010 gestellt. Sie diente als Abschlussklausur in dem von der Würzburger Universität angebotenen „Begleitstudium im Europäischen Recht und Aufbaustudiengang Europäisches Recht“. Die Bearbeitungszeit der Klausur betrug zwei Stunden. Die Klausur ist sehr gut ausgefallen; allerdings stand den Teilnehmern während der Vorbereitung ein ausführliches Vorlesungsskript ungekürzt zur Verfügung. Der Notendurchschnitt lag bei rund 9 Punkten. Von den 38 Teilnehmer(-innen) erzielten zwei die Note sehr gut (5 %), zehn gut (26 %), dreizehn vollbefriedigend (34 %), acht befriedigend (21 %) und vier ausreichend (11 %); nur einer fiel durch (3 %). Die 1. und 5. Frage wurde mit max. 3 Punkten bewertet, die übrigen mit max. 2 Punkten. Die nachstehende Musterlösung geht über das von den Teilnehmern erwartete Wissen hinaus.

Die Fragen

1. Besitzt die Europäische Union eine Kompetenz zur Schaffung eigener Straftatbestände?
2. Worum handelt es sich bei dem Corpus Juris von Florenz?
3. Was versteht man unter der „Notbremseregelung“ im Vertrag von Lissabon?
4. Worin liegt die Bedeutung der „Maria Pupino“-Entscheidung des EuGH für das europäische Strafrecht?
5. Was bedeutet „unionsrechtskonforme Interpretation“? Nennen Sie hierfür ein Beispiel aus der Rechtsprechung des BGH zu einem Straftatbestand aus dem Besonderen Teil des deutschen Strafgesetzbuchs.
6. Erläutern Sie das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung! Wo ist es verankert?
7. Was versteht man unter dem sog. „Vorabentscheidungsverfahren“?
8. Der deutsche Staatsbürger Dietrich D stiehlt während seines Urlaubs auf Mallorca (Spanien) in Palma am 1.9.2009 einem Deutschen eine wertvolle Uhr. Deshalb wird er in Spanien wegen Diebstahls angeklagt. Gegen D wird auch von der Würzburger Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Der zuständige Staatsanwalt Justus J schlägt D die Einstellung des Verfahrens gegen Zahlung von 500 EUR vor. J ist damit einverstanden und zahlt den Betrag. Daraufhin stellt J das Strafverfahren ohne gerichtliche Zustimmung (§ 153a Abs. 1 S. 7 i.V.m. § 153 Abs. 1 S. 2 StPO) ein. Kann D danach während seines nächsten Aufenthalts auf Mallorca vom spanischen Gericht trotzdem noch verurteilt werden?

Die Antworten

1. Antwort

Schon vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 kannte das Gemeinschaftsrecht Tatbestände und Sanktionen, die man zum Strafrecht im weiteren Sinne zählen kann, sofern jene einen repressiven Charakter tragen.¹ Hierher gehören etwa Geldbußen, wie sie vor allem im Kartellrecht eine große Rolle gespielt haben und auch künftig spielen werden (vgl. Art. 103 Abs. 2 lit. a AEUV i.V.m. Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV).

Der Vertrag von Lissabon hat nach h.M. darüber hinaus in den Bereichen der Betrugsbekämpfung, des Zollwesens und mit Einschränkungen in denjenigen der illegalen Einwanderung und des Menschenhandels die Befugnis der EU zur (unmittelbaren) Setzung von Straftatbeständen und damit zur Normsetzung von supranationalem Strafrecht im engeren Sinne geschaffen.² Nach Art. 325 Abs. 4 AEUV können das Europäische Parlament und der Ministerrat zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union in der Form des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen gegen Betrügereien ergreifen. Diese Kompetenz erstreckt sich allerdings nur auf die Verfolgung und Vorbeugung entsprechender Taten zum Nachteil der EU, nicht hingegen zum Nachteil der Mitgliedstaaten und deren Bürger und Unternehmen. Dabei ist der Begriff der Betrügerei weit zu fassen. Er geht über den Tatbestandsbereich des § 263 StGB hinaus. Gemeint sind damit alle Handlungen mit Täuschungscharakter wie etwa die Urkundenfälschung³ (§ 267 StGB). Dagegen räumt Art. 325 Abs. 1 AEUV keine darüber hinausgehenden Rechtssetzungskompetenzen ein.⁴

Ebenso können nach Art. 33 AEUV vom Europäischen Parlament und vom Ministerrat im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens strafrechtliche Maßnahmen zum Schutz des Zollwesens getroffen werden. Straftatbestände könnten schließlich – zumindest auf dem ersten Blick – unmittelbar auch auf der Grundlage des Art. 79 Abs. 2 lit. c und d AEUV im Bereich der illegalen Einwanderung und des Menschenhandels geschaffen werden. Da allerdings der Men-

* Privatdozent Dr. Edward Schramm, Universität Tübingen, vertritt im Wintersemester 2010/2011 den Lehrstuhl von Prof. Dr. Jörg Eisele an der Universität Konstanz.

¹ So Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 5 ff.

² Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 11; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. § 1 Rn. 29; Fromm, ZIS 2007, 26; Heger, ZIS 2009, 406 (415); Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (18); Rosenau, ZIS 2008, 9 (16); Satzger (Fn. 1), § 8 Rn. 27; Zimmermann, Jura 2009, 844 (846).

³ Zimmermann, Jura 2009, 844 (846).

⁴ Zimmermann, Jura 2009, 844 (846).

schenhandel auch im Katalog des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV – an zweiter Stelle – zu finden ist, der die Bereiche denkbarer Rechtsangleichung im Rahmen der grenzüberschreitenden Kriminalität aufzählt, stellt diese Bestimmung die vorrangige Norm dar, d.h. beim Menschenhandel hat die EU nur eine Kompetenz zur Schaffung harmonisierender Mindestvorschriften.⁵

Die originäre Strafrechtssetzungskompetenz der EU – unter Bindung an den Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 und 4 AEUV) – wird damit begründet, dass die bisherige Dritte Säule der EU, die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJJS), in die üblichen Entscheidungsstrukturen der neuen EU eingebettet worden ist. Der AEUV trifft aber deutlichere Aussagen über das Strafrecht als der vorherige EUV; die Vertragspartner waren sich der strafrechtlichen Dimension der Fragenstellungen vielfach bewusst, weshalb vieles dafür spricht, dass, wäre in den genannten Bereichen keine strafrechtliche Rechtssetzungskompetenz der EU gewünscht worden, dies ausdrücklich in den AEUV aufgenommen worden wäre. Entscheidend ist dabei, dass die im früheren Gemeinschaftsrecht enthaltenen strafrechtlichen Vorbehalte gestrichen wurden und in den Nachfolgevorschriften des AEUV daher nicht mehr auftauchen. Man findet heute nicht mehr die Formulierungen wie in etwa Art. 135 EGv a.F. (zum Zollwesen) und Art. 280 Abs. 4 EGv a.F. (Betrug zum Nachteil der EU), wonach „die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege von solchen Maßnahmen unberührt bleiben“, d.h. die strafrechtliche Gesetzgebungskompetenz war in diesen Bereichen den Mitgliedstaaten vorbehalten.⁶

Allerdings ist die supranationale Rechtssetzungskompetenz der EU auch im Lichte des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon⁷ zu definieren: Zwar lassen sich der Entscheidung keine unmittelbaren Aussagen zu diesem Komplex entnehmen. Der vom BVerfG aus Art. 23 Abs. 1 GG abgeleiteten „Integrationsverantwortung“⁸ ist der deutsche Gesetzgeber in Art. 325 Abs. 1, 33 AEUV aber gerecht geworden. Gleichwohl sind die Bestimmungen restriktiv zu interpretieren und insbesondere die bereits ange deuteten Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität zu beachten.⁹

2. Antwort

Der Corpus Juris von Florenz geht zurück auf den Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der EU, der 1995 bis 1996 – unter der Federführung von *Mireille Delmas-Marty* – von einer Gruppe europäischer Strafrechtslehrer

erarbeitet und 1997 veröffentlicht wurde.¹⁰ Von deutscher Seite waren daran die Strafrechtswissenschaftler *Klaus Tiedemann* und *Joachim Vogel* beteiligt. Auftraggeber war die EU-Kommission. Im Jahre 1999 wurde dieser Entwurf in einer Konferenz in Florenz überarbeitet, nachdem eine Folge studie zum Corpus Juris von der EU-Kommission in Auftrag gegeben worden war. Diese überarbeitete Fassung wird auch Corpus Juris 2000 oder Corpus Juris Florenz (CJF) genannt.¹¹

Der CJF enthält 39 Artikel. Im Besonderen Teil weist der der CJF 8 Straftatbestände zum Schutz des EU-Haushalts auf, nämlich die Betrugerei zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und gleichgestellte Delikte (Art. 1 CJF, Betrugerei bei der Erteilung von Aufträgen (Art. 2 CJF), Geldwäsche und Hehlerei (Art. 3 CJF), kriminelle Vereinigung (Art. 4 CJF), Bestechung und Bestechlichkeit (Art. 5 CJF), Amtspflichtverletzung (Art. 6 CJF), Amtsmissbrauch (Art. 7 CJF) und Bruch des Dienstgeheimnisses (Art. 8 CJF). Bemerkenswert am CJF ist auch dessen Allgemeiner Teil, der Regelungen zum Vorsatz, Irrtum, Versuch und zur strafrechtlichen Verantwortung von Management und juristischen Personen enthält.

3. Antwort

Der AEUV enthält Notbremseregelungen sowohl für das materielle wie formelle Strafrecht.¹²

a) Die Notbremse („emergency brake“) in Art. 83 Abs. 3 AEUV

In Art. 83 Abs. 3 AEUV wird den einzelnen Mitgliedstaaten ein Veto-Recht gegen Harmonisierungsvorschriften eingeräumt, sofern das Land grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt sieht. Im Konfliktfall wird das Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt und der Europäische Rat mit der Angelegenheit befasst. Sofern im Rat eine Einigkeit erzielt wird, kommt es zur Fortsetzung des Verfahrens. Falls keine Einigung zustande kommt, ist die Richtlinie gescheitert, oder um im Bild der Notbremse zu bleiben: Die „Lokomotive“ dieser „Gesetzgebungsfahrt“ bleibt endgültig stehen. Es können dann aber diejenigen Mitgliedstaaten, welche die Regelung wünschen, quasi „in einen anderen Zug steigen“, d.h. diese nach Maßgabe des Art. 83 Abs. 4 AEUV in ihren Ländern unter den Voraussetzungen der sog. verstärkten Zusammenarbeit (Art. 326 ff. AEUV) in Kraft setzen.

Umstritten ist, ob die Voraussetzungen des Verfahrens eher eng oder eher weit auszulegen sind. Einerseits müssen Missbräuche des Verfahrens verhindert werden; insbesondere dürfen durch ein solches Instrumentarium nicht sachfremde Ziele verfolgt werden, etwa die Erteilung der Zustimmung

⁵ Heger, ZIS 2009, 406 (416); Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (18).

⁶ Heger, ZIS 2009, 406 (415).

⁷ BVerfGE 123, 267

⁸ BVerfGE 123, 267 (352), Rn. 236.

⁹ Zimmermann, Jura 2009, 844 (851); beachte auch Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397 (401).

¹⁰ Ambos (Fn. 2), § 13 Rn. 24. Die deutsche Fassung des CJF, übersetzt von *Tonio Walter*, findet man im Internet unter http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/corpus/de.doc.

¹¹ Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 14 Rn. 30; Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 272; Vogel, GA 2002, 517 (533).

¹² Vgl. Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (20); Zimmermann, Jura 2009, 844 (848).

zur strafrechtlichen Regelung mit der Erfüllung sachfremder finanzieller Forderungen verknüpft werden. Andererseits muss den einzelnen Mitgliedstaaten ein nicht zu enger (europarechtlich nicht justiziabler) Beurteilungsspielraum belassen werden.¹³ Eine Kontrolle des Emergency Brake-Verfahrens durch den EuGH muss es naturgemäß geben,¹⁴ sich aber auf Missbrauchsfälle beschränken. Diskutiert wird auch, ob das Notbremseverfahren des Art. 83 Abs. 3 AEUV analog auf den Erlass supranationaler Straftatbestände (vgl. die 1. Frage der Klausur) angewandt werden kann.¹⁵

b) Notbremseverfahren im formellen Strafrecht

Weitere Notbremseverfahren sind bei der Harmonisierung von Verfahrensnormen (Art. 82 Abs. 3 AEUV), bei der Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 86 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV) sowie bei der operativen Zusammenarbeit von bestimmten Sicherheitsbehörden (Art. 87 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV) vorgesehen.

4. Antwort

Die im Rahmen der (früheren) dritten Säule erlassenen Rahmenbeschlüsse entfalteten an sich – anders als Richtlinien – keine unmittelbare Wirkung (Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV a.F.), weshalb von ihnen auch – anders als von Richtlinien – keine Neutralisierungswirkung ausgehen konnte.¹⁶ Gleichwohl hatte der EuGH in seiner Maria Pupino-Entscheidung¹⁷ die Rahmenbeschlüsse den Richtlinien weitgehend gleichgestellt. Rahmenbeschlüsse besäßen einen „zwingenden Charakter“.¹⁸ Der Grundsatz gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung sei auch auf Rahmenbeschlüsse anzuwenden. Soweit das vorliegende Gericht nationales Recht auszulegen habe, müsse es seine Auslegung so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck des Rahmenbeschlusses ausrichten, um das mit ihm angestrebte Ergebnis zu erreichen. Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gelte auch in der dritten Säule. Bei der Umsetzung und Interpretation des Rahmenbeschlusses sei jedoch den Besonderheiten der nationalen Rechtsordnung Rechnung zu tragen. Das Wegweisende dieser Entscheidung war, dass

der Gerichtshof erstmals die europarechtskonforme Auslegung aus dem supranationalen Bereich herauslöste und sie auf intergouvernementale Handlungsformen, namentlich die Rahmenbeschlüsse in der dritten Säule (PJZS), ausdehnte. Dies bedeutete zugleich eine Stärkung der (damaligen) dritten Säule und deren Handlungsformen. Die Rahmenbeschlüsse und rahmenbeschlusskonforme Interpretation werden übrigens auch künftig von Bedeutung sein, obwohl seit dem Vertrag von Lissabon als Rechtsakte der EU nur noch die Verordnung und Richtlinie vorgesehen sind (Art. 288 AEUV UAbs. 2, 3): Rahmenbeschlüsse behalten weiterhin ihre Gültigkeit.¹⁹

Die EuGH-Entscheidung betraf die italienische Kindergärtnerin Maria Pupino, die mehrere ihr anvertraute Kinder geschlagen und bedroht hatte. Ein Antrag der Staatsanwaltschaft, ein bestimmtes Verfahren zum Zeugenschutz der misshandelten Kinder anzuwenden (etwa keine Vernehmung der Kinder in der Verhandlung), hätte an sich abgelehnt werden müssen, da die italienische Strafprozessordnung zwar für Opfer von Sexualdelikten und Gewaltdelikten mit sexuellem Bezug, nicht aber für minderjährige Opfer von Misshandlungen entsprechende Schutzmaßnahmen vorsah. Der für die Entscheidung zuständige Ermittlungsrichter in Florenz war jedoch der Ansicht, dass die maßgeblichen Bestimmungen nicht mit den europarechtlichen Vorgaben eines Rahmenbeschlusses über die Stellung des Opfers im Strafverfahren²⁰ übereinstimmen würden, setzte das Verfahren aus und ersuchte den EuGH um eine Entscheidung. Dieser entschied daraufhin, dass die italienische StPO rahmenbeschlusskonform auszulegen sei, d. h. das italienische Gericht die Möglichkeit haben muss, Kleinkindern, die – wie im Ausgangsverfahren – nach ihren Angaben Opfer von Misshandlungen geworden sind, zu erlauben, unter Modalitäten auszusagen, die ihnen einen angemessenen Schutz bieten.

5. Antwort

Das Gebot unionsrechtskonformer Interpretation²¹ bedeutet, dass bei der Auslegung nationalen Rechts unter mehreren vertretbaren Auslegungsvarianten diejenige zu bevorzugen ist, die dem Unionsrecht am besten gerecht wird, sofern das nationale Recht einen Beurteilungsspielraum eröffnet, der eine Berücksichtigung des Unionsrechts erlaubt.²² Es erstreckt sich zum einen auf nationales Recht, das etwa eine Richtlinie oder einen Rahmenbeschluss umsetzt. Aber auch das sonstige nationale Recht ist unionsrechtskonform auszu-

¹³ Satzger (Fn. 1), § 9 Rn. 48.

¹⁴ Zur Anwendung des Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 258 ff. AEUV) in solchen Fällen vgl. Zimmermann, Jura 2009, 844 (848).

¹⁵ Verneinend Satzger (Fn. 1), § 9 Rn. 51.

¹⁶ Art. 249 UAbs. 2 EUV a.F.: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“ – Art. 34 Abs. 2 EUV a.F.: „Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Sie sind nicht unmittelbar wirksam.“

¹⁷ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03 („Maria Pupino“) = NJW 2005, 2839.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – Rs. C-105/03 („Maria Pupino“), Rn. 49, 50.

¹⁹ Satzger (Fn. 1), § 9 Rn. 33, unter Verweis auf Art. 9 des Protokolls Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon.

²⁰ Rahmenbeschluss 2001/220/JI vom 15. März 2001 (ABl. L 82, S. 1).

²¹ Vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, mit dem die Europäische Gemeinschaft aufgelöst wurde, hieß diese Auslegungsmethode naturgemäß „gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation“, zuweilen verkürzt „richtlinienkonforme Interpretation“.

²² EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – Rs. C-14/83 („Von Colson und Kamann“) = EuGHE 1984, 1891.

legen, selbst wenn es sich um nationale Vorschriften handeln sollte, die vor oder unabhängig vom Erlass des europäischen Rechtsakts ergangen sind.

Mit dieser Interpretationsmethode wird zum einen verhindert, dass nationales Recht mit dem Unionsrecht kollidiert und so deutsches Recht neutralisiert wird. Zum anderen werden die objektive Wirkung und eine gleichmäßige Rechtsanwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten gewährleistet.²³ Die Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung folgt aus dem Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV. Aus ihm wird abgeleitet, dass die Mitgliedstaaten und die Träger der öffentlichen Gewalt die Aufgabe besitzen, für eine einheitliche Anwendung des EU-Rechts im innerstaatlichen Bereich zu sorgen.²⁴

Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Interpretation besteht aber nur bei denjenigen Fällen, in denen die deutsche Norm überhaupt einen Spielraum für die Einbeziehung europäischen Rechts lässt. Zudem bleiben auch der Wortlaut der Norm, der Wille des Gesetzgebers, der systematische Zusammenhang und die Vorgaben des Grundgesetzes sowie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts (wie etwa Rechtsicherheit und Rückwirkungsverbot)²⁵ auch bei der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verbindlich. Insbesondere darf eine Strafvorschrift nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden, nur um dadurch einem unionsrechtlichen Rechtsakt zur Durchsetzung zu verhelfen. Insofern kann nach h.M. nicht von einem absoluten, sondern nur von einem „relativen Vorrang“ (*Ambos*) des Gemeinschaftsrechts ausgegangen werden.²⁶

Beispiele aus der BGH-Rechtsprechung sind etwa die *Pyrolyse-Entscheidung*²⁷, in der für die Bestimmung des strafrechtlichen Abfallbegriffs EuGH-Entscheidungen zu abfallbezogenen Richtlinien der EG vom BGH in einer strafbarkeitsausdehnenden Weise herangezogen wurden, die *E 101-Entscheidung*²⁸, in der vom BGH die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen § 266a StGB aufgrund europarechtlicher Vorgaben verneint wurde, oder die *Dornier-Entscheidung*²⁹, in der mittels einer richtlinienkonformen Interpretation vom Schrifttum entwickelte strafbarkeitsbeschränkende Interpretationsansätze bei § 261 StGB verworfen wurden.

6. Antwort

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wurde von der EU-Kommission zunächst für den Bereich des Zivilverfahrensrechts entwickelt, um den Binnenmarkt zu unterstützen und die Verkehrsfähigkeit von Produkten auf dem europäischen Markt sicherzustellen. Es wurde später auf das Straf- und Strafverfahrensrecht übertragen und bedeutet auch hier,

dass die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig ergangene justizielle Entscheidung in jedem anderen Mitgliedstaat als solche anerkannt werden muss.

Der EuGH hat dies in seiner Entscheidung „*Gözütok und Brügger*“³⁰ im Zusammenhang des Strafklageverbrauchs und des Verbots der Doppelbestrafung im Rahmen von Art. 54 Schengener Durchführungsverordnung wie folgt formuliert: „[...] dass ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme besteht und dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung des in den anderen Mitgliedstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert, auch wenn die Anwendung seines eigenen nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis führen würde.“³¹

Mit diesem „zentralen Strukturprinzip des Europäischen Strafrechts“ (*Hecker*)³² werden die Ziele verfolgt, zeitaufwändige Hindernisse zu beseitigen, die sonst im Rechtshilferecht bestehen, und damit eine effektive grenzüberschreitende Strafverfolgung zu ermöglichen. „So wie die Freizügigkeitsrechte den Kriminellen den problemlosen Grenzüberschritt ermöglichen, so soll das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung den Nachteil der Strafverfolger, grundsätzlich an die nationalen Grenzen gebunden zu sein, ausgleichen und den Weg zu einem echten europäischen Rechtsraum öffnen“ (*Satzger*).³³

Primärrechtlich wurde das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung erst im Vertrag von Lissabon verankert. Die hierfür maßgebliche Bestimmung findet sich in Art. 82 AEUV, dessen Abs. 1 lautet: „Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen.“ Zuvor gab es nur (im Übrigen weiterhin gültige) Rahmenbeschlüsse, in denen dieses Prinzip – damit allerdings nur sekundärrechtlich – anerkannt war. Für den strafrechtlichen Normenbereich stellte – auf der sekundärrechtlichen Ebene – der EU-Rahmenbeschluss über den Haftbefehl die erste konkrete Verwirklichung dieses Prinzips dar.³⁴ Auf der nationalen Ebene bildete die entsprechende Umsetzung durch das deutsche Gesetz zum europäischen Haftbefehl in §§ 83 ff. IRG ebenfalls die erste Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in Gesetzesform.³⁵ Es wurde allerdings vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt;³⁶ das daraufhin ergangene neue Haftbefehlsgesetz trägt den Bedenken der Verfassungsrichter Rechnung.³⁷ Die bis 2011 in die nationale Rechtsordnung zu implementierende Europäi-

²³ *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 1.

²⁴ *Satzger* (Fn. 1), § 9 Rn. 88.

²⁵ EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – Rs. C-80/86 („*Kolpinghuis Niimegen BV*“) = EuGHE 1987, 3969.

²⁶ *Ambos* (Fn. 2), § 11 Rn. 46; *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 34 ff.; *Satzger* (Fn. 1) § 9 Rn. 89.

²⁷ BGHSt 37, 333.

²⁸ BGHSt 51, 124.

²⁹ BGHSt 50, 347.

³⁰ EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – Rs. C-187/01 („*Gözütok und Brügger*“) = NJW 2003, 1173.

³¹ EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – Rs. C-187/01 („*Gözütok und Brügger*“), Rn. 33.

³² *Eser/Hecker* (Fn. 2), Vorbem. § 1 Rn. 27.

³³ *Satzger* (Fn. 1), § 10 Rn. 24.

³⁴ *Satzger* (Fn. 1), § 10 Rn. 26.

³⁵ *Ambos* (Fn. 2), § 12 Rn. 44 ff.

³⁶ BVerfGE 113, 273.

³⁷ Vgl. *Böhm*, NJW 2006, 2592 (2593).

sche Beweisanordnung³⁸ wäre ebenfalls eine Ausprägung dieses Prinzips.

7. Antwort

Das Vorabentscheidungsverfahren ist das praktisch bedeutendste Verfahren vor dem EuGH. Es ist in Art. 267 AEUV geregelt. Ziel des Vorabentscheidungsverfahrens ist die Sicherstellung der Anwendung des Gemeinschaftsrechts sowie die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten. Das Vorabentscheidungsverfahren stellt das „prozessuale Bindeglied“ (*Hecker*) in Gestalt einer gerichtlichen Kooperation zwischen dem nationalen Gericht und dem EuGH dar, mittels derer dem nationalen Gericht bei der Entscheidung in Form einer verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH geholfen wird.³⁹

Stellt sich die europarechtliche Fragestellung vor einem Gericht letzter Instanz, besteht für dieses die Pflicht, den EuGH anzurufen (Art. 267 Abs. 3 AEUV); bei einem Gerichtsverfahren vor einem Gericht erster Instanz ist dies kein „Muss“, aber ein „Kann“ (Art. 267 Abs. 2 AEUV). Die Gegenstände des Vorabentscheidungsverfahrens sind nach Art. 267 UAbs. 1 lit. a und b AEUV entweder die Auslegung der Verträge oder die Gültigkeit der Auslegung und Handlungen der Institutionen und Organe der EU (vor allem also des Sekundärrechts, d.h. die Vereinbarkeit des Sekundärrechts mit dem Primärrecht). Entscheidungen, in denen der BGH eine europarechtliche Rechtsfrage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, betreffen etwa Fragen des Umsatzsteuerkarussells⁴⁰ oder des Strafklageverbrauchs nach Art. 54 SDÜ⁴¹.

8. Antwort

Es ist zu entscheiden, ob die Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft dazu führen kann, dass die von D in Spanien begangene Tat von den spanischen Behörden nicht mehr verfolgt und geahndet werden darf, d.h. ob die staatsanwaltliche Einstellung in Würzburg einer „rechtskräftigen Aburteilung“ i.S.d. Art. 54 SDÜ gleichkommt, so dass das Verbot des *ne bis in idem* eingreift. Das SDÜ ist deshalb einschlägig, weil Spanien diesem Übereinkommen beigetreten ist, zu dessen Unterzeichnerstaaten Deutschland gehört.

Das Doppelbestrafungsverbot (*ne bis in idem*) aus Art. 54 SDÜ hat folgende drei Voraussetzungen:

a) Rechtskräftige Verurteilung

Es genügt hierfür nach Ansicht des EuGH, wenn es sich um eine verfahrensbeendende Entscheidung einer zur Straf-

rechtspflege berufenen Behörde handelt. Dieser Entscheidung muss Ahndungswirkung zukommen, und die Strafklage muss nach nationalem Recht endgültig verbraucht sein.⁴²

Der EuGH hat dies auch für eine Verfahrenseinstellung nach § 153a Abs. 1 i.V.m. § 153 Abs. 1 S. 2 StPO bejaht.⁴³ Sofern dieses Verfahren zum endgültigen Strafklageverbrauch führe (so in Deutschland bei einer Verfahrenseinstellung nach § 153a Abs. 1 StPO, falls sich die Tat später nicht als Verbrechen erweist, § 153a Abs. 3 S. 5 StPO), darf die Tat nicht (anderweitig) nochmals strafrechtlich verfolgt werden. Dass es sich dabei um ein staatsanwaltschaftliches Verfahren ohne Mitwirkung eines Richters gehandelt hat, seien nur „verfahrensrechtliche und formale Gesichtspunkte“, die keine Wirkungen auf den Strafklageverbrauch hätten.⁴⁴

Das Strafverfahren gegen D wurde ebenfalls nach § 153a Abs. 1 StPO eingestellt. Darin liegt somit eine rechtskräftige Verurteilung.

b) Dieselbe Tat

Während in der StPO darauf abgestellt wird, ob sich die Anklage auf ein einheitliches geschichtliches Vorkommnis erstreckt, bestimmt der EuGH den Begriff derselben Tat eigenständig, nähert sich dabei in der Sache aber weitgehend dem Tatbegriff des deutschen Strafverfahrens an,⁴⁵ wenn er das Geschehen „als Komplex von Tatsachen darstellt, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind“⁴⁶. Da es hier nur um einen geschichtlichen Vorgang geht – den Diebstahl der Uhr am 1.9.2009 in Palma –, liegt dieselbe Tat vor.

c) Vollstreckungselement

Die Strafe ist vollstreckt, wenn die Vollstreckung abgeschlossen ist, also eine Freiheitsstrafe verbüßt, eine Bewährung beendet oder eine Geldstrafe bezahlt ist. Dies ist auch der Fall, wenn die Auflage einer Geldzahlung nach § 153a StPO erfüllt wird. A hat die 500 EUR gezahlt. Damit ist auch die dritte Voraussetzung des Doppelbestrafungsverbots nach Art. 54 SDÜ erfüllt.

d) Ergebnis

D darf in Spanien nicht wegen des Diebstahls der Uhr verfolgt werden.

³⁸ Zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedsstaat“ vgl. *Ambos* ZIS 2010, 557; *Brodowski*, ZIS 2010 376 (383); *Busemann*, ZIS 2010, 552 (553); *Schierholt*, ZIS 2010, 567.

³⁹ *Hecker* (Fn. 11), § 6 Rn. 3.

⁴⁰ BGH wistra 2009, 441.

⁴¹ BGH NSTZ 2006, 106.

⁴² EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – Rs. C-187/01 („Gözütok und Brügge“) = NJW 2003, 1173; *Vogel/Norouzi*, JuS 2003, 1059 (1061). Zur im Schrifttum sehr kontrovers diskutierten Frage, wann eine rechtskräftige Verurteilung vorliegt, vgl. nur *Ambos* (Fn. 2), § 12 Rn. 42 ff. m.w.N.

⁴³ EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – Rs. C-187/01, Rn. 22, 48.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – Rs. C-187/01, Rn. 31.

⁴⁵ *Satzger* (Fn. 1), § 10 Rn. 77; zum Tatbegriff in der StPO vgl. etwa *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 512.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – Rs. C-436/04 („van Esbroeck“) = NJW 2006, 1781.

Übungsfall: Grundstücksgeschäfte mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Von Wiss. Mitarbeiter **Dr. Christoph Schreiber**, Kiel*

Im Mittelpunkt des Falls steht die neue Regelung des § 899a BGB.¹ Diese Vorschrift verknüpft das Gesellschaftsrecht mit dem allgemeinen Grundstücksrecht und ermöglicht eine Kombination von prüfungsträchtigen gesellschafts- und immobilienrechtlichen Problemen. Die Aufgabe wurde vom Verf. im Sommersemester 2010 im Rahmen des Examenübungs-klausurenkurses der Universität Kiel gestellt.

Sachverhalt

An dem Grundstück des X wird am 1.10.2009 für die G-GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A, B und C, ordnungsgemäß eine Grundschuld eingetragen. Im Grundbuch wird als Inhaber der Grundschuld die „G-GbR bestehend aus A, B und C“ bezeichnet. Am 1.11.2009 tritt der Gesellschafter D an die Stelle des C, welcher zum gleichen Tag aus der G-GbR ausscheidet. Davon hat X keine Kenntnis. Als dessen finanzielle Schwierigkeiten wachsen, entschließt er sich, das Grundstück an die G-GbR zu veräußern. Mit notariellem Kaufvertrag verkauft X sodann am 1.12.2009 das Grundstück an die G-GbR, die sich aus ungeklärten Gründen von A, B und C vertreten lässt. Bei den Verhandlungen vor dem Notar legen A, B und C die Gesellschaftsvertragsurkunde vor, aus der sich die Gesellschafterstellung des C ergibt. In der Kaufvertragsurkunde lässt X das Grundstück zugleich an die G-GbR auf. Die G-GbR wird als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen (Wortlaut: „G-GbR bestehend aus A, B und C“).

A, B und C übertragen die Grundschuld alsdann im Namen der G-GbR zur Sicherung eines der G-GbR von der K-Bank gewährten Kredits an die K-Bank, die als neue Grundschuldinhaberin eingetragen wird. Der neue Gesellschafter D erfährt von den Geschäften zunächst nichts.

Am 1.1.2010 erlangt X Kenntnis von dem Gesellschafterwechsel. Er sucht D auf und schildert ihm die Vorfälle. D fühlt sich übergangen und erklärt gegenüber X, das Grundstück „nicht haben zu wollen“. Dem widerspricht X unter Hinweis auf seine Unkenntnis von dem Gesellschafterwechsel zwischen C und D. Ferner ist D der Auffassung, dass die Grundschuld nicht ohne sein Mitwirken hätte weitergegeben werden dürfen.

D und X fragen, ob sie eine Berichtigung des Grundbuchs erreichen können. D will zudem „auf dem schnellsten Weg“ verhindern, dass A, B und C im Namen der G-GbR weitere Grundstücksgeschäfte vornehmen. Die K-Bank geht davon aus, dass sie die Grundschuld wirksam erworben hat. Sie möchte aber wissen, ob ihr die Grundschuld auch dauerhaft zusteht.

Wie ist die Rechtslage?

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht einschließlich Wirtschaftsstrafrecht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Lehrstuhl Prof. Dr. Michael Fischer).

Lösungsvorschlag

I. Ansprüche des D gegen die G-GbR

1. Anspruch aus § 894 BGB

a) Unrichtigkeit des Grundbuchs

D könnte einen Anspruch gegen die G-GbR auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 BGB haben. Der sog. Grundbuchberichtigungsanspruch² setzt zunächst die Unrichtigkeit des Grundbuchs voraus: Der Inhalt des Grundbuchs muss von der materiellen Rechtslage abweichen. Als Eigentümerin des Grundstücks ist die G-GbR eingetragen. Ob die Eintragung mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt, hängt davon ab, ob die G-GbR das Eigentum gem. §§ 873 Abs. 1, 925 BGB wirksam von X erworben hat. Nur wenn dies nicht der Fall ist, besteht eine Unrichtigkeit des Grundbuchs i.S.d. § 894 BGB.

Zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück bedarf es gem. § 873 Abs. 1 BGB der Einigung der Parteien. Sie muss in der Form des § 925 BGB erfolgen (Auflassung). X hat das Grundstück am 1.12.2009 vor dem Notar an die G-GbR aufgelassen. Eine Einigung ist daher zustande gekommen. Fraglich ist indessen deren Wirksamkeit gegenüber der G-GbR. Problematisch ist nämlich, ob die G-GbR gem. § 164 Abs. 1 BGB wirksam vertreten worden ist. Die Zurechnung einer Willenserklärung erfordert insbesondere die Vertretungsmacht des Erklärenden. Zur Vertretung der BGB-Gesellschaft sind nach dem Grundsatz der Gesamtvertretung gem. §§ 714 Abs. 1, 709 BGB die Gesellschafter gemeinschaftlich berechtigt. C war zum Zeitpunkt der Auflassung nicht mehr Gesellschafter, während der eingetretene Gesellschafter D an dem Geschäft nicht beteiligt war. Grundsätzlich führt dies dazu, dass der Vertrag zunächst schwebend unwirksam und nach der Verweigerung der Genehmigung durch Gesellschafter D endgültig unwirksam geworden ist (§ 177 Abs. 1 BGB).

Fraglich ist jedoch, ob die Vertretungsmacht des C aus § 172 Abs. 1 (analog) BGB hergeleitet werden kann, weil C bei den Vertragsverhandlungen die Gesellschaftsvertragsurkunde vorgelegt hat. Eine direkte Anwendung setzt voraus, dass die Gesellschaftsvertragsurkunde eine Vollmachtsurkunde i.S.d. § 172 Abs. 1 BGB ist. Das ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Urkunde – wie hier – nur auf den Gesellschafterbestand schließen lässt, nicht aber eine ausdrückliche Anordnung hinsichtlich der Vollmachten trifft. Daher kommt nur ein Analogieschluss in Betracht.³ Dieser setzt eine

¹ Zu § 899a BGB siehe bereits *Schürnbrand/Weiß*, ZJS 2009, 607.

² Der Anspruch ist auf Erklärung der Eintragungsbewilligung i.S.d. § 19 GBO gerichtet. Das rechtskräftige Urteil ersetzt gem. § 894 S. 1 ZPO die Bewilligungserklärung.

³ So im Ergebnis *Heßeler/Kleinhens*, NZG 2007, 250 (251); *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (661).

planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes⁴ und eine vergleichbare Bewertungslage⁵ voraus. Zweifel bestehen an der vergleichbaren Bewertungslage. Denn eine Gesellschaftsvertragsurkunde betrifft von ihrer Funktion her gesellschaftsinterne Angelegenheiten; dies hat mit der Vollmachtsurkunde i.S.d. § 172 Abs. 1 BGB nichts gemein, weil diese geschaffen wird, um Wirkungen nach außen zu entfalten. Mangels Vergleichbarkeit der Bewertungslagen scheidet eine analoge Anwendung des § 172 Abs. 1 BGB somit aus.⁶

Jedoch könnte die Gutgläubensvorschrift des neuen⁷ § 899a S. 2 BGB über das Fehlen der Vertretungsmacht hinweghelfen. Danach gelten §§ 892 ff. BGB bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend und gelangt auch § 892 Abs. 1 S. 1 BGB zur Anwendung. Maßgeblich ist also, wer im Grundbuch als Gesellschafter eingetragen ist. Dass die „G-GbR bestehend aus A, B und C“ eingetragen ist, spricht auf den ersten Blick für die Anwendbarkeit des § 899a S. 2 BGB. Indessen knüpft der Gutgläubensschutz des § 899a S. 2 BGB an Satz 1 der Vorschrift an.⁸ § 899a S. 1 BGB gilt aber nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“. Daraus kann geschlossen werden, dass die GbR bereits als Berechtigte eingetragen sein muss, damit § 899a S. 2 BGB zur Anwendung gelangt.⁹ Denn der öffentliche Glaube ist grundbuchbezogen. Hier geht es um das Eigentum an dem Grundstück. Die GbR war mitsamt ihrer Gesellschafter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Dies war vielmehr X. § 899a S. 2 BGB findet also bis hierher keine Anwendung.

Die Anwendbarkeit des § 899a S. 2 BGB könnte indessen daraus folgen, dass die G-GbR zwar nicht als Eigentümerin, wohl aber als Grundschuldinhaberin im Grundbuch eingetragen war. Immerhin kann der Grundstücksinhaber, der hier zudem mit dem Schuldner des Grundpfandrechts identisch ist, aus dem Grundbuch die Gesellschafterstellung seiner Vertragsparteien ersehen. Auch insoweit spricht der einschränkende Wortlaut des § 899a S. 1 BGB („in Ansehung

des eingetragenen Rechts“) aber gegen eine Anwendung der Norm.¹⁰ Die Gesetzesmaterialien verweisen gleichermaßen darauf, dass das Grundbuch nicht die Funktion eines allgemeinen Gesellschaftsregisters haben soll.¹¹ Damit bleibt es dabei, dass § 899a S. 2 BGB auf den Ersterwerb eines Grundstücks durch die G-GbR nicht anwendbar ist.

Die G-GbR ist also nicht wirksam vertreten worden. Die Auflassung ist gem. § 177 Abs. 1 BGB unwirksam und das Grundbuch ist unrichtig.

b) Aktivlegitimation des D

D müsste ferner legitimiert sein, die Unrichtigkeit des Grundbuchs geltend zu machen. Gläubiger ist nicht etwa jeder, der ein Interesse an der Berichtigung hat, sondern nur der wirkliche, beeinträchtigte Inhaber des nicht richtig eingetragenen Rechts.¹² Nicht richtig eingetragen ist das Eigentum. Eigentümer ist hingegen nicht D, sondern X. Es fehlt daher die Aktivlegitimation des D.

Hinweis: Vertretbar ist es auch, die Aktivlegitimation vor der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu prüfen. Die Eigentumsübertragung wäre alsdann unter IV. 1. zu behandeln.

c) Ergebnis

D hat keinen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gegen die G-GbR aus § 894 BGB.

2. Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des D gegen die G-GbR aus § 823 Abs. 1 BGB, der im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB ebenfalls auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gerichtet sein kann, scheidet aus. Denn D ist in keinem Recht oder Rechtsgut i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB verletzt. Insbesondere ist nicht sein Eigentum, sondern das Eigentum des X betroffen.

3. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Auch ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung steht D nicht zu. Zwar hat die G-GbR die Eintragung als Eigentümerin erlangt. Dies geschah jedoch durch Leistung des X, so dass sich wegen des Vorrangs der Leistungsbeziehung¹³ ein Rückgriff auf die Eingriffskondition verbietet.

⁴ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 16, 31 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 373; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 194.

⁵ *Larenz* (Fn. 4), S. 381 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 4), S. 202 f.

⁶ *Heil*, NJW 2002, 2158; *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 172 Rn. 1; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3635; *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 172 Rn. 3; *Schürnbrand/Weiß*, ZJS 2009, 607 (612); für eine analoge Anwendung hingegen *Heßeler/Kleinhens*, NZG 2007, 250 (251); *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (661) m.w.N. in Fn. 48.

⁷ Eingeführt durch Art. 4 Abs. 10 Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) v. 11.8.2009, BGBl. I 2009, S. 2713; in Kraft seit dem 18.8.2009.

⁸ BT-Drs. 16/13437, S. 26.

⁹ Etwa *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (660); *Miras*, DStR 2010, 604 (608); *Schürnbrand/Weiß*, ZJS 2009, 607 (612).

¹⁰ *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169 (178); *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (660); *Miras*, DStR 2010, 604 (608).

¹¹ BT-Drs. 16/13437, S. 26.

¹² RGZ 53, 408 (410); *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 894 Rn. 67; *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 894 Rn. 20.

¹³ Der Vorrang der Leistungsbeziehung wird z.B. bejaht von BGHZ 40, 272 (278); 56, 229 (240); 69, 186 (189); *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 10 II 3 (S. 406 f.); *Schulze*, in: Handkommentar zum BGB, 6. Aufl. 2009, Vor §§ 812-822 Rn. 4; dagegen etwa *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 216 m.w.N. in Fn. 34.

4. Ergebnis

D hat keinen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gegen die G-GbR.

II. Eintragung eines Widerspruchs zugunsten des D

D will verhindern, dass A, B und C im Namen der G-GbR weitere Grundstücksgeschäfte tätigen. Dieses Ziel kann er gem. § 899 Abs. 2 BGB, der von der Verweisung in § 899a S. 2 BGB erfasst ist, im Wege der einstweiligen Verfügung erreichen, wenn die Voraussetzungen des § 899 Abs. 1 BGB vorliegen. Der eingetragene Widerspruch zerstört jeden guten Glauben (§ 892 Abs. 1 S. 1 BGB) und steht damit einer Eigentumsübertragung entgegen.

Nach § 899 Abs. 1 BGB kann in den Fällen des § 894 BGB ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden. Dies wirft die Frage auf, ob D gegen die G-GbR oder gegen die eingetragenen Gesellschafter einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB hat. Hier geht es nicht wie oben¹⁴ um das Eigentum, sondern um die Gesellschafterstellung des D. Vor Inkrafttreten des § 899a BGB war spätestens seit der Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR durch den BGH¹⁵ unklar, ob das Grundbuch durch einen Gesellschafterwechsel unrichtig wurde. Denn nach dieser Rechtsprechung war die GbR als solche in ihrer Eigenschaft als grundbuchfähige Rechtsträgerin im Grundbuch einzutragen. Nunmehr macht § 899a BGB die Eintragung der Gesellschafter materiellrechtlich¹⁶ wieder¹⁷ zum Inhalt des Grundbuchs.¹⁸ D ist durch die Abtretung der Gesellschaftsanteile des C an ihn gem. §§ 413, 398 BGB Gesellschafter der G-GbR geworden, jedoch im Grundbuch nicht eingetragen. Das Grundbuch ist demnach unrichtig.

D kann den Anspruch aus § 894 BGB geltend machen, weil sich seine Gesellschafterstellung nicht aus dem Grundbuch ergibt. Fraglich ist indessen, wer der richtige Anspruchsgegner ist. Davon hängt es ab, gegen wen D den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung richten muss. Gem. § 894 BGB besteht der Berichtigungsanspruch gegenüber demjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird. Anspruchsgegner ist derjenige, dessen grundbuchmäßige Position beseitigt oder geschmälert werden soll¹⁹ und dessen Mitwirkung daher (§ 19 GBO) bei der Grundbuchbe-

richtigung erforderlich ist.²⁰ Als Betroffene kommen sowohl die G-GbR als auch der ehemalige Gesellschafter C und die verbleibenden Gesellschafter A und B in Betracht. Für die Passivlegitimation des C spricht, dass die Grundbuchberichtigung seine eingetragene Gesellschafterstellung berührt, da diese wegfällt. Rechte der G-GbR werden dadurch nicht betroffen, denn ihr Bestand bleibt unberührt. Lediglich der Gesellschafterbestand ändert sich ausweislich des Grundbuchs. Dies macht zwar die GbR als solche nicht zur Buchberechtigten.²¹ Jedoch müssen auch die übrigen Gesellschafter die Eintragung bewilligen.²² Denn der Mitgliederwechsel stellt einen Eingriff in die Rechtssphäre der Gesellschafter dar,²³ weil die Änderung des Gesellschafterbestands sich auf die Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander auswirkt. So wie materiellrechtlich die Abtretung des Gesellschaftsanteils bei fehlender Zulassung durch den Gesellschaftsvertrag der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf²⁴, müssen diese im Grundbuchverfahren gleichermaßen beteiligt werden. Gegner des Grundbuchberichtigungsanspruchs sind also sowohl C als auch A und B.

D hat einen Anspruch gegen A, B und C auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB. Daher liegen die Voraussetzungen des § 899 Abs. 1 BGB vor. D kann gem. § 899 Abs. 2 BGB durch einstweilige Verfügung die Eintragung des Widerspruchs erreichen.²⁵

III. Ansprüche des D gegen die K-Bank

1. Anspruch aus § 894 BGB

Der Grundbuchberichtigungsanspruch des D gegen die K-Bank kann nur dann bestehen, wenn das Grundbuch unrichtig ist. Als Inhaberin der Grundschuld ist die K-Bank im Grundbuch eingetragen. Materiellrechtlich stand die Grundschuld zunächst der G-GbR zu. Diese könnte die Grundschuld an die K-Bank übertragen haben. Die Übertragung der Grundschuld setzt gem. §§ 1192, 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 BGB die Einigung, die Eintragung, das Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung und die Berechtigung des Verfügenden voraus. Zur Wirksamkeit der Einigung ihr gegenüber müsste die G-GbR

¹⁴ S. unter I. 1.

¹⁵ BGHZ 179, 102.

¹⁶ S. auch die zeitgleich mit § 899a BGB in Kraft getretene, flankierende Verfahrensvorschrift des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO, wonach auch die Gesellschafter im Grundbuch einzutragen sind.

¹⁷ Kritisch dazu *Scherer*, NJW 2009, 3063: „erhebliche[r] Rückschritt“.

¹⁸ Konsequenz ist es daher, dass § 899a S. 2 BGB auch auf § 894 BGB verweist.

¹⁹ BGHZ 132, 245 (249); *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 894 Rn. 7; *Gursky* (Fn. 12), § 894 Rn. 96; *Kohler* (Fn. 12), § 894 Rn. 29.

²⁰ *Bassenge* (Fn. 19), § 894 Rn. 7; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 18 Rn. 35; *A. Lorenz*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 894 Rn. 23; *Staudinger*, in: Handkommentar zum BGB, 6. Aufl. 2009, § 894 Rn. 7.

²¹ *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (665 f.).

²² *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (665 f.); *Schöner/Stöber* (Fn. 6), Rn. 982 f.; a.A. *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85 (90).

²³ BGHZ 13, 179 (186).

²⁴ BGHZ 13, 179 (186); 24, 106 (114); 77, 392 (394 f.); 98, 48 (50); *Saenger*, in: Handkommentar zum BGB, 6. Aufl. 2009, § 719 Rn. 9; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 45 III (S. 1323); *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 719 Rn. 6.

²⁵ Im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist gem. § 899 Abs. 2 S. 2 BGB entgegen der Regel der §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO der Verfügungsgrund nicht glaubhaft zu machen, so dass es schon einer Darlegung der Anspruchsfähigkeit nicht bedarf.

gem. § 164 Abs. 1 BGB durch A, B und C vertreten worden sein. Die mangels Gesellschafterstellung fehlende Vertretungsmacht des C (§§ 714 Abs. 1, 709 BGB) wird durch die Vorschrift des § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB überwunden. Die Beschränkung der Norm, wonach der Gutgläubensschutz nur im Hinblick auf das eingetragene Recht gilt, bereitet hier keine Probleme, weil die G-GbR als Grundschuldinhaberin im Grundbuch eingetragen war. Aus dem Grundbuch ergab sich zudem die Gesellschafterstellung des C, und positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs hatte die K-Bank nicht. Daher ist zwischen der K-Bank und der G-GbR eine wirksame Einigung zustande gekommen.

Auch die übrigen Voraussetzungen der §§ 1192, 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 BGB liegen vor. Die K-Bank ist als neue Grundschuldinhaberin eingetragen worden, zum Zeitpunkt der Eintragung bestand die Einigung fort und die G-GbR war als Rechtsinhaberin verfügungsbefugt. Folglich ist die Grundschuld auf die K-Bank übergegangen. Das Grundbuch ist nicht unrichtig i.S.d. § 894 BGB.

D hat keinen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gegen die K-Bank aus § 894 BGB.

2. Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Ein Grundbuchberichtigungsanspruch des D gegen die K-Bank lässt sich auch nicht auf § 823 Abs. 1 BGB stützen. Die Grundschuld stand der GbR zu und stellt daher kein sonstiges Recht des D i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB dar.

3. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Ein Anspruch des D gegen die K-Bank aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB scheidet ebenfalls aus. Es fehlt an einem Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts des D, denn nicht er, sondern die G-GbR war Inhaber der Grundschuld.

4. Ergebnis

Ein Anspruch des D gegen die K-Bank auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung besteht nicht.

IV. Ansprüche des X gegen die G-GbR

1. Anspruch aus § 894 BGB

X könnte gegen die G-GbR einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung haben. Die G-GbR ist im Grundbuch eingetragen. Wie sich gezeigt hat²⁶, ist X noch immer Eigentümer. Damit ist das Grundbuch unrichtig. X ist als Eigentümer des Grundstücks auch aktivlegitimiert. Schuldner ist die G-GbR, weil ihr im Grundbuch eingetragenes Recht – das Eigentum – von der Berichtigung betroffen ist.

Allerdings könnte dem Anspruch der Einwand unzulässiger Rechtsausübung aus § 242 BGB entgegenstehen. Dies ist der Fall, wenn eine Pflicht des Gläubigers zur alsbaldigen Rückgewähr des Anspruchsgegenstandes besteht (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*), wenn also der fälschlicherweise Eingetragene einen Anspruch auf Bestellung des

eingetragenen Rechts hat.²⁷ Ein Anspruch der GbR auf Übertragung des Grundstücks könnte sich aus dem Kaufvertrag ergeben. Dieser ist aber ebenso wie die Einigung i.S.d. § 873 Abs. 1 BGB unwirksam nach § 177 Abs. 1 BGB, weil C ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Ob § 899a BGB trotz seiner systematischen Stellung und der Verweisung auf §§ 892 ff. BGB auch auf Verpflichtungsgeschäfte Anwendung findet²⁸, kann dahinstehen. Selbst wenn dies der Fall wäre, lägen die Voraussetzungen des § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nicht vor. Denn die G-GbR war zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses nicht als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen, vielmehr ist ein Ersterwerb durch die G-GbR erfolgt;²⁹ die Eintragung der G-GbR als Grundschuldinhaberin vermag den Anwendungsbereich des § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu eröffnen.³⁰ Wie bereits gezeigt³¹, kommt auch eine (analoge) Anwendung des § 172 Abs. 1 BGB nicht in Betracht.

X hat gegen die G-GbR einen Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB.

2. Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Möglicherweise ergibt sich der Anspruch des X gegen die G-GbR auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung auch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB. Indessen kann eine deliktsrechtliche Haftung gem. § 992 BGB analog ausgeschlossen sein. Die Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis werden auf das Verhältnis zwischen dem Rechtsinhaber und dem eingetragenen Nichtberechtigten entsprechend angewendet.³² Ein Rückgriff auf das Deliktsrecht darf daher gem. § 992 BGB analog nur erfolgen, wenn der Buchberechtigte sich die Buchposition durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat verschafft hat. Beides ist hier nicht der Fall. Die G-GbR hat die Buchposition mit dem Willen des X und ohne Verletzung von Strafnormen erlangt. Ein Anspruch des X gegen die G-GbR aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB scheidet daher aus.

²⁷ RGZ 77, 106 (109); 78, 371 (377); BGH NJW 1974, 1651; *Baur/Stürmer* (Fn. 20), § 18 Rn. 38; *Kohler* (Fn. 12), § 894 Rn. 36; *A. Lorenz* (Fn. 20), § 894 Rn. 31; *Prütting*, Sachenrecht, 33. Aufl. 2008, Rn. 242; ebenso *Gursky* (Fn. 12), § 894 Rn. 129 m.w.N., der allerdings bzgl. normativen Ansatzes nicht auf § 242 BGB abstellt, sondern eine Analogie zu § 986 BGB bejaht.

²⁸ Dazu näher unter V.

²⁹ Dazu bereits oben unter I. 1. a).

³⁰ S. oben unter I. 1. a).

³¹ S. oben unter I. 1. a).

³² Nahezu allg. Auffassung; etwa RGZ 121, 335 (336); 139, 353; BGHZ 75, 288 (292) = NJW 1980, 833; *Bassenge* (Fn. 19), § 894 Rn. 10; *Kohler* (Fn. 12), § 894 Rn. 48; *Staudinger* (Fn. 20), § 894 Rn. 14; krit. *Gursky* (Fn. 12), § 894 Rn. 173. Ob die Analogievoraussetzungen, wie so oft behauptet, in der Tat vorliegen, bedürfte einer eingehenden Prüfung (so auch *Gursky* [Fn. 12], § 894 Rn. 173). Sie muss aber im Rahmen der Klausur in Anbetracht des deutlichen Meinungsbildes und wegen der beschränkten Bearbeitungszeit nicht erfolgen.

²⁶ S. oben unter I. 1. a).

3. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Die Eintragung als erlangtes Etwas i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB erfolgte durch Leistung des X in Form der Eintragungsbewilligung und ohne rechtlichen Grund, weil der Kaufvertrag unwirksam ist.³³ Der Grundbuchberichtigungsanspruch des X ergibt sich also auch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

4. Ergebnis

X kann von der G-GbR Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen.

V. Anspruch der G-GbR gegen die K-Bank aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Ein Anspruch der G-GbR gegen die K-Bank auf Rückübertragung der Grundschuld könnte aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB folgen. Die K-Bank ist Inhaberin der Grundschuld und hat daher etwas erlangt. Jedoch stellt sich die Frage, ob die Übertragung der Grundschuld eine Leistung der G-GbR darstellt. Dies setzt voraus, dass die Handlungen von A, B und C der G-GbR zuzurechnen sind, obwohl C als Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist. Ist dies nicht der Fall, kommt eine Eingriffskondition in Betracht.³⁴ Für die Bejahung einer Leistung der G-GbR lässt sich erneut § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB anführen. Danach soll der gutgläubige Erwerber nach einem Rechtsgeschäft mit einer nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR so gestellt werden, als habe es einen Mangel der Vertretungsmacht nicht gegeben.³⁵ Wäre C zum Zeitpunkt der Übertragung noch Gesellschafter gewesen, hätte eine Leistung der G-GbR vorgelegen. Gleiches sollte daher auch dann gelten, wenn – wie hier – die Gutglaubensvorschrift des § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB eingreift. Eine Leistung der G-GbR besteht also.

Ferner müsste die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Rechtsgrund für die Übertragung der Grundschuld ist die Sicherungsabrede zwischen der K-Bank und der G-GbR. Die Sicherungsabrede muss wirksam sein, um einen Rechtsgrund darstellen zu können. Mangels Vertretungsmacht des C (§ 177 Abs. 1 BGB) ist dies nur dann der Fall, wenn § 899a BGB nicht nur auf das Verfügungsgeschäft, sondern auch auf das der Verfügung zu Grunde liegende Kausalgeschäft anzuwenden ist. Dagegen³⁶ spricht der systematische Standort der Vorschrift im Immobiliarsachenrecht. Zudem scheint der Verweis auf § 892 BGB keinen Gutglaubensschutz für das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zuzulassen, denn § 892 BGB regelt nicht die Entstehung von Forderungen in der Hand einer gutgläubigen Vertragspartei.

³³ S. oben unter IV. 1.

³⁴ Dahin tendierend *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (671 Fn. 79); für die Leistungskondition *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209 (222); *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (851); *Schürnbrandl Weiß*, ZJS 2009, 607 (610).

³⁵ Ähnlich *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209 (222).

³⁶ *Bassenge* (Fn. 19), § 899a Rn. 5; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169 (175 f.); *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209 (228 ff.).

Für eine Fiktion der Vertretungsmacht auch in Bezug auf das schuldrechtliche Geschäft³⁷ sprechen indessen der Sinn und Zweck der Vorschrift und die Intention des Gesetzgebers³⁸, eine effektive Teilnahme der GbR am Grundstücksverkehr zu gewährleisten. Dieses Ziel würde nicht erreicht, wäre der Vertragspartner nach dem gutgläubigen Erwerb von der nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR einem Kondiktionsanspruch ausgesetzt. Der Wortlaut des § 899a BGB steht dem nicht entgegen, weil das schuldrechtliche Kausalgeschäft gleichermaßen mit unmittelbarem Bezug auf das eingetragene Recht und daher „in Ansehung“ dieses Rechts geschlossen wird, wenngleich es mit keiner unmittelbaren Einwirkung auf dieses Recht einher geht.³⁹ Daher erfasst § 899a BGB auch das der Verfügung zu Grunde liegende Geschäft.

Die Voraussetzungen des § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB liegen vor. Unzutreffend war C im Grundbuch als Gesellschafter eingetragen und die K-Bank hatte keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Die Vertretungsmacht des C wird daher fingiert. Für die Leistung der G-GbR an die K-Bank besteht damit in der Sicherungsabrede ein wirksamer Rechtsgrund i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB. Deshalb scheidet eine Leistungskondition der G-GbR aus.

VI. Ergebnis

D hat weder einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gegen die G-GbR hinsichtlich des Eigentums noch gegen die K-Bank hinsichtlich der Grundschuld. Er kann aber durch eine gegen A, B und C gerichtete einstweilige Verfügung gem. § 899 Abs. 2 BGB erreichen, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf den Gesellschafterbestand eingetragen wird.

X hat einen Grundbuchberichtigungsanspruch gegen die G-GbR wegen des Eigentums an seinem Grundstück.

Die G-GbR hat keinen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld gegen die K-Bank.

³⁷ *Heßeler/Kleinhenz*, WM 2010, 446 (449); *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (671); *Miras*, DStR 2010, 604 (607); *Schürnbrandl Weiß*, ZJS 2009, 607 (610 f.).

³⁸ BT-Drs. 16/13437, S. 24.

³⁹ So auch *Lautner*, DNotZ 2009, 650 (671 f.).

Übungsfall: „Rosinenpicken“ im Abfallgewerbe

Von Wiss. Mitarbeiter **Dr. Sönke E. Schulz**, Wiss. Mitarbeiter dipl.-iur. **Maximilian Tallich**, Kiel*

Sachverhalt

Die A-GmbH ist ein seit ca. 30 Jahren in der „Abfall- und Entsorgungsbranche“ tätiges Unternehmen. Sie führt diverse Dienstleistungen der Abfallentsorgung in verschiedenen Bereichen durch.

In diesem Zusammenhang wurde sie auch von der schleswig-holsteinischen kreisfreien Stadt K gelegentlich als sogenannte Drittbeauftragte (§ 16 Abs. 1 KrW-/AbfG) tätig und erledigte diese Aufgaben ordnungsgemäß.

Als der Preis für Altpapier enorm anstieg, witterte die A-GmbH ein lukratives Geschäft. Sie stellte blaue Altpapiercontainer auf, die von Einzelhaushalten und größeren Wohneinheiten mit Papier, Pappe und Karton („PPK“) befüllt werden sollten. Die Zustimmung zum Aufstellen erfolgte dabei zum Teil mündlich, zum Teil wurden Verträge mit einer Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen, in denen sich die Haushaltungen verpflichteten, den Entsorgungsvertrag mit dem bisherigen Entsorgungspartner zu kündigen. A übernahm die Leerung und ließ das gesammelte Altpapier von der Papierrecyclinggesellschaft R ordnungsgemäß verwerten. Die mit R abgeschlossenen Verträge ließ sie der zuständigen Behörde zukommen.

Die Stadt K bewertete die Situation hingegen anders. Da immer mehr private Haushalte ihr Altpapier in die blauen Container der A-GmbH warfen, entgingen ihr erhebliche Einnahmen. Sie empfand dieses „Rosinenpicken“ nicht nur als ungerecht, sondern sogar als rechtswidrig. Schließlich müsse sie im Falle des Abzugs der A wieder in die „Bresche“ springen. Zudem führten die finanziellen Auswirkungen zu einer Verteuerung der öffentlichen Entsorgung. Diese Entwicklung widerspreche dem öffentlichen Interesse. Aufgrund der vorherigen Geschäftsbeziehungen standen die Stadt K und die A-GmbH über diese Entwicklungen in ständigem Kontakt.

Die Stadt K erließ gegenüber der A-GmbH schließlich eine „Verfügung“, die mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen war. Diese sollte vom immer zuverlässigen städtischen Bediensteten P am Freitag, den 19.6.2009, nach Dienstschluss zur Post gebracht werden. Er vergaß dies jedoch, erinnerte sich auf seinem Sonntagsspaziergang wieder an den Brief und warf ihm am Sonntag, den 21.6.2009 in einen Briefkasten am Hauptpostamt. Nach der Verfügung sollte die A-GmbH das Aufstellen von Altpapiercontainern zum Zwecke der Befüllung mit PPK-Abfällen aus privaten Haushalten und deren Leerung unterlassen sowie die bisher aufgestellten Altpapiercontainer entfernen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde ein Zwangsgeld von 5.000 € festgesetzt.

Erst am Abend des 24.7.2009 kam der Geschäftsführer der A-GmbH (C) das Schreiben wieder in den Sinn. Um der Stadt nicht noch ihr „gutes Papier“ zukommen zu lassen, setzte sie sich an den PC, um einen „Einspruch“ als Computerfax an die Stadt zu schicken. Diesen begründete sie ausführlich. Unter anderem führte sie an, dass sie das Altpapier für die privaten Haushalte verwerte. Die Überlassungspflicht

für Private entfalle auch, wenn diese sich hierzu privater Dritter, wie bspw. der A-GmbH, bedienen. Weiterhin erfolge die Sammlung freiwillig und kostenlos. Aufgrund ihrer früheren Tätigkeit als Drittbeauftragte der Stadt K wisse man auch, wie alle Anforderungen an eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung erfüllt werden. Nur weil der Stadt Einnahmeausfälle entstehen, sei dies kein Grund ihr Geschäftsmodell zu verbieten. In diesem Fall müsse die Stadt die Gebühren jährlich maximal um 10 € pro Einwohner erhöhen.

Beim Verfassen merkte C, dass sie über keine qualifizierte Signatur oder eine eingescannte Unterschrift verfügte; dachte sich aber, dass es egal sei. Auch einen Hinweis darauf hielt sie für entbehrlich. Schließlich betreibe sie als einziges Unternehmen die Entsorgung von Altpapier in der Stadt K. Zudem stehe ihr Name auf dem Briefkopf. Beim Abschicken stellte sie fest, dass ein Fehler bei der Übertragung aufgetreten ist. „Schuld“ war ihr PC. Darüber ist sie insofern erbost, als dass sie ihn erst letzte Woche von einer renommierten Fachfirma warten ließ und auch sonst nie Probleme mit ihm hatte. Nach einigen Versuchen gelang es ihr, den Rechner selber wieder in Gang zu setzen. Allerdings kam das Computerfax dadurch erst am nächsten Tag (25.7.2009) um 0.30 Uhr bei der Behörde an. Die C wies die Behörde auf die Computerprobleme hin und rechtfertigte sich mit der regelmäßigen Wartung.

Hat der Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk: Europarechtliche Vorschriften und die Verpackungsverordnung sind nicht zu beachten.

Jun 09							Jul 09						
Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
1	2	3	4	5	6	7			1	2	3	4	5
8	9	10	11	12	13	14	6	7	8	9	10	11	12
15	16	17	18	19	20	21	13	14	15	16	17	18	19
22	23	24	25	26	27	28	20	21	22	23	24	25	26
29	30						27	28	29	30	31	32	33

Lösung:

Der Rechtsbehelf der A-GmbH gegen die Untersagungsverfügung hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.¹ Die Bezeichnung durch die A-GmbH als „Ein-

* Die Verf. sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

¹ Es handelt sich um eine Klausur mit hohem Schwierigkeitsgrad; allerdings lassen sich bereits durch eine Lösung der Zulässigkeits- und Fristprobleme durchschnittliche Ergebnisse erzielen. Im Rahmen der Begründetheit sind ein sauberes Arbeiten an der (unbekannten) Norm und eine eigene Argu-

spruch“ und nicht als „Widerspruch“ ist insoweit unschädlich. Maßgeblich ist lediglich, dass das Rechtsschutzziel des Bürgers erkennbar ist. Die A-GmbH wendet sich gegen eine behördliche Entscheidung, so dass das Vorverfahren nach § 68 VwGO einen tauglichen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt.

I. Zulässigkeit des Widerspruchs

1. Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre²

Die Zulässigkeit des Widerspruchs setzt zunächst voraus, dass die nachfolgende gerichtliche Auseinandersetzung öffentlich-rechtlicher Natur nicht verfassungsrechtlicher Art ist und daher der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre. Aufgrund des „Vorschaltcharakters“ des Widerspruchsverfahrens³ nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO findet § 40 Abs. 1 VwGO entsprechende Anwendung. Mangels einer aufdrängenden Sonderzuweisung zu den Verwaltungsgerichten oder einer spezialgesetzlichen Anordnung des Vorverfahrens⁴ ist zu prüfen, ob die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugehörig sind, d.h. einen Träger öffentlicher Gewalt einseitig berechtigen oder verpflichten (mod. Subjektstheorie).

Vorliegend kommen insbesondere Normen aus dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) als Rechtsgrundlage für die Verfügung der Stadt K in Betracht. Die Untersagungsverfügung kann dabei mglw. auf § 21 KrW-/AbfG gestützt werden, der der zuständigen Behörde eine Anordnungsbefugnis im Einzelfall zur Durchführung des Gesetzes einräumt. Diese Vorschrift berechtigt einseitig eine hoheitliche Stelle. Zudem ist der Streit nicht-verfassungsrechtlicher Art, da auf beiden Seiten keine Verfassungsorgane beteiligt sind und der Streitgegenstand nicht dem Verfassungsrecht entstammt. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg im Fall eines sich anschließenden Gerichtsverfahrens eröffnet wäre.

2. Statthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens

Ein Widerspruchsverfahren ist nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO nur statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungs- oder nach § 68 Abs. 2 VwGO eine Verpflichtungsklage vorliegt. In Betracht kommt hier ein Anfechtungswiderspruch, der gegen einen Verwaltungsakt nach § 106 Abs. 1 LVwG (§ 35

mentation zur „Drittverwertung“ und zum „öffentlichen Interesse“ gefordert.

² § 40 Abs. 1 VwGO analog ist im Rahmen des Widerspruchsverfahrens in jedem Fall *innerhalb* der Zulässigkeit zu prüfen, da § 17a GVG im Verwaltungsverfahren nicht anwendbar ist.

³ *Brüning/Suerbaum*, Examensfälle zum Öffentlichen Recht, 2005, S. 95.

⁴ Eine solche findet sich bspw. in § 126 Abs. 3 BRRG, nunmehr § 54 Abs. 2 BeamStG.

Abs. 1 VwVfG⁵) zu richten ist, der sich noch nicht erledigt hat. Für die Klassifizierung als Verwaltungsakt spricht bereits die Bezeichnung seitens der Behörde als „Verfügung“.⁶ Hinzu kommt, dass ausschließlich die A-GmbH, also ein Einzelfall, adressiert wird. Die Androhung eines Zwangsgeldes für den Fall der Zuwiderhandlung zeigt zudem, dass die Verfügung notfalls mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden soll. Die Verfügung ist somit ein tauglicher Verfahrensgegenstand einer Anfechtungsklage sowie eines Widerspruchsverfahrens. Eine Fallgruppe der Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO liegt nicht vor.⁷

3. Widerspruchsbefugnis

Da auch das Vorverfahren nach § 68 VwGO kein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren ist, sondern der Durchsetzung subjektiver Rechte dient, müsste die A-GmbH auch widerspruchsbefugt sein. Zudem können behördliche Rechtsbehelfe nicht weiter reichen als das sich anschließende Gerichtsverfahren; auch die §§ 68 Abs. 1 Nr. 2, 70 Abs. 1, 78 Abs. 2 und 79 VwGO zeigen das Erfordernis einer subjektiven „Beschwerde“⁸. Insoweit muss § 42 Abs. 2 VwGO analoge Anwendung finden. Die Verletzung subjektiver Rechte der A-GmbH müsste also möglich erscheinen, d.h. nicht von vornherein ausgeschlossen sein und vom Widerspruchsführer substantiiert vorgetragen werden.⁹ Das Verbot, gewerblich Abfälle von Privathaushalten zu sammeln, ist möglicherweise geeignet, die Berufsfreiheit der A-GmbH aus Art. 12 Abs. 1 GG zu beeinträchtigen. Für die A-GmbH als Adressat der streitgegenständlichen Verfügung, die eine belastende Regelung enthält, kommt in jedem Fall auch eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Gem. Art. 19 Abs. 3 GG ist es der A-GmbH als juristische Person des Privatrechts möglich, sich auf Grundrechte zu berufen, zumal sie sich – insbesondere hinsichtlich der Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG – in einer grundrechtsspezifischen Gefährdungslage befindet.

⁵ Der Fall war nach schleswig-holsteinischem Landesrecht zu lösen. Nachfolgend werden jeweils die bundesrechtlichen Parallelvorschriften in Klammern angegeben. Auch wenn sich – wie vorliegend – die Ermächtigungsgrundlage im Bundesrecht finden lässt, richtet sich das Verwaltungsverfahren gem. § 1 Abs. 3 VwVfG nach den Landes-VwVfG.

⁶ Vgl. zum Verhältnis von formellen und materiellen Kriterien zur Ermittlung des VA-Charakters hoheitlicher Maßnahmen *Stelkens*, in: Ders/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 15 ff.

⁷ Wäre eine der genannten Fallgruppen einschlägig, würde dies im Übrigen nicht zur Unstatthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens, sondern lediglich zur Entbehrlichkeit führen.

⁸ *Brüning/Suerbaum* (Fn. 3), S. 96 f.

⁹ Beachte: Im Rahmen des Vorverfahrens ist für die Begründetheit ausreichend, dass der VA zweckwidrig ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt wird. Der gleiche Maßstab gilt auch bei der Prüfung der Widerspruchsbefugnis.

4. Form

§ 70 Abs. 1 VwGO schreibt für die Erhebung des Widerspruchs die Schriftform vor. Diese kann gem. § 52a Abs. 2 LVwG (§ 3a Abs. 2 VwVfG), der angesichts des Charakters des Vorverfahrens als Verwaltungsverfahren anwendbar ist, nur durch ein elektronisches Dokument ersetzt werden, wenn dieses mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist. Diese stand der A-GmbH nicht zur Verfügung; zudem wollte die Geschäftsführerin ihren Widerspruch auch nicht per E-Mail, sondern in Form eines Computerfaxes an die Stadt K senden.

Mittlerweile ist anerkannt, dass auch moderne Übermittlungsformen der Schriftform genügen können. Ausnahmen von der Schriftform, vor allem vom Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift auf dem bei der Behörde eingehenden Originaldokument sind von der Rechtsprechung immer dann zugelassen worden, wenn sich aus dem Widerspruchsschreiben oder den ihm beigelegten Anlagen eindeutig und ohne Beweiserhebung ergibt, dass das Schriftstück vom Kläger herrührt und willentlich an die zuständige Behörde gelangt ist. Es muss sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Rechtsverkehrswillen des Absenders ergeben. Ausreichend kann es daher sein, wenn die Übermittlung durch Telegramm, Fernschreiben, Telekopie, Computerfax o.ä. erfolgt. Erforderlich ist zudem, dass der gewählte Übertragungsweg einer Original-Unterschrift technisch entgegensteht.¹⁰

Einschränkend zu verlangen, dass einem Computerfax eine eingescannte Unterschrift oder der Hinweis beigelegt wird, dass eine Unterschrift aufgrund der gewählten Übermittlungsform nicht hinzugefügt werden kann, erscheint nicht sachgerecht, da es sich bei einer solchen „Erklärung“ um eine „inhaltsleere Floskel“ handeln würde.¹¹

Vielmehr ist zu verlangen, dass der Absender eindeutig zu identifizieren ist und ausgeschlossen werden kann, dass es sich lediglich um einen Entwurf handelt. Beides ist vorliegend gegeben. Die A-GmbH war der Behörde bekannt, ebenso aufgrund der vorherigen Vertragsbeziehungen die Eigenschaft der C als vertretungsberechtigte Person. Auch das Vorliegen eines Entwurfes kann ausgeschlossen werden – angesichts der weniger weitreichenden Folgen eines Widerspruchsverfahrens im Vergleich zu einem gerichtlichen Verfahren dürfen aus Gründen der effektiven Rechtsschutzgewähr (Art. 19 Abs. 4 GG) keine zu hohen Anforderungen an diese Voraussetzung gestellt werden.

Insoweit wurde die Schriftform des § 70 Abs. 1 VwGO gewahrt. Die Stadt K als Ausgangsbehörde (und gem. § 73 Abs. 1 Nr. 2 VwGO auch als Widerspruchsbehörde) war zudem der richtige Adressat des Widerspruchs.

5. Frist

Fraglich ist indes, ob der Widerspruch fristgerecht eingereicht wurde. Die Frist bemisst sich ebenfalls nach § 70 Abs. 1

VwGO, beträgt einen Monat ab Bekanntgabe¹² und wird nach vorzugswürdiger Ansicht nach § 119 i.V.m. § 89 Abs. 1 LVwG (§ 79 i.V.m. § 31 Abs. 1 VwVfG) und §§ 187 ff. BGB berechnet. Die Verfügung wurde von der Stadt K am 21.6.2009 zur Post gegeben, und gilt daher gem. § 110 Abs. 2 S. 1 LVwG (§ 41 Abs. 2 VwVfG) am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben.

Unerheblich ist dabei, dass die Aufgabe zur Post an einem Sonntag erfolgte. Die Regelungen der § 89 Abs. 3 LVwG (§ 31 Abs. 3 VwVfG), § 193 BGB und § 222 Abs. 2 ZPO gelten unmittelbar nur für das Fristende. Eine analoge Anwendung der Vorschriften ist ebenfalls nicht möglich.

Die Bekanntgabe der Verfügung an die A-GmbH erfolgte nach der Drei-Tages-Fiktion also am 24.6.2009. Gem. § 187 Abs. 1 BGB wird, wenn für den Anfang einer Frist ein Ereignis maßgebend ist, bei der Berechnung der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis fällt. Die Monatsfrist beginnt also am 25.6.2009 (00.00 Uhr) und endet demgemäß am 24.7.2009 (24.00 Uhr). Der Eingang des Computerfaxes erfolgte jedoch erst am 25.7.2009 um 00.30 Uhr, so dass Verfristung eingetreten ist.

In Betracht kommt jedoch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Auch im Vorverfahren richtet sich die Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO und nicht nach der landesrechtlichen Parallelvorschrift des § 90 LVwG (§ 32 VwVfG); vgl. § 70 Abs. 2 VwGO. Der Antrag müsste statthaft, zulässig und begründet sein.

a) Statthaftigkeit und Zulässigkeit des Antrages

§ 60 Abs. 1 VwGO verlangt die Versäumung einer gesetzlichen Frist. Als eine solche kommen insbesondere Rechtsbehelfsfristen und somit auch die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO in Betracht.

Grundsätzlich wird eine Wiedereinsetzung nur auf Antrag des Säumigen gewährt. Holt der Beteiligte die versäumte Rechtshandlung innerhalb der Antragsfrist nach, so kommt gem. § 60 Abs. 2 S. 4 VwGO aber auch eine Wiedereinsetzung ohne Antrag in Betracht, da der Säumige durch das Stellen des Antrags nicht nur zum Ausdruck bringt, dass er das Verfahren fortsetzen will, sondern auch, dass er prozesuale Nachteile aus der Fristversäumung beseitigt wissen will.¹³

Die Wiedereinsetzungsfrist des § 60 Abs. 2 S. 1 VwGO („binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses“) wurde gewahrt;¹⁴ die maßgebliche Rechtshandlung gem. § 60 Abs. 2 S. 3 VwGO nachgeholt. Da C im Namen der A-GmbH in ihrem Computerfax auch auf die Computerprobleme hinwies und sich mit der regelmäßigen Wartung rechtfertigte, wurden die Anforderungen des § 60 Abs. 2 S. 2 VwGO an

¹² Laut Sachverhalt war eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt. Die Jahresfrist des § 70 Abs. 2 i.V.m. § 58 Abs. 2 VwGO ist daher nicht einschlägig.

¹³ *Brink*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, Stand: 1.10.2009, § 60 Rn. 28.

¹⁴ Zu beachten ist bei längerfristigen Hindernissen zudem die absolute Ausschlussfrist des § 60 Abs. 3 VwGO von einem Jahr.

¹⁰ Lesenswert das Urteil des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (NJW 2000, 2340).

¹¹ BVerwG NJW 2006, 1989.

das Glaubhaftmachen der maßgeblichen Tatsachen erfüllt¹⁵. Die Stadt K ist als Widerspruchsbehörde auch gem. § 60 Abs. 4 VwGO zuständig, über den Antrag auf Wiedereinsetzung zu entscheiden.¹⁶

b) Begründetheit

Begründet ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung gem. § 60 Abs. 1 VwGO nur, wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten. Dabei wird das Verschulden der Geschäftsführerin gem. § 173 VwGO i.V.m. § 51 Abs. 2 ZPO der A-GmbH zugerechnet. Das BVerwG geht von einem (gemäßigt) subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab aus, wonach eine unverschuldete Fristversäumnis vorliegt, wenn den jeweiligen Betroffenen nach den Umständen des Einzelfalls kein Vorwurf bzgl. der Säumnis trifft.¹⁷ Nach der Rechtsprechung des BVerfG setzt Verschulden stets den Verstoß gegen eine individuelle Sorgfaltspflicht voraus, auf die der Beteiligte sich einstellen konnte.¹⁸ Der Computer der C wurde regelmäßig durch eine Fachfirma gewartet. Da in der Vergangenheit Probleme nicht aufgetreten waren, durfte die C von der Funktionsfähigkeit ausgehen, so dass die aufgetretenen Übermittlungsprobleme nicht von ihr bzw. der A-GmbH zu vertreten sind.

6. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit

Die A-GmbH ist gem. § 76 Nr. 1 2. Alt. LVwG i.V.m. § 119 LVwG (§ 11 Nr. 1 2. Alt. i.V.m. § 79 VwVfG) beteiligten- und nach § 77 Abs. 1 Nr. 3 LVwG (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG) durch ihre gesetzliche Vertreterin, die Geschäftsführerin (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG), handlungsfähig.

II. Begründetheit des Widerspruchs

Der Rechtsbehelf hat nur Aussicht auf Erfolg, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig oder zweckwidrig ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt wird.

1. Rechtsgrundlage: § 21 KrW-/AbfG

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes bedarf ein belastender Verwaltungsakt einer Rechtsgrundlage. Diese könnte sich aus § 21 KrW-/AbfG ergeben. Danach kann die zuständige Behörde im Einzelfall die erforderliche Anordnung zur Durchführung dieses Gesetzes treffen.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Verwaltungsakt müsste formell rechtmäßig sein, d.h. es müsste die zuständige Behörde gehandelt haben und die allgemeinen oder speziellen Verfahrensvorschriften und Formvorgaben müssten gewahrt sein. Nach § 63 KrW-/AbfG i.V.m. § 25 Abs. 1 Nr. 3 LAbfWG SH ist die Stadt K als

untere Abfallentsorgungsbehörde zuständig. Eine explizit als solche bezeichnete Anhörung hat zwar nicht stattgefunden. Jedoch waren der Stadt K die Argumente der A-GmbH aus zahlreichen Gesprächen bekannt, so dass Sinn und Zweck des § 87 LVwG (§ 28 VwVfG) gewahrt sind. Zudem kann die Anhörung im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden. Besondere Formvorschriften waren bei Erlass der Untersagungsverfügung nicht zu beachten.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 21 KrW-/AbfG ist die zuständige Behörde berechtigt, die erforderlichen Anordnungen zur Durchführung des KrW-/AbfG zu treffen. Als eine solche abfallrechtliche Pflicht, die es durchzuführen gilt, kommt die Abfallüberlassungspflicht nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG in Betracht.

a) Anwendbarkeit des KrW-/AbfG

Das KrW-/AbfG müsste zunächst anwendbar sein. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG gelten die Vorschriften für die Verwertung von Abfällen. Abfälle sind gem. § 2 Abs. 1 KrW-/AbfG alle beweglichen Sachen, die unter die in Anhang I des Gesetzes aufgeführten Gruppen fallen und derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Altpapier erfüllt diese Voraussetzungen. Es liegt bereits ein „Entledigen“ i.S.v. § 3 Abs. 2 KrW-/AbfG vor, da die Stoffe einem Verwertungsverfahren zugeführt werden. Damit handelt es sich um Abfall; der Anwendungsbereich des KrW-/AbfG ist eröffnet.

b) Überlassungspflicht

§ 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. KrW-/AbfG sieht abweichend von § 5 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG eine Überlassungspflicht von Erzeugern oder Besitzern von Abfällen an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (öRE) vor.

c) Ausnahme nach § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. i.V.m. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG

Die Überlassungspflicht für Abfälle zur Verwertung besteht jedoch nur „soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen“, § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. i.V.m. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG. Vorliegend wollen die privaten Haushalte das Altpapier nicht selbst verwerten. Daher stellt sich die Frage, ob § 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. KrW-/AbfG auch die Verwertung durch die Beauftragung eines Dritten gem. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG erfasst. Sowohl in der Rechtsprechung¹⁹ als auch in der Literatur²⁰ wird diese Problematik

¹⁵ Hinweis: Die Glaubhaftmachung richtet sich über den Verweis des § 173 VwGO auch im Verwaltungsprozess und Vorverfahren nach der Vorschrift des § 294 ZPO.

¹⁶ Ob es sich um einen Fall der analogen oder direkten Anwendung des § 60 Abs. 4 VwGO handelt, kann dahinstehen.

¹⁷ BVerwGE 50, 248 (254).

¹⁸ BVerfGE 86, 280 (284).

¹⁹ Für eine Drittbeauftragung: OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924 f.); dagegen: BVerwG, Urt. v.18.6.2009 – 7 C 16/08, DVBl 2009, 1242 (zitiert nach juris); VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2004, 175 (176).

²⁰ Für eine Drittbeauftragung bspw. *Fluck/Giesberts*, in: *Fluck* (Hrsg.), *KrW-/AbfG*, Kommentar, Loseblatt (Stand: 10/2008), § 13 Rn. 86b f.; *Beckmann/Kersting*, in: *Landmann/Rohmer* (Hrsg.), *Umweltrecht*, Loseblatt (Stand: 7/2009), § 13 *KrW-/AbfG*, Rn. 26 f.; *Giesberts*, in:

kontrovers diskutiert. Aus diesem Grunde ist eine Auslegung nach den vier Auslegungsmethoden vorzunehmen:

aa) Wortlaut

Anknüpfungspunkt der Wortlautauslegung ist die Formulierung „soweit sie [...] in der Lage sind [...]“. Zum Teil wird vertreten, das verwendete Wort „sie“ beziehe sich auf das Subjekt des Hauptsatzes und damit nur auf die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen.²¹ Die fehlende Erwähnung der Drittbeauftragung, obwohl eine eindeutige Bezugnahme auf Dritte möglich gewesen wäre, soll zudem eine enge Auslegung nahe legen.²² Dagegen spricht allerdings, dass es allgemein zulässig ist, Pflichten – soweit keine unvertretbaren Handlungen erforderlich sind – durch Einschaltung Dritter (Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfen) zu erfüllen. Wenn dies ausnahmsweise gesetzlich ausgenommen sein soll, bedarf es einer gesetzlichen Regelung, anderenfalls spricht es für die Zulässigkeit der Einschaltung Dritter.²³ Somit lässt sich festhalten, dass die Wortlautauslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis kommt.²⁴

bb) Systematik

Bei der systematischen Auslegung ist vor allem die Stellung der Regelung im Normgefüge zu beachten. Nach § 13 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG gilt Satz 1 nicht, „soweit sie diese nicht in eigenen Anlagen beseitigen“. Der Hinweis auf die eigenen Anlagen legt den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber in Satz 1 gerade keine Beschränkung auf „eigene Anlagen“ bezwecke und somit eine Drittbeauftragung zulässig ist.²⁵ Dennoch muss beachtet werden, dass Satz 1 und 2 von den geregelten Sachverhalten her nicht vergleichbar sind. Selbst für den Fall der Vergleichbarkeit könnte es näher liegen, die jeweiligen Tatbestandsmerkmale „in eigenen Anlagen“ (Satz 2) und „in der Lage sind“ (Satz 1) als einander entsprechende Äquivalente anzusehen und deshalb auch in Satz 1 die entsprechende „höchstpersönliche Beziehung“ zu verankern.²⁶ Zudem spricht § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG mit seinen speziellen Voraussetzungen gegen eine extensive Auslegung.²⁷ Wenn nämlich die Abfallbesitzer schon nach § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG berechtigt wären, ihre Abfälle „selbst“ zu entsorgen, könnten die weiteren

Voraussetzungen von § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 KrW-/AbfG umgangen werden. Damit wären die spezielleren Regelungen praktisch obsolet.²⁸ Bei systematischer Betrachtung wird zudem deutlich, dass das KrW-/AbfG in einer Vielzahl von Bestimmungen die Einbeziehung Dritter bei der Verwertung und Beseitigung von Abfällen ausdrücklich regelt. So können nach §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG Erzeuger- und Besitzerpflichten ganz oder teilweise auf Dritte übertragen werden, wobei hierfür jeweils gesonderte Anforderungen gestellt werden. Entsprechende Regelungen fehlen für die Bestimmungen des § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG, was wiederum gegen die Möglichkeit der Einbeziehung Dritter bei der Verwertung von Haushaltsabfällen spricht.²⁹

cc) Sinn und Zweck

Mit der Überlassungspflicht des § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG für Abfälle aus privaten Haushalten an den öffentlichen Entsorgungsträger wollte der Gesetzgeber eine ordnungsgemäße, schadlose und damit umweltverträgliche Abfallentsorgung sichergestellt sehen.³⁰ Dies könnte ebenfalls dafür sprechen, private Haushaltungen nur eingeschränkt von der Überlassungspflicht freizustellen. § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG liegt die gesetzliche Regelvermutung zu Grunde, dass private Haushaltungen zu einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung nicht in der Lage sind.³¹ Anders als bei Erzeugern industrieller oder gewerblicher Abfälle, bei denen eine besondere Sachkenntnis und technische Vorkehrungen vorhanden sind, ist die umweltgerechte Entsorgung bei privaten Haushaltungen vielfach nicht gewährleistet. Allerdings stellt die Drittbeauftragung gerade die ordnungsgemäße, schadlose und damit umweltverträgliche Abfallentsorgung sicher, so dass Sinn und Zweck auch bei einer Einbeziehung erreicht werden könnten.

dd) Historische Auslegung/Gesetzesbegründung

Bei der historischen Auslegung sind vor allem die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesbegründung heranzuziehen. In der Begründung des federführenden Ausschusses heißt es: „§ 13 fordert eine Überlassung von Rückständen (an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger) nur soweit, als der

ders./Reinhardt (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar KrW-/AbfG, Stand: 1.7.2010, § 13 Rn. 13; dagegen: Queitsch, AbfallR 2008, 178 (180).

²¹ OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1134); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2004, 175; Braun, ThürVBI 2009, 49 (50); a.A. OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

²² VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200.

²³ OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

²⁴ So auch das BVerwG, Urt. v.18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 19.

²⁵ So Kunig, in: Ders./Paetow/Versteyl (Hrsg.), KrW/AbfG, 2. Aufl. 2003, § 13 Rn.15; hiergegen VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200 (1200 f.).

²⁶ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 23.

²⁷ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 20; OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1134).

²⁸ BVerwG, Urt. v.18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 24; VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200; Kahl, NordÖR 2009, 10 (12); Hutsch, NJ 2009, 314 (317); Braun, ThürVBI 2009, 49 (50); Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, 2009, S.30. Hieran zeigt sich auch eine Schwäche der Entscheidung des OVG Schleswig (NVwZ 2008, 922), das nämlich zuerst davon ausgeht, dass die Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG in dem zu entscheidenden Fall entfällt, um anschließend festzustellen, dass die Überlassungspflicht bereits nach § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG entfiel.

²⁹ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08 – Rn. 22.

³⁰ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 28; Braun, ThürVBI 2009, 49 (50).

³¹ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 28.

Erzeuger oder Besitzer zur Verwertung oder Entsorgung selbst – auch unter Einschaltung eines Dritten (§ 16) nicht in der Lage ist [...].³² Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass eine Eigenverwertung auch bei der Einschaltung Dritter gegeben ist.³³ Dennoch formuliert der Ausschuss weiter: „a) Absatz 1 Satz 1 ordnet Überlassungspflichten für Rückstände aus privaten Haushaltungen an. Ausnahmen bestehen bei der Eigenverwertung von Sekundärrohstoffen (z.B. Eigenkompostierung oder Altkleiderspenden für die Caritas)“.³⁴ Zudem beziehen sich die Ausführungen des Unterausschusses auf § 13 KrW-/AbfG insgesamt; für die Auslegung von § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG kann diese Aussage damit nicht herangezogen werden, da beispielsweise § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG verschiedene Formen der Einschaltung Dritter aufführt.³⁵ Auch die Gesetzesbegründung nennt lediglich die „Eigenentsorgung“ und „Eigenkompostierung“.³⁶ Durch dieses Begriffspaar sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass nur eine höchstpersönliche Entsorgung durch die Besitzer und Erzeuger gewollt war.³⁷ Andererseits sah der ursprüngliche Regierungsentwurf die Formulierung „Verwertung durch den Überlassungspflichtigen“³⁸ vor, was die Annahme nahe legt, dass nur eine Selbstverwertung zulässig gewesen wäre.³⁹ Aus der Streichung dieser Formulierung könnte der Schluss gezogen werden, dass im Rahmen der Verwertung eine Einschaltung Dritter zulässig ist. Dennoch zeichnet diese Auslegungsmethode kein eindeutiges Bild.⁴⁰

ee) Zwischenergebnis

Bei der Auslegung des § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG ist festzustellen, dass Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck verschiedene Rückschlüsse zulassen. Die systematische Auslegung spricht jedoch eher⁴¹ gegen die Möglichkeit der Drittbeauftragung. Entscheidend ist der Vergleich mit § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG. Eine durch § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG eröffnete beliebige Beauftragung Dritter hätte eine weitgehend voraussetzungslose Freistellung von der Überlassungspflicht zur Folge und würde damit die an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Ausnahmen gem. § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG unterlaufen.⁴² Daher sprechen die überwiegenden Gründe gegen eine Drittbeauftragung bei § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG.⁴³

d) Ausnahme nach § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG

Möglicherweise könnte die Überlassungspflicht aber nach § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG entfallen. Dies setzt voraus, dass Dritten oder privaten Entsorgungsträgern Pflichten zur Verwertung und Beseitigung nach §§ 16, 17 oder § 18 KrW-/AbfG übertragen worden sind. Von diesen Normen angesprochen ist die Pflichtenübertragung.⁴⁴ Werden die genannten Rechtssubjekte hingegen lediglich mit der Erfüllung von Entsorgungspflichten beauftragt, bleibt die Trägerschaft unbeeinflusst; dieser Fall ist von § 13 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG erfasst.⁴⁵ Diese Pflichtenübertragung muss vom Dritten beantragt werden und kann nur durch die zuständige (Überwachungs-) Behörde erfolgen.⁴⁶ Vorliegend ist keine „echte Pflichtenübertragung“⁴⁷ gegeben, so dass § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG nicht einschlägig ist.

d) Ausnahme nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG

Weiterhin könnte die Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG entfallen. Dies setzt voraus, dass die Abfälle durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugefügt werden, dies nachgewiesen wird und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

aa) Nachweispflicht

Die A-GmbH müsste die ordnungsgemäße und schadlose Verwertung nachweisen. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Genehmigungs- oder sonstiges Zulassungsverfahren durchzuführen ist.⁴⁸ Vielmehr sind – jedenfalls im Altpapierbereich – keine allzu hohen Anforderungen anzulegen.⁴⁹ Anerkannt ist etwa, dass der Nachweis durch die Vorlage eines Vertrages zum Weiterverkauf des Altpapiers erbracht werden kann oder dass das Unternehmen vorher für den öffentlichen Entsorgungsträger tätig war.⁵⁰ Diese Nachweispflicht ist zudem vor der Aufnahme der Tätigkeit zu erbringen.⁵¹ Die A-GmbH ist ein seit Jahren in dieser Branche operierendes Unternehmen und war sogar für die Stadt K als Drittbeauftragte tätig. Zudem hat sie der Stadt die Verträge mit der Papierrecyclinggesellschaft zukommen lassen. Somit ist das Nachweiserfordernis erfüllt.

1133 (1134 f.); VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200 (1201 f.); *Schwind*, DVBl 2009, 1246 (1246); *Hutsch*, NJ 2009, 314 (318); *Braun*, ThürVBl 2009, 49 (50); *Karpenstein* (Fn. 28), S. 32.

⁴⁴ *Kunig* (Fn. 25), § 13 Rn. 27.

⁴⁵ *Kunig* (Fn. 25), § 13 Rn. 27; *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 128a.

⁴⁶ *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 128.

⁴⁷ *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 128a.

⁴⁸ OVG Weimar, Beschl. v. 1.12.2008 – 1 EO 566/08, Rn.17 (zitiert nach juris); *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 156b.

⁴⁹ VGH Mannheim NVwZ 2008, 919 (920); OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (923); *Karpenstein* (Fn. 28), S. 39.

⁵⁰ *Kunig* (Fn. 25), § 13 Rn. 10; *Karpenstein* (Fn. 28), S. 39.

⁵¹ VGH Mannheim NVwZ 2008, 919 (920); *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (413); *Kahle*, NordÖR 2009, 10 (13).

³² BT-Drs. 12/7284, S. 17.

³³ OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (925).

³⁴ BT-Drs. 12/7284, S. 17.

³⁵ OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1135); *Kahle*, NordÖR 2009, 10 (12).

³⁶ BT-Drs. 12/5672, S. 44.

³⁷ *Kahle*, NordÖR 2009, 10 (11).

³⁸ BT-Drs. 12/5672, S. 11.

³⁹ OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (925); anders wohl *Kahle*, NordÖR 2009, 10 (11).

⁴⁰ *Hutsch*, NJ 2009, 314 (317).

⁴¹ Eine a.A. ist an dieser Stelle gut vertretbar.

⁴² BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 24.

⁴³ Zu diesem Ergebnis kommen auch BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 28; OVG Hamburg NVwZ 2008,

bb) *Gewerbliche Sammlung*⁵²

Es müsste eine gewerbliche Sammlung vorliegen. Der Begriff der „Sammlung“ hat, anders als ihre „Gewerblichkeit“, für die entsprechend § 15 Abs. 2 S. 1 EStG die bloße Gewinnerzielungsabsicht ausreicht, keine Legaldefinition erfahren.⁵³ Zwar differenziert § 4 Abs. 5 KrW-/AbfG zwischen „Sammeln“ und „Einsammeln“, ohne jedoch damit zur Begriffsklärung beizutragen. Vielmehr ist bei der Auslegung das Leitbild der gesetzlichen Grundzuständigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bei den privaten Haushalten heranzuziehen.⁵⁴ Danach ist die gewerbliche Sammlung als Ausnahmenvorschrift grundsätzlich restriktiv auszulegen. Sie ist von den Entsorgungstätigkeiten der öRE und der nach § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG beauftragten gewerblichen Entsorgungsunternehmen abzugrenzen.⁵⁵ Der Gesetzgeber hatte mit dieser Vorschrift das tradierte Bild der – gelegentlichen und sich deutlich vom Tätigkeitsbild des Entsorgungsträgers abhebenden – Sammlung vor Augen.⁵⁶ Es sollte jedoch kein Einfallstor zur Etablierung paralleler privater Entsorgungs- und Verwertungsstrukturen beim Hausmüll geschaffen werden.⁵⁷ Gewerbliche Sammlungen sind dagegen typischerweise ein allgemeines, auf freiwilliger Basis beruhendes Angebot der unentgeltlichen Überlassung verwertbarer Abfälle, was somit Tätigkeiten ausschließt, die nach Art eines Entsorgungsträgers auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen den sammelnden Unternehmen und den privaten Haushalten in dauerhaften festen Strukturen abgewickelt werden.⁵⁸

Vorliegend hat die A-GmbH teilweise mündlich mit den Haushalten das Aufstellen der „blauen Tonnen“ vereinbart, teilweise aber auch Verträge über eine Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen. Zumindest letzteres lässt eine feste Struktur erkennen, die den Entsorgungstätigkeiten der öRE und der nach § 16 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG beauftragten gewerblichen Entsorgungsunternehmen ähnelt. Ob jedoch die Tätigkeiten der A-GmbH unter den Begriff der gewerblichen Sammlung fallen oder nicht, kann dahingestellt bleiben, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

cc) *Überwiegende öffentliche Interessen*

Es dürfen der gewerblichen Sammlung – soweit man sie annimmt – keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer gerichtlichen Kontrolle vollum-

fänglich zugänglich ist. Hierbei ist umstritten, ob der Begriff tendenziell restriktiv auszulegen ist und damit nur die auf den Gesetzeszweck und die Zielvorgaben des KrW-/AbfG gerichteten Interessen erfasst.⁵⁹ Andererseits ist Wortlaut, Systematik und Telos eine solche restriktive Auslegung nicht zu entnehmen, so dass nicht nur auf das Abfallrecht beschränkte öffentliche Interessen Berücksichtigung finden, sondern auch weitere Aspekte herangezogen werden können.⁶⁰ Letztlich ist dies durch eine Abwägung im Einzelfall zu bestimmen.⁶¹

Auf Seiten der Stadt könnten die fiskalischen Interessen herangezogen werden.⁶² Denn durch die gewerbliche Sammlung sinken die Einnahmen der Stadt, die sie durch die Verwertungserlöse erzielt. Dies schlägt auf die Abfallgebühren durch, da die Gebühren in einem angemessenen Verhältnis zu der erbrachten Leistung zu stehen haben. Die so durchzuführende Gebührenerhöhung wird dann die Einwohner der Stadt treffen. Inwieweit die wirtschaftlichen Interessen Berücksichtigung beim überwiegenden öffentlichen Interesse finden, wird nicht einheitlich beantwortet.⁶³ Zum Teil bestehen „grundsätzliche Bedenken“ gegen die Berücksichtigung von Fiskalinteressen,⁶⁴ da sie nicht auf die Verfolgung der Zielvorgaben des KrW-/AbfG gerichtet sind und der Gesetzgeber durch die Normierung der Ausnahme des § 13 Abs. 3 Nr. 1 KrW-/AbfG die „Rosinenpickerei“ als zulässig bewertet hat.⁶⁵ Andere sprechen sich für eine „nachrangige“ Berücksichtigung aus:⁶⁶ wirtschaftliche Interessen könnten erst dann berücksichtigt werden, wenn durch die gewerbliche Sammel-tätigkeit eine betriebswirtschaftliche Führung der Abfallwirtschaft „unmöglich“ werde oder zu einer „gebührenrechtlichen Überforderung“ privater Haushalte führe.⁶⁷ Schließlich wird die „ernsthafte Gefährdung der Betriebswirtschaftlichkeit“ der öffentlich-rechtlichen Entsorgung für erforderlich erachtet. Vorliegend betätigt sich die A-GmbH in einem Ausmaß, das eine Gebührenerhöhung von max. 10 € pro Bewohner bewirken könnte – eine Entscheidung zwischen den unterschiedlichen Ansichten ist mithin entbehrlich; eine ernsthafte Gefährdung ist nicht erkennbar.

Ein wesentlicher Aspekt ist die Entsorgungssicherheit.⁶⁸ Unter diesem Aspekt kann das öffentliche Interesse auch schon unterhalb der Schwelle der Existenzgefährdung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungssystems berührt werden.

⁵² Das Problematisieren des Begriffs der „gewerblichen Sammlung“ kann von einem Studenten in einer Klausur nicht erwartet werden, zumal die meisten Gerichte eine gewerbliche Sammlung unproblematisch annehmen und das dezidierte Auseinandersetzen des BVerwG als „eigentliche Innovation“ bezeichnet wird, so *Schwind*, DVBl 2009, 1246 (1247).

⁵³ *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (412).

⁵⁴ *Schwind*, DVBl 2009, 1246 (1247).

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 31.

⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 32.

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 32.

⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 31.

⁵⁹ So VGH Mannheim NVwZ 2008, 1133 (1135); *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 107 ff. u. 160.

⁶⁰ OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1135); *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (413); *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 112.

⁶¹ OVG Lüneburg NVwZ 2008, 1137 (1138); *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (414).

⁶² Diesen Aspekt betont vor allem das OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

⁶³ *Karpenstein* (Fn. 28), S. 33.

⁶⁴ VGH Mannheim NVwZ 2008, 1133 (1138).

⁶⁵ *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 160.

⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 33 f.; OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

⁶⁷ *Karpenstein* (Fn. 28), S. 33.

⁶⁸ So ganz dezidiert das BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34.

Die Kommunen sind zur flächendeckenden Entsorgung verpflichtet und für den Ausfall des gewerblichen Sammlers trifft sie grundsätzlich eine Reserve- oder Auffangverantwortung.⁶⁹ Denn mit der Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG korrespondiert ein Entsorgungsanspruch nach § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG. Auf Grund dieser flächendeckenden und umfassenden Entsorgung ist eine entsprechende Infrastruktur mit öffentlichen Mitteln errichtet worden, angesichts dessen überwiegende Interessen einer gewerblichen Sammlung schon dann entgegenstehen können, wenn die Sammlung nach ihrer konkreten Ausgestaltung mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und Planungssicherheit nach sich zieht.⁷⁰ Von Bedeutung ist, ob der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zu einer wesentlichen Änderung und Anpassung seiner Entsorgungsstruktur – zum Beispiel durch Vorhaltung von Personal für den Fall, dass der gewerbliche Sammler infolge veränderter Marktbedingungen seine Tätigkeit einstellt und der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger deshalb möglicherweise unvermittelt zur Übernahme der Entsorgungstätigkeit genötigt sein sollte – gezwungen würde.⁷¹

Die A-GmbH kann sich vor Arbeit kaum noch retten. Allerdings basiert ihre Geschäftsidee darauf, dass der Preis für die PPK-Abfälle dauerhaft auf einem so hohen Niveau bleibt, dass sich ihre Tätigkeit noch gewinnbringend ausführen lässt. Für den Fall, dass die Preise für Rohstoffe auf den internationalen Märkten zusammenbrechen und aufgrund einer weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise eine schnelle Erholung nicht zu erwarten ist, erscheint ein Rückzug aus diesem Bereich durchaus wahrscheinlich. Damit verbunden wäre ggf. auch eine Veränderung der Entsorgungsstruktur des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers.

Seitens der Stadt K sind verschiedene Aspekte zu beachten⁷², wobei gerade der Gesichtspunkt der Planungssicherheit entscheidend ist. Dieser überwiegt auch gegenüber der Berufsfreiheit der A-GmbH, so dass letztlich die besseren Argumente für ein Entgegenstehen überwiegender öffentlicher Interessen sprechen.

f) Adressat der Verfügung

Zudem müsste sich die Untersagungsverfügung mit der A-GmbH an den richtigen Adressaten richten. Zumal das KrW-/AbfG zu dieser Frage keine speziellen Regelungen enthält,

kann insoweit auf die Grundsätze des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zurückgegriffen werden. Die Polizeipflichtigkeit oder Störereigenschaft bestimmt sich also nach § 218 Abs. 1 LVwG. Daran, dass die A-GmbH der richtige Adressat ist, könnte man aufgrund der Tatsache Zweifeln, dass die Pflicht des § 13 KrW-/AbfG zur Überlassung an die privaten Haushalte gerichtet ist. Allerdings führt letztlich erst das Auftreten eines gewerblichen Altpapiersammlers zum Entfallen der Überlassungspflicht, so dass er unmittelbar als Störer im polizeirechtlichen Sinn anzusehen ist. Eine Verfügung an die privaten Haushalte wäre insoweit auch nicht sachgerecht, da damit dann lediglich eine schon gesetzlich bestehende Pflicht aktualisiert werden könnte. Hilfsweise lässt sich die Störereigenschaft der A-GmbH auch über die Rechtsfigur des Zweckveranlassers begründen.⁷³

g) Zwischenergebnis

Die Untersagungsverfügung der Stadt K ist daher auch materiell rechtmäßig.

4. Zweckmäßigkeit

Die Begründetheit eines Widerspruchs kann sich neben der Rechtswidrigkeit auch aus der Zweckwidrigkeit der Verfügung ergeben. Allerdings sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die Behörde von sachfremden Motiven hat leiten lassen oder dass andere besser geeignete Maßnahmen zur Zielerreichung zur Verfügung stünden.

III. Ergebnis

Der Widerspruch der A-GmbH hat keine Aussicht auf Erfolg.

⁶⁹ Kahles, NordÖR 2009, 10 (14).

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34.

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34.

⁷² Des Weiteren wäre es denkbar, auf Art. 12 Abs. 1 GG hinzuweisen. Allerdings dürfte es sich nur um eine Ausübungsregelung handeln (BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 36), die durch vernünftige Gründe des Allgemeinwohls zu rechtfertigen ist. Auf Seiten der privaten Haushaltungen könnten auch noch Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 14 GG angesprochen werden, wobei diese Aspekte nicht entscheidend sind, vgl. *Karpenstein* (Fn. 28), S. 94 ff. Im Rahmen einer Klausurlösung kann hingegen eine Auseinandersetzung mit den vergaberechtlichen Auswirkungen nicht erwartet werden, s. dazu *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (415).

⁷³ So OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1134).

Übungsfall: Judge Posner, ein Kind und viele Schafe*

Von Akad. Rat Dr. **Bernd J. Hartmann**, LL.M. (Virginia), Münster

Den Schwerpunkt der Klausur bilden die Rechtfertigungsgründe im Straf- (§ 34 StGB) und im Zivilrecht (§ 904 BGB). Dabei geht es insbesondere um die Normtextorientierung der Abwägung. Durch die Klausur hindurch wieder kehren Fragen des Tierschutzes und zur juristischen Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts.

Sachverhalt

Kann die ökonomische Analyse des Rechts Ergebnisse zeitigen, die unserer Alltagsmoral widersprechen? Der U.S.-amerikanische Hochschullehrer und spätere Bundesrichter *Richard A. Posner* (*1939) meint: „Nein!“ Seine Position sucht er mit folgendem Beispielsfall zu veranschaulichen:

„[...] let there be 100,000 sheep worth in the aggregate more than any money value that can reasonably be ascribed to the child; must not the economist regard the driver as a good man, or at least not a bad man, when he decides to sacrifice the child? My answer is yes – and the same answer is given all the time in our (and every other) society. Dangerous activities are regularly permitted on the basis of a judgment that the costs of avoiding the danger exceed the costs to the victims. Only the fanatic refuses to trade off lives for property, although the difficulty of valuing lives is a legitimate reason for weighing them heavily in the balance when only property values are in the other pan.“¹

Welche Rechtsfolgen treffen den Autofahrer A nach hiesigem Straf-, Zivil- und allgemeinem öffentlichen Recht, falls er in einer sonst ausweglosen Situation a) die Schafe überfährt, um das Kind K zu retten, oder b) K überfährt, um die Schafe zu retten? Unterstellen Sie in jeder Alternative, dass der Plan gelingt: Die Schafe verenden und K bleibt ohne Blessuren bzw. umgekehrt. A ist Inhaber einer gültigen Fahrerlaubnis und auch Halter des Unfallwagens. Die Schafe stehen im Eigentum des E. § 17 Nr. 1 TierSchG lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet.“ Vergleichen Sie anschließend Ihre Ergebnisse, um kurz zu *Posners* Einschätzung Stellung zu nehmen, dass sein Beispielsfall auch hiesige, im geltenden Recht verarbeitete Moralvorstellungen zum Ausdruck bringe.

* *Bernd J. Hartmann* ist Akademischer Rat an der Universität Münster, Institut für Öffentliches Recht und Politik (Prof. *Dr. Bodo Pieroth*). Den Herren *Wiss. Mit. Tristan Barczak*, Prof. *Dr. Mark Deiters*, beide Münster, und Prof. *Dr. Christoph Thole*, Dipl.-Kfm., Tübingen, gilt mein Dank für wertvolle Hinweise.

¹ *Posner*, *The Journal of Legal Studies* 8 (1979), 103 (133).

Lösungsvorschlag

I. Sachverhaltsalternative: A überfährt die Schafe, um K zu retten

1. Strafbarkeit des A wegen des Überfahrens der Schafe

a) Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB

A hat sich gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, wenn er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft eine fremde Sache zerstört hat.

aa) Tatbestandsmäßigkeit

Ein Schaf müsste eine Sache sein. Sache i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB sind alle körperlichen Gegenstände, insbesondere Tiere.² Dabei kann offen bleiben, ob dieses Ergebnis aus einem eigenen Sachenbegriff des Strafrechts oder aus § 90a S. 3 BGB zu folgern ist. Auch Schafe sind also Sachen im Sinn des § 303 Abs. 1 StGB.

A müsste die fremden, nämlich im Eigentum des E stehenden, Sachen zerstört haben. Zerstören ist jede körperliche Einwirkung auf die Sache, welche die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit der Sache aufhebt.³ Ein totes Schaf ist zu nichts mehr zu gebrauchen. A hat die Sachen zerstört.⁴ Er hat die Tiere sehenden Auges überfahren und dabei ihr Verenden zumindest billigend in Kauf genommen. A handelte mit (Eventual-)Vorsatz.

bb) Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsverwirklichung könnte gerechtfertigt sein.

(1) Notwehr und Nothilfe verlangen gem. § 32 Abs. 1 StGB, dass die Handlung, hier also das Überfahren der Schafe, gegen den Angreifer gerichtet ist. Das folgt aus dem Merkmal der „Verteidigung“ in § 32 Abs. 2 StGB⁵. Doch von den Schafen des E drohte kein Angriff.

² BayObLG NJW 1992, 2306 (2307); NJW 1993, 2760 (2761); *Dürre/Wegerich*, JuS 2006, 712 (716); *Fahl*, JuS 2005, 808 (809); *Graul*, JuS 2000, 215 (219 f.); *Gropp*, JuS 1999, 1041 (1042).

³ Vgl. *Honig*, NJW 2009, 734 (736); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 303 Rn. 7, Vor. Rn. 4.

⁴ Der Sachverhalt hat vorgegeben, dass die Schafe verenden. Praktisch gesehen erscheint es mindestens als zweifelhaft, dass ein Autofahrer auf einen Streich 100.000 Schafe totfahren kann. Doch gilt für Klausurbearbeiter wie -ersteller, dass wir den von *Posner* vorgegebenen Sachverhalt nicht in Frage stellen dürfen. Zur im Jargon sog. „Sachverhaltsquetsche“ siehe *Hartmann*, in: *Pieroth* (Hrsg.), Hausarbeit im Staatsrecht: Musterlösungen und Gestaltungsrichtlinien für das Grundstudium, 2008, S. 2.

⁵ Vgl. BGHSt 5, 245 (248); 39, 374 (380); *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 32 Rn. 114; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 32

Voraussetzung des Defensivnotstands nach § 228 BGB ist es, dass die Gefahr „durch sie“ drohen muss, also durch die beschädigte Sache. Doch von den überfahrenen Schafen drohte auch keine Gefahr.

(2) A könnte gem. § 34 StGB im rechtfertigenden Notstand gehandelt haben.⁶ Das setzt zunächst voraus, dass A in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für das Leben des K die Schafe überfuhr, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. A befand sich in einer verkehrskritischen Situation. Es drohte, dass er das Kind überfahren würde. Darin liegt eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des K. Diese Gefahr war nur durch das Opfern der Schafe abzuwenden.⁷

§ 34 StGB setzt weiter voraus, dass bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dabei kommt es namentlich auf die betroffenen Rechtsgüter und den Grad der ihnen drohenden Gefahren an. Die betroffenen Rechtsgüter sind die Leben der Schafe und das Leben des K. Beide waren zu gleichem Grad gefährdet: Überfährt A das Kind, bleiben die Schafe unversehrt und K stirbt; überfährt A die Schafe, bleibt K unversehrt und die Schafe sterben.

Das Leben des K müsste die Leben der Schafe also wesentlich überwiegen. *Posner* würde das auch für diese Gesellschaft und unsere Zeiten verneinen („same answer is given all the time in [...] every [...] society“)⁸, eben weil der Geldwert („money value“ der Schafslieben laut Sachverhalt höher liegt als der des Kinderlebens.⁹ Eine ökonomische Betrachtung

Rn. 18; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 31.

⁶ Die hier gewählte Reihenfolge folgt einer Mindermeinung, siehe *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 164; vgl. auch *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 34 Rn. 6. Nach h.M. ist § 904 S. 1 BGB vorrangig, siehe *Erb*, in: Joecks/Miebach (Fn. 5), § 34 Rn. 12; *Fischer*, StGB, 57. Aufl. 2010, § 34 Rn. 22; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 34 Rn. 14.

⁷ Wenn die Möglichkeit bestanden hätte, sowohl die Schafe als auch das Kind zu verschonen, würde (selbst) *Posners* Effizienzargument (gerade) gebieten, beide zu retten. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Rettung der Schafe und des Kindes weniger „kostet“ als deren Tod.

⁸ Bearbeiter, die auf *Posners* Auffassung nicht im Rahmen der gutachterlichen Würdigung eingehen, sondern erst im Anschluss daran in der geforderten Stellungnahme, entsteht daraus kein Nachteil, weil die Aufgabe nicht war, *Posners* Rechtsauffassung (beispielsweise wie ein Revisionsgericht) nachzuprüfen, sondern den von ihm gestellten Sachverhalt rechtlich zu würdigen.

⁹ Auch dieses Geldwertverhältnis war laut Sachverhalt vorgegeben (vgl. Fn. 4). Über die Frage, ob sich der Wert eines Menschenlebens überhaupt bestimmen lässt, kann man streiten (vgl. zum „Kind-als-Schaden“-Problem *Thole*, in: *Hartmann u.a.*, Designer-Baby, Diagnostik und Forschung am ungeborenen Leben, 2008, S. 85 ff., und aus dem geltenden Recht § 844 Abs. 1 u. 2 BGB, § 10 StVG). *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl.

erlangt juristische Bedeutung jedoch allenfalls dann, wenn das geltende Recht keine entgegenstehenden Vorgaben macht.¹⁰ Das folgt für die Gerichte aus deren Gesetzesbindung gem. Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1, Art. 103 Abs. 2 GG.

Das Recht setzt die Rechtsgüter Leben und Eigentum ins Verhältnis. Einen ersten Anhaltspunkt liefert die Reihenfolge der benannten Rechtsgüter, wie sie § 34 StGB aufzählt, mit dem Leben an der Spitze und dem Eigentum am Schluss.¹¹ Zweitens kommt der Grad strafrechtlichen Schutzes hinzu.¹² Das Strafgesetzbuch schützt das Leben auf gesteigerte Weise. Es sieht sehr wohl das Eigentum, nicht aber das Leben als verzichtbar an und verteidigt dieses daher sogar gegen ein Suizidverlangen (vgl. § 216 StGB). Der Notstand entschuldigt nur bei einer Gefahr für das Leben (den Leib und die Freiheit), nicht aber für das Eigentum (gem. § 35 Abs. 1 S. 1 StGB). Das Strafrecht bedroht Mord mit lebenslänglicher und Totschlag mit Freiheitsstrafe zwischen fünf und fünfzehn Jahren (gem. § 211 Abs. 1, § 212 Abs. 1, § 38 Abs. 2 StGB). Tiertötung und Sachbeschädigung stehen dagegen unter einer deutlich milderen Strafanndrohung. § 17 Nr. 1 TierSchG sieht eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor. Die Strafanndrohung des § 303 Abs. 1 StGB umfasst eine Geldstrafe und Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren. Obwohl A durch dieselbe Handlung 100.000 Schafe getötet hat,¹³ würde gem. § 52 Abs. 1 StGB nur auf eine Strafe erkannt. Soweit die Tötung von Tieren mehrere Strafgesetze verletzen sollte, richtete sich die Strafe gem. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB nach dem Gesetz mit der schwersten Strafanndrohung, hier also ggf. nach § 17 Nr. 1 TierSchG. Der Strafraum reicht danach von einer Geldstrafe bis zur Freiheitsstrafe von drei Jahren. Bei der Strafzumessung wäre die mehrfache Tatbestandserfüllung gem. § 46 Abs. 2 StGB strafscharfend zu berücksichtigen (als Art der Ausführung und verschuldeter Auswirkung der Tat). Auch danach bliebe es aber bei der Obergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe.¹⁴ Die Strafe für die Sachbeschädigung von 100.000 Schafen läge also in jedem Fall deutlich

2005, S. 375, beispielsweise berechnen den „Wert der Todesverhütung“ mit dem 44-fachen des Bruttosozialprodukts pro Kopf, d.h. hierzulande zwischen ein und zwei Millionen Euro, die Bundesanstalt für Straßenwesen (*Höhnscheid/Straube*, Volkswirtschaftliche Kosten durch Straßenverkehrsunfälle in Deutschland 2003, info 10/05, S. 2) und der Journalist *Klare*, Was bin ich wert?, 2010, S. 264, nennen jeweils knapp 1,2 Mio. Euro.

¹⁰ Dazu *Hartmann*, Der Staat 50 (2011) (im Erscheinen).

¹¹ Vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 722 (723); *Fischer* (Fn. 6), § 34 Rn. 8; *Perron* (Fn. 6), § 34 Rn. 43.

¹² Vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 722 (723); einschränkend *Fischer* (Fn. 6), § 34 Rn. 8; *Perron* (Fn. 6), § 34 Rn. 43.

¹³ Sog. „natürliche Handlung“ oder „Handlung im natürlichen Sinn“, siehe *Lackner/Kühl* (Fn. 3), Vor. § 52, Rn. 3; von *Heitschel-Heinegg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 2/1, § 52 Rn. 18.

¹⁴ Vgl. nur von *Heitschel-Heinegg* (Fn. 13), § 52 Rn. 113.

unterhalb der Strafe für den Totschlag, einer Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren.

Einen dritten Anhaltspunkt liefern die Wertentscheidungen des Grundgesetzes.¹⁵ Diese strahlen auf die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts aus.¹⁶ Während das Recht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als Grundrecht geschützt ist, gewährt die Verfassung dem Tierschutz nur den Rang einer Staatszielbestimmung, siehe Art. 20a GG. Dass auf Seiten der Schafe auch noch das Eigentum des E streitet, gem. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ebenfalls ein Grundrecht, ändert nichts. Während die Sozialbindung des Eigentums vorgegeben ist (Art. 14 Abs. 2 GG), gibt es so etwas wie eine „Sozialbindung des Lebens“ nicht. Das zeigen auch jene Auffassungen in Rechtsprechung und Lehre, welche die Abwägung von Leben gegen Leben überhaupt ablehnen.¹⁷ Die Reduzierung des menschlichen Lebens zu einer pekuniären Rechengröße („money value“) lässt sogar nach der Verletzung der Menschenwürdegarantie fragen, die der Staat gem. Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur gegen staatliche, sondern auch gegen Eingriffe Privater schützen muss. All das lässt das Überwiegen des Lebensschutzes als wesentlich im Sinn des § 34 StGB erscheinen. Das gilt auch unter Berücksichtigung des „Eigenwert[s]“ der Tiere¹⁸ und selbst dann, wenn man – wie hier vorgegeben – unterstellt, dass die Schafe viel mehr Geld wert seien als K.¹⁹

Das Überfahren der Schafe war ein angemessenes Mittel i.S.d. § 34 StGB, um die beschriebene Gefahr für das Leben des K abzuwenden. A handelte laut Sachverhalt mit dem Willen, K zu retten. Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 34 StGB sind gegeben. A handelte gerechtfertigt.

cc) Ergebnis

Er ist nicht nach § 303 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

b) Strafbarkeit gem. § 17 Nr. 1 TierSchG

A könnte sich gem. § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar gemacht haben. Der Tatbestand ist neben § 303 Abs. 1 StGB anwendbar.²⁰ A müsste ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund getötet haben. Die Schafe sind Wirbeltiere im Sinn des

TierSchG.²¹ A hat die Schafe vorsätzlich getötet. Das müsste „ohne vernünftigen Grund“ geschehen sein.²² Ob in den ökonomischen Überlegungen ein solcher Grund liegt, kann offen bleiben. Jedenfalls ist die Tatbestandsverwirklichung aus den genannten Gründen gem. § 34 StGB gerechtfertigt. A ist nicht nach § 17 Nr. 1 TierSchG zu bestrafen.

c) Strafrechtliches Ergebnis

Als er die Schafe überfuhr, um K zu retten, hat sich A nicht strafbar gemacht.

2. Ansprüche auf Schadensersatz gegen A

a) Halterhaftung gem. § 7 Abs. 1 StVG

A könnte dem E gem. § 7 Abs. 1 StVG zum Schadensersatz verpflichtet sein. A hat bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs die Schafe, also Sachen auch i.S.d. Zivilrechts (§ 90a S. 3 BGB), beschädigt. Der Schaden, der Tod der Schafe, ist „daraus“ entstanden. Dass A den Schadensfall vorsätzlich herbeigeführt hat, steht nicht entgegen.²³ Eine Rechtfertigung der Schädigung wegen Notstands (§ 904 BGB, § 34 StGB) ist bei § 7 StVG ausgeschlossen: Dessen Gefährdungshaftung besteht gerade unabhängig von Verschulden und Rechtswidrigkeit.²⁴ Einschlägig könnte aber der Haftungsausschluss der höheren Gewalt gem. § 7 Abs. 2 StVG sein. Höhere Gewalt in diesem Sinn setzt voraus, dass ein von „außen“ (d.h. durch Naturereignisse oder durch Handlungen betriebsfremder Personen) einwirkendes, außergewöhnliches und nicht abwendbares Ereignis vorliegt.²⁵ Es ist aber geradezu verkehrstypisch und damit ganz gewöhnlich, dass ein Autofahrer einem Kind ausweichen muss (vgl. auch § 828 Abs. 2 BGB).²⁶ Zwar mag ein (im deliktsrechtlichen Sinn) rechtmäßiges Verhalten des Schädigers (etwa zur Abwehr der Gefahr eines größeren Schadens) als unabwendbar im Sinn des § 7 Abs. 2 StVG a.F. und des – hier ebenfalls nicht einschlägigen – § 17 Abs. 3 S. 2 StVG gelten können.²⁷ Doch die neue

¹⁵ Fischer (Fn. 6), § 34 Rn. 8.

¹⁶ Vgl. nur BVerfGE 73, 261 (269).

¹⁷ Für staatliche Abwägungen siehe BVerfGE 39, 1 (59) und weite Teile der Lehre, Nachweise z.B. bei *Pieroth/Hartmann*, Jura 2005, 729 (729 f.); zurückhaltender neuerdings BVerfGE 115, 118 (163 f. vs. 127, 130, 131, 134). Für § 34 StGB siehe BGHSt 35, 347 (350) m.w.N.; *Fischer* (Fn. 6), § 34 Rn. 9; *Perron* (Fn. 6), § 34 Rn. 23 f.; dort auch zur a.A.

¹⁸ Vgl. *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, Kommentar, 177. Lfg., Stand: Oktober 2009, § 17 TierSchG Rn. 9.

¹⁹ Vgl. in anderem Zusammenhang BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 722 (723); OLG Hamm NJW 1988, 1096 (1096); *Perron* (Fn. 6), § 34 Rn. 23, 43.

²⁰ *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 18), § 17 TierSchG Rn. 16.

²¹ Vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 mit Abs. 3 Nr. 1 u. 7 TierSchG, sowie § 9 Abs. 2 Nr. 7 S. 1 TierSchG. Weil zoologische Kenntnisse nicht vorausgesetzt waren, genügt an dieser Stelle die bloße Behauptung.

²² Die Voraussetzung wird als Rechtfertigungsgrund gelesen, siehe BayObLG NJW 1992, 2306 (2307); *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 18), § 17 TierSchG Rn. 8 f. Die Prüfung als Tatbestandsmerkmal erscheint ebenfalls als vertretbar.

²³ Vgl. BGHZ 37, 311 (313 ff.); *Greger*, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, 4. Aufl. 2007, § 3 Rn. 29; *Xanke*, in: ders. (Hrsg.), *Praxiskommentar Straßenverkehrsrecht*, 2009, § 7 StVG Rn. 18.

²⁴ Vgl. allgemein *Diederichsen/Wagner*, *VersR* 1993, 641 (643); *Wagner*, *JZ* 1991, 175 (175); besonders zu § 7 StVG *Greger* (Fn. 23), § 3 Rn. 24, 365, § 10 Rn. 1 f.

²⁵ Vgl. *Greger* (Fn. 23), § 3 Rn. 355.

²⁶ Vgl. *Burmman*, in: ders./Heß/Jahnke/Janker, *Straßenverkehrsrecht*, 21. Aufl. 2010, § 7 StVG Rn. 19 m.w.N.

²⁷ *Greger* (Fn. 23), § 3 Rn. 365, der das verallgemeinert aus OLG Hamm NJW 1988, 1096; OLG Koblenz NZV 1997,

Fassung des § 7 Abs. 2 StVG²⁸ wollte die Haftung mittels des Merkmals der höheren Gewalt anstelle des (bloß) unabwendbaren Ereignisses gerade verschärfen. Ein Haftungsausschluss ist daher abzulehnen. A, der Halter des Unfallwagens, ist gem. § 7 Abs. 1 StVG zum Schadensersatz verpflichtet.

Auf der Rechtsfolgenseite ergeben sich Art und Umfang des Schadensersatzes auch bei einer Haftung nach dem StVG aus §§ 249 ff. BGB, sofern das StVG keine Spezialregelung vorsieht.²⁹ Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist A verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn er die Schafe nicht überfahren hätte. In diesem Fall lebten die Schafe noch. Ist die Wiederherstellung – wie hier die Wiederbelebung der Schafe – unmöglich, hat A den E gem. § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Geld zu entschädigen. Für die Tötung der 100.000 Schafe schuldet A Ersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswertes.³⁰ § 12 Abs. 1 Nr. 2 StVG begrenzt diese Schadensersatzpflicht für alle Schafe zusammen auf eine Million Euro.

b) Fahrerhaftung gem. § 18 Abs. 1 S. 1 StVG

A könnte dem E gem. § 18 Abs. 1 S. 1 StVG auch als Fahrer zum Schadensersatz verpflichtet sein. Ein Fall des § 7 Abs. 1 StVG liegt vor. Die Fahrerhaftung dürfte nicht nach § 18 Abs. 1 S. 2 StVG ausgeschlossen sein. Das ist der Fall, wenn der Schaden nicht durch ein Verschulden des A verursacht wurde. A hat die Schafe vorsätzlich überfahren. Rechtfertigungsgründe sind nicht anwendbar. Die Haftung nach § 18 StVG erfasst (auch und gerade) rechtmäßige Schädigungen.³¹ A haftet demnach auch als Fahrer. Mit Blick auf Art und Umfang der Schadensersatzpflicht gilt das zur Halterhaftung nach § 7 Abs. 1 StVG Gesagte. § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG erfasst nach § 18 Abs. 1 S. 1 StVG auch die Fahrerhaftung.

c) Deliktshaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB

A könnte E nach § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz über den Höchstbetrag des § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG hinaus schulden, vgl. § 16 StVG. Voraussetzung ist die Verletzung eines in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechts oder Rechtsguts. A hat das Eigentum des E vorsätzlich verletzt. Die Verletzung könnte aber wegen Notstands gerechtfertigt sein. Nach § 904 S. 1 BGB darf E die Einwirkung des A auf seine Schafe nicht verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.³² Es ist notwen-

dig, die Schafe zu überfahren, um die gegenwärtige Gefahr für K abzuwenden.

Der drohende Schaden, der Tod des K, müsste darüber hinaus unverhältnismäßig viel größer sein als der dem E drohende Schaden, der Verlust der Schafe. Für das Zivilrecht legt bereits die Reihenfolge der Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB nahe, dass das Rechtsgut Leben gegenüber dem Rechtsgut Eigentum schon abstrakt-generell überwiegt. Dem StVG lässt sich dieselbe Wertung entnehmen. Danach haftet der Schädiger für die Beschädigung auch mehrerer Sachen durch dasselbe Ereignis bis zu einer Million Euro, für die Tötung eines Menschen dagegen bis zu fünf Millionen Euro (§ 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 Hs. 1 StVG). Dass es im konkreten Fall um das Leben (einer Vielzahl) von Tieren geht, verändert diese Wertung nicht. Das ergibt sich aus § 90a S. 3 BGB, wonach auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften anzuwenden sind, soweit nichts anderes bestimmt ist, und aus § 17 Nr. 1 TierSchG, der die Strafandrohung des § 303 StGB verschärft (von maximal zwei Jahren auf maximal drei Jahre Freiheitsstrafe), ohne der Strafandrohung des Lebensschutzes gem. § 212 Abs. 1, § 38 Abs. 2 StGB auch nur nahe zu kommen. Drittens sind auch hier die genannten Wertungen des Grundgesetzes zu beachten. Der Schaden eines Lebensverlustes ist für K nach alldem gegenüber dem Schaden der Sachbeschädigung für E unverhältnismäßig viel größer i.S.d. § 904 S. 1 BGB.³³ A handelt gerechtfertigt. Er schuldet E keinen Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB.

d) Schutzgesetzhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB

A könnte Schadensersatz auch nach § 823 Abs. 2 BGB schulden. Als Schutzgesetze kommen § 303 Abs. 1 StGB und § 17 Nr. 1 TierSchG in Betracht. Daneben tritt § 1 Abs. 2 StVO in den Blick. Gem. Art. 2 EGBGB meint Gesetz i.S.d. BGB jede Rechtsnorm. Die Straßenverkehrsordnung, eine gem. § 6 Abs. 1 StVG erlassene Rechtsverordnung, ist also ein Gesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. § 1 Abs. 2 StVO bezweckt, das zeigt bereits der Wortlaut der Norm, auch den Schutz anderer i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB.³⁴ Der beschriebene Notstand rechtfertigt indes auch hier. A schuldet Schadensersatz auch nicht nach § 823 Abs. 2 BGB.

e) Duldungshaftung gem. § 904 S. 2 BGB

Nach § 904 S. 2 BGB kann der duldungspflichtige Eigentümer einer Sache, auf die nach S. 1 der Vorschrift berechtigt

180; vgl. auch OLG München OLGR 1997, 162 (163); OLG Celle OLGR 2001, 118 (119).

²⁸ In Kraft seit dem 1.8.2002 aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002 (BGBl. I S. 2674).

²⁹ Greger (Fn. 23), § 3 Rn. 9, 224 ff.; Jahnke, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker (Fn. 26), Vor. § 249 BGB Rn. 37.

³⁰ Vgl. OLG Schleswig NJW-RR 1994, 289; Jahnke, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker (Fn. 26), § 249 BGB Rn. 148.

³¹ Vgl. Greger (Fn. 23), § 10 Rn. 1 f.

³² Im Rahmen der Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche gebührt § 904 S. 1 BGB der Vorrang gegenüber § 34 StGB, vgl. Erb,

JuS 2010, 17 (19); Jauernig, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl. 2009, § 904 Rn. 8; vgl. aber auch Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 904 Rn. 1; Ellenberger, in: Palandt (Fn. 32) § 228 Rn. 2.

³³ Vgl. Schulte-Nölke, in: Nomos Handkommentar zum BGB, 6. Aufl. 2009, § 904 Rn. 2, und Jauernig (Fn. 32), § 904 Rn. 4.

³⁴ AG Frankfurt a.M. NJW-RR 1995, 728 (728); Greger (Fn. 23), § 11 Rn. 7; Xanke (Fn. 23), § 1 StVO Rn. 130; vgl. BGHZ 23, 90 (97).

eingewirkt wurde, Ersatz seines Schadens verlangen. Die ungeschriebene Voraussetzung, dass A zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt haben muss,³⁵ ist erfüllt. Den Schadensersatz schuldet nach herrschender Meinung der Einwirkende A, nicht der Begünstigte K.³⁶ Die Haftungshöchstgrenze des § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG gilt nicht für Ansprüche aus § 904 S. 2 BGB.³⁷

f) Zivilrechtliches Ergebnis

A schuldet Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswerts der Schafe gem. § 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1, § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG und unbegrenzt gem. § 904 S. 2 BGB.

3. Öffentlich-rechtliche Folgen

Fehlverhalten im Straßenverkehr kann auch Verwaltungsrecht darstellen. Doch wird gem. § 21 Abs. 1 OWiG nur das Strafgesetz angewendet, wenn eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist. Auch Ordnungswidrigkeiten wären überdies wegen Notstands gerechtfertigt (siehe § 16 OWiG, der inhaltlich § 34 StGB entspricht).

4. Rechtsgebietsübergreifendes Ergebnis der 1. Sachverhaltsalternative

A drohen weder straf- noch sonst öffentlich-rechtliche Sanktionen. Er schuldet lediglich Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswertes der Schafe gem. § 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1, § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StVG und gem. § 904 S. 2 BGB.³⁸

³⁵ BGHZ 92, 357 (359); *Jauernig* (Fn. 32), § 904 Rn. 5.

³⁶ BGHZ 6, 102 (105); BayObLGZ 2002, 35 (44); *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 32), § 904 Rn. 5; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 25 Rn. 8; *Schulte-Nölke* (Fn. 33), § 904 Rn. 7; *Jauernig* (Fn. 32), § 904 Rn. 5. Nach a.A. haftet der Begünstigte, so LG Essen NZM 1999, 95; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Besonderer Teil, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 85 Abs. 1 S. 1 b (S. 655); *Säcker*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 904 Rn. 17 f.; *Staudinger/Seiler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2002, § 904 Rn. 38.

³⁷ Es ist ebenfalls vertretbar, die Duldungshaftung aus § 904 S. 2 BGB mit dem Argument zu verneinen, dass A die strafrechtliche Pflicht traf, die Schafe zu überfahren, um das Kind zu retten. Bei einer Handlungspflicht verneint den Ersatzanspruch etwa *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 32), § 904 Rn. 5 (zu § 323c StGB) m.w.N.; wie hier dagegen *Säcker*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 36), § 904 Rn. 18.

³⁸ Die Frage, ob A von K den Ersatz dieser Kosten verlangen kann, hat der Sachverhalt nicht aufgeworfen.

II. Sachverhaltsalternative: A überfährt K, um die Schafe zu retten

1. Strafbarkeit des A wegen der Tötung des K

a) Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB

aa) Tatbestandsmäßigkeit

A könnte wegen Totschlags zu bestrafen sein. Indem A vorsätzlich K tötete, hat er den Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt.

bb) Rechtswidrigkeit

Die Tat könnte gerechtfertigt sein. Notwehr und Nothilfe gem. § 32 StGB entfallen, weil von K kein Angriff ausging. A könnte aber im Notstand gehandelt haben. Das setzt gem. § 34 StGB zunächst voraus, dass A den K in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut überfuhr, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. A befand sich in einer verkehrskritischen Situation. Es drohte, dass A die Schafe überfahren würde. Darin liegt eine gegenwärtige Gefahr für das Leben der Schafe. Leben i.S.d. § 34 S. 1 StGB meint aber nur das Leben von Menschen. Mit dem Leben der Schafe ist indes zugleich das Eigentum des E an den Schafen bedroht. Die Gefahr, die dem Eigentümer der Schafe und den Schafen selbst drohte, war nur durch die Tötung des K abzuwenden. § 34 StGB setzt weiter voraus, dass bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dabei kommt es nach dem Gesagten wieder allein auf die betroffenen Rechtsgüter an. Das Leben der Schafe müsste das Leben des K wesentlich überwiegen. Doch liegen die Dinge wie ausgeführt gerade umgekehrt. A hat K ungerechtfertigt getötet.

cc) Schuld

§ 35 Abs. 1 S. 1 StGB entschuldigt nicht: Die Gefahr droht nur dem Eigentum.

dd) Ergebnis

A hat sich wegen Totschlags strafbar gemacht.

b) Mord gem. § 211 StGB (Habgier)

A könnte wegen Mordes nach § 211 StGB zu bestrafen sein. Habgier ist die ungehemmte, überzogene und sittlich anstößige Steigerung des Erwerbssinns.³⁹ Als Unterfall der niedrigen Beweggründe müsste das Handeln des A auf sittlich tiefster Stufe stehen. *Posner* würde dieses Mordmerkmal verneinen. Er meint ja gerade, dass die Tötung des K zur Kostenvermeidung moralisch keinesfalls als schlechte, wenn nicht sogar als gute Tat zu bewerten sei („a good man, [...] at least not a bad man“). Auch hiesige Kommentatoren streiten für eine „rein ökonomisch[e]“ Konturierung der Habgier.⁴⁰ Aus dieser Perspektive ist zunächst festzuhalten, dass die Tötung des K

³⁹ *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 211 Rn. 4.

⁴⁰ *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 211 Rn. 67, vgl. aber auch Rn. 59 f., 63.

das Vermögen des A mehren dürfte. Weil die Schafe laut Sachverhalt wertvoller sind als das Leben des K, führt die Tötung der Schafe zu einem höheren Schadensersatz als die Tötung des K. A tötet K laut Sachverhalt ausdrücklich, um die Schafe zu retten. Der Sachverhalt besagt aber nicht ausdrücklich, dass A so verfährt, um die höhere Schadensersatzpflicht zu vermeiden, die ihn bei der Tötung der Schafe träfe. Wer den Sachverhalt so versteht, dass A diese Konsequenzen erkannt hat und das Kind deshalb aus finanziellen Erwägungen heraus kaltblütig opferte („sacrifice“), dürfte einen Mord als verwirklicht ansehen.⁴¹ Wer dagegen darauf abstellt, dass A in dem kurzen Moment des Handelns die Konsequenzen nicht hat übersehen und das Kind daher auch nicht aus finanziellen Erwägungen heraus hat kaltblütig opfern können, wird die Verwirklichung eines Mordes verneinen.

c) *Gefährliche Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB*

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung des K strafbar gemacht. Der Wagen ist ein gefährliches Werkzeug, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art der Benutzung im Einzelfall geeignet ist, nicht unerhebliche Körperverletzungen zu bewirken (Nr. 2 Alt. 2). Die Handlung des A war sowohl abstrakt als auch konkret lebensgefährlich (Nr. 5). Die gefährliche Körperverletzung tritt jedoch als notwendiges Durchgangsstadium der Tötung hinter den Totschlag zurück.

d) *Strafrechtliches Ergebnis*

A droht eine Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren gem. §§ 212 Abs. 1, 38 Abs. 2 StGB. Dass K noch ein Kind ist, mag im Fall auf einer emotionalen Ebene nach einer härteren Strafe verlangen. Doch dass das „unschuldige“ Kind sein „Leben noch vor sich“ hat,⁴² fällt juristisch nicht verschärfend ins Gewicht, lässt der Strafrechtsschutz des Lebens doch Wertabstufungen nach dem Alter grundsätzlich nicht zu.⁴³ Wegen der Tötung des K kommen aber ein Fahrverbot als Nebenstrafe gem. § 44 StGB⁴⁴ und die Entziehung der Fahrerlaubnis samt Anordnung einer Sperrfrist für eine Neu-

erteilung als Maßregel der Besserung und Sicherung gem. §§ 69 f. StGB⁴⁵ in Betracht.

2. *Ansprüche auf Schadensersatz gegen A*

a) *Halter- und Fahrerhaftung gem. § 7 Abs. 1 und § 18 Abs. 1 S. 1 StVG*

K starb „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeuges. A ist als Halter gem. § 7 Abs. 1 StVG und, weil er vorsätzlich handelte, als Führer des Kraftfahrzeuges gem. § 18 Abs. 1 S. 1 StVG zum Ersatz verpflichtet. Der Ersatzanspruch umfasst gem. § 11 S. 2 StVG ggf. auch Schmerzensgeld (etwa der Eltern des K).⁴⁶ Nach §§ 10, 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StVG haftet A mit höchstens fünf Millionen Euro.

b) *Deliktshaftung gem. § 823 Abs. 1 BGB*

A hat das Leben des K vorsätzlich verletzt. Eine Rechtfertigung nach § 904 BGB, § 34 StGB kommt aus den genannten Gründen nicht in Betracht. A ist gem. §§ 823 Abs. 1, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz einschließlich Schmerzensgeld verpflichtet.

c) *Schutzgesetzhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 212 StGB und § 1 Abs. 2 StVO*

Ein Schadensersatzanspruch gegen A könnte sich auch aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben. Das setzt voraus, dass A gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen hat. A hat sich wegen Totschlags strafbar gemacht, siehe oben. § 212 Abs. 1 StGB ist ein drittschützendes Gesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB.⁴⁷ Gleiches gilt für § 1 Abs. 2 StVO. Gegen diese Vorschrift hat A verstoßen. Er ist auch nach §§ 823 Abs. 2, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB in vollem Umfang schadensersatzpflichtig.

d) *Zivilrechtliches Ergebnis*

A ist nach §§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, 11 S. 2 StVG bis zur Haftungshöchstgrenze und gem. §§ 823 Abs. 1 u. 2, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB zum vollen Schadensersatz verpflichtet.

3. *Öffentlich-rechtliche Folgen*

Der Verstoß gegen § 1 Abs. 2 StVO ist ordnungswidrig gem. § 24 StVG, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO. Die Ordnungswidrigkeit tritt gem. § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG hinter den verwirklichten Straftatbestand zurück. Die Fahrerlaubnis

⁴¹ Nach einer Mindermeinung setzt Habgier voraus, dass es um die Vermögensvermehrung geht; die Vermögenserhaltung genüge nicht; so Mitsch, JuS 1996, 121 (124 f.); Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 211 Rn. 17 m.w.N.; a.A. BGHSt 10, 399; BGH NStZ 1993, 385 (386); Köhne, Jura 2008, 805; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 211 Rn. 4; Schneider (Fn. 40), § 211 Rn. 65 m.w.N.

⁴² Vgl. LG Krefeld, zit. nach BGH NStZ 1996, 129 (129).

⁴³ BGH NStZ 1996, 129; Lackner/Kühl (Fn. 3) § 34 Rn. 7 m.w.N. Dasselbe dürfte auch für den Grad der „Unschuld“ gelten.

⁴⁴ Vgl. Geppert, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 44 Rn. 5.

⁴⁵ Vgl. Geppert, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 44), Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 69 Rn. 21.

⁴⁶ Nach geltendem Recht können nahe Familienangehörige nur unter engen Voraussetzungen sog. Schockschäden ersetzt verlangen, siehe Jahnke, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker (Fn. 26), Vor. § 249 BGB Rn. 63 ff. m.w.N. sowie (de lege lata und de lege ferenda) Schramm, Haftung für Tötung, 2010, S. 146 ff., 406 ff.

⁴⁷ Vgl. OLG Rostock Beschl. v. 21.6.1994 – 1 W 33/94, LexisNexis.

kann nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 u. 4 StVG auch die Fahrerlaubnisbehörde entziehen.

4. Rechtsgebietsübergreifendes Ergebnis der 2. Sachverhaltsalternative

A droht jedenfalls eine Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren wegen Totschlags gem. § 212 StGB. Er schuldet Schadensersatz bis zur Höhe von fünf Millionen Euro gem. §§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, 11 S. 2 StVG und unbegrenzt gem. §§ 823 Abs. 1 u. 2, 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB. A muss mit der Entziehung der Fahrerlaubnis rechnen.

III. Vergleichende Stellungnahme

Posner hat Recht: Wir erlauben das Autofahren (im Gegensatz zum, sagen wir, S-Bahn-Surfen), obwohl wir wissen, dass bei Verkehrsunfällen im ganzen Land jeden Tag viele Menschen sterben müssen.⁴⁸ Wir erlauben das Autofahren trotzdem, weil wir (im Gegensatz zum S-Bahn-Surfen) den Nutzen, den wir darin sehen, als gewichtiger betrachten. Posner hat zugleich Unrecht, und zwar auf eine fundamentale Weise. Zieht man Bilanz, würde der Posner-Fahrer zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt, verlöre die Fahrerlaubnis und schuldet Schadensersatz samt Schmerzensgeld. Der Alternativ-Fahrer müsste dagegen bloß den Wert der Schafe ersetzen. Indem Posner die Wertung, die uns das Autofahren erlauben lässt, auf seinen Fall überträgt, unterläuft ihm ein fataler Fehlschluss. Aus der Erlaubnis des Autofahrens folgt nicht, dass wir Leib und Leben mit ihrem Geldwert gegen Sachwerte verrechnen können (und schon gar nicht zum Kurs von 1:1). Dass dieselbe Rechtsordnung, die das Autofahren erlaubt, Leib und Leben jedenfalls in Posners Fall immer noch höher bewertet als Eigentum und Besitz, hat die Falllösung zu zeigen versucht. Nimmt man das Recht als Ausdruck gesellschaftlicher Moralvorstellungen, als „ethisches Minimum“⁴⁹, ist Posner nicht nur juristisch, sondern auch moralisch zu widersprechen. Dass der Schadensersatz für die Schafe höher liegt als der Schadensersatz für die Tötung des K, wiegt die hohe Freiheitsstrafe nicht auf. Nach hiesiger Auffassung sollte A moralisch wie juristisch die Schafe überfahren. Posners Wertung, dass A besser das Kind überfährt, gilt hierzulande also nicht. Dabei ist Posner kein Hinterbänkler, sondern der mit Abstand meistzitierte Rechtswissenschaftler der Vereinigten Staaten von Amerika,⁵⁰ gilt als „die zentrale Figur und ein wichtiger Vorkämp-

fer der Ökonomischen Analyse des Rechts“⁵¹ und wird hierzulande gar mit *Rudolf von Jhering* verglichen.⁵² Ob er den Fall heute noch beurteilen würde wie 1979, ist freilich nicht ausgemacht. Posner, ohnehin für (über-)pointierte Positionen bekannt⁵³, hat seine Auffassung, der Kritik teilweise („slightly“) Rechnung tragend, inzwischen überdacht.⁵⁴ Klarzustellen ist freilich: Sowohl unter Ökonomen als auch unter Juristen herrscht die Meinung, dass die ökonomische Analyse des Rechts nicht *gegen* Recht und Gesetz, sondern nur innerhalb dieses Rahmens von Bedeutung sein kann.⁵⁵

⁵¹ *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 166, mit Verweis auf *Coase*; vgl. auch *Lüdemann/Magen*, ZRph 2010, 97 ff.

⁵² *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, S. XIII.

⁵³ Vgl. *Schlink*, *Vergewisserungen. Über Politik, Recht, Schreiben und Glauben*, 2005, S. 283 ff.

⁵⁴ Vgl. etwa *Posner*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* (JLEPP) 2 (1985), 85 (103 ff.); *ders.*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2002, S. 13; vgl. auch *Mathis* (Fn. 51), S. 167 ff., 206 f.

⁵⁵ Vgl. in diesem Sinn *Buchanan*, *Virginia Law Review* 60 (1974), 483 (489 ff.); *Calabresi*, *Cost of Accidents*, 1970, S. 19 f.; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 414, 489 f.; *Fleischer/Zimmer*, in: *dies.* (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 9 (24); *Gröpl*, *VerwArch* 93 (2002), 459 (466 ff.); *Grzeszick*, *JZ* 2003, 647 (650, 654); *Kahl*, *Die Verwaltung* 42 (2009), 463 (494); *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2008, S. 271; *Korioth*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2009, § 44 Rn. 1 (S. 85 f.); *Lepsius*, in: *Die Verwaltung* 32 (1999), 429 (444); *Möllers*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, § 3 Rn. 45; *Morlok*, in: *Engel/Morlok* (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 1 (26); *Ott/Schäfer*, *JZ* 1988, 213 (214); *Schweizer*, in: *Franz/Hesse/Ramser/Stadler* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse von Verträgen*, 2000, S. 112 (S. 114).

⁴⁸ Im Jahr 2008 waren hierzulande 413.524 Verunglückte zu verzeichnen, davon 4.477 Getötete, siehe Statistisches Bundesamt, *Unfallentwicklung auf deutschen Straßen 2008*, 2009, S. 7.

⁴⁹ *Jellinek*, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. Aufl. 1908, S. 45.

⁵⁰ *Shapiro*, *Journal of Legal Studies* 29 (2000), 409 (415, 424 f., Stand: Januar 1999). Es ist hier nicht der Ort, um über den Zusammenhang zwischen der Plausibilität einer These und der Zahl der Zitate dieser These zu spekulieren.

Übungsfall: Ein Arzt auf Abwegen

Von Rechtsreferendar **Paul Krell**, Heidelberg

Der Fall, der einen hohen Schwierigkeitsgrad hat, wurde (unter Ausklammerung der Konkurrenzen) im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft „Strafrecht I“ an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Übungsklausur gestellt. Die Schwerpunkte liegen beim Rücktritt vom Versuch nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB, dem Irrtum des Hintermanns über die Gutgläubigkeit seines Werkzeugs sowie der actio libera in causa. Die durchschnittlich erzielte Punktzahl lag bei 5,25 Punkten; 37,5% der Bearbeiter bestanden die Klausur nicht.

Sachverhalt

Der Arzt A ist in seine Kollegin B verliebt, die zum Ärger des A jedoch bereits mit N liiert ist. Als N eines Tages in das Krankenhaus eingeliefert wird, in dem auch A arbeitet, sieht dieser die ideale Gelegenheit gekommen, den unliebsamen Nebenbuhler aus dem Weg zu räumen. Er weist daher die Krankenschwester K an, N ein Schmerzmittel zu geben und gibt ihr auch gleich eine vorbereitete Spritze. Diese enthält allerdings kein Schmerzmittel, sondern ein tödlich wirkendes Gift. K durchschaut zwar das Vorhaben des A, nimmt aber aus Gleichgültigkeit gleichwohl die Spritze entgegen und injiziert sie N.

Wenig später wird K jedoch ob ihres Verhaltens von Reue gepackt. Sie ist sich zwar darüber im Klaren, dass sie sofort zu einem Arzt gehen und den Vorfall melden könnte. Von dieser Möglichkeit sieht sie aber ab, weil sie eine Strafverfolgung fürchtet. Stattdessen gibt K dem Krankenhaus telefonisch einen anonymen Hinweis, obwohl sie sich des Umstandes bewusst ist, dass hierdurch die erforderlichen Maßnahmen verzögert werden und N zwischenzeitlich versterben kann. N kann jedoch in Folge des Anrufs gerade noch rechtzeitig gerettet werden und trägt außer einer starken Übelkeit keine Folgen davon.

Als A klar wird, was passiert ist, beschließt er K zu erschießen, bevor diese den Verdacht auf ihn lenken kann. Hierfür trinkt sich der nicht alkoholgewöhnte A zu Hause Mut an und lauert K dann nach deren Schichtende vor dem Krankenhaus am Personalausgang auf. Als eine Gestalt das Krankenhausgelände verlässt, schießt A diese mit einem Schuss nieder. Gerade als A sich anschickt, die Leiche zu manipulieren, um das Ganze wie einen Raubüberfall aussehen zu lassen, erkennt er, dass er in Folge seiner Alkoholisierung nicht K, sondern B erwischt hat. Verärgert verlässt A den Tatort. B wird kurz darauf zufällig von einem Rettungswagen entdeckt, mitgenommen und notoperiert. Sie verstirbt jedoch wegen eines leicht fahrlässigen Kunstfehlers des operierenden Arztes.

K wiederum berichtet der Polizei von der Spritze, die sie von A erhalten hat, woraufhin A festgenommen wird. Eine Blutprobe ergibt, dass A zur Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration von 3,6 ‰ hatte.

Strafbarkeit der Beteiligten? §§ 224, 226 StGB sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Das Geschehen im Krankenhaus

A. Strafbarkeit der K

I. Versuchter Mord, §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem sie N die Spritze mit dem Gift injizierte, könnte sich K eines versuchten Mordes gem. §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. N ist nicht tot, der tatbestandliche Erfolg der §§ 212, 211 StGB somit nicht eingetreten. Der versuchte Mord ist nach §§ 23 Abs. 1, 12 StGB strafbar.

1. Tatbestand

a) K müsste zunächst Tatentschluss zum Mord gehabt haben. Dies setzt Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale voraus.¹

aa) K wusste um die tödliche Wirkung der Spritze, die ihr jedoch gleichgültig war. Sie handelte insoweit mit *dolus directus* 2. Grades.

bb) K könnte ferner Tatentschluss hinsichtlich des Mordmerkmals „Heimtücke“ gehabt haben. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt.² Arglos ist, wer sich zur Zeit der Tat keines Angriffes versieht.³ Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist.⁴ N ging davon aus, ein Schmerzmittel zu erhalten. Mit einem Angriff auf sein Leben rechnete er nicht und war somit auch außerstande, sich gegen diesen zu wehren. Die umstrittene Frage, ob die verfassungsrechtlich gebotene Restriktion des Heimtückemerkmals durch das Erfordernis einer feindlichen Willensrich-

¹ Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, Rn. 656; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2006, § 15 Rn. 23; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 26 Rn. 26; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2009, § 13 Rn. 3; Wessels/Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Aufl. 2009, Rn. 598; instruktiv Putzke, *JuS* 2009, 894 (896 f.).

² BGHSt 32, 382 (383 f.); BGH NStZ 2009, 369 (370); NStZ 2009, 501 (502); Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 57. Aufl. 2010, § 211 Rn. 34; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 44; Joecks, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 8. Aufl. 2008, § 211 Rn. 26; Kett-Straub, *JuS* 2007, 515 (517); Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl. 2007, § 211 Rn. 23; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2010, Bd. 2, § 211 Rn. 50.

³ BGH NStZ 2009, 369 (370); 2009, 501 (502); Fischer (Fn. 2), § 211 Rn. 35; Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2009, § 211 Rn. 38.

⁴ BGH NStZ 2009, 369 (370); Fischer (Fn. 2), § 211 Rn. 39; Momsen (Fn. 3), § 211 Rn. 44.

tung⁵ oder eines verwerflichen Vertrauensbruches⁶ zu erreichen ist, kann hier offenbleiben, da nach beiden Ansichten heimtückisches Handeln gegeben war. K handelte in feindlicher Willensrichtung und angesichts ihrer Stellung als Krankenschwester – infolge derer sie sogar Beschützergarantin für N ist⁷ – lag ein verwerflicher Vertrauensbruch ebenfalls vor. K handelte somit heimtückisch.

b) Indem sie die tatbestandliche Handlung vorgenommen hat, hat K auch unmittelbar zur Tat angesetzt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafbefreiender Rücktritt (§ 24 Abs. 1 StGB)

Indem K dem Krankenhaus einen anonymen Hinweis gab, könnte sie jedoch vom Mordversuch strafbefreiend zurückgetreten sein.

a) Da K den Erfolg durch bloßes Geschehenlassen hätte herbeiführen können, lag kein fehlgeschlagener Versuch vor.

b) Obwohl man angesichts der Beteiligung des A an der Tat der K § 24 Abs. 2 StGB für einschlägig erachten könnte, würde nach zutreffender h.M. § 24 Abs. 1 StGB dann Platz greifen, wenn K wegen ihrer alleinigen Tatherrschaft Haupttäterin wäre; hierauf kommt es aber schon deshalb nicht an, weil sich bei Anwendung des § 24 Abs. 2 StGB keine anderen Anforderungen an die Rücktrittshandlung ergeben.⁸ Der Prüfungsmaßstab des Rücktritts richtet sich mithin danach, ob ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorliegt.⁹ Ein unbeendeter Versuch ist dabei zu bejahen, wenn der Täter glaubt, alles zum Eintritt der Vollendung Erforderliche getan zu haben.¹⁰ So liegen die Dinge hier: K hätte dem Geschehen nur seinen Lauf lassen müssen und das Gift hätte seine tödliche Wirkung entfaltet.

c) Damit sind die Anforderungen an die Rücktrittshandlung der K § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB zu entnehmen. Hiernach ist erforderlich, dass K die Vollendung der Tat verhindert. Problematisch ist hier allerdings, dass die Rücktrittshandlung der K sich auf den anonymen Anruf beschränkte, obwohl – wie K wusste – die direkte Hinzuziehung eines Arztes das Risiko für N verringert hätte. Fraglich und umstritten ist, welche Anforderungen im Rahmen des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB an den Täter zu stellen sind. Die h.M. lässt es ausreichen, dass der Täter – wie hier – eine Rücktrittshandlung vornimmt, die in zurechenbarer Weise (mit-)ursächlich für das Ausbleiben des Erfolges wird.¹¹ Dagegen richtet sich die Gegenauffassung, die vom Täter verlangt, dass er aus mehreren denkbaren Rücktrittshandlungen die sicherste, die optimale wählt.¹² Sie wendet ein, demjenigen, der nur gleichsam „halbherzig“ von seinem Versuch zurücktrete, sei die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts zu versagen. Im Übrigen würde andernfalls der taugliche Versuch gegenüber dem untauglichen Versuch benachteiligt, weil bei letzterem nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB stets ein ernsthaftes Bemühen erforderlich sei. Auf dem Boden dieser Meinung hätte A keine ausreichende Rücktrittshandlung vorgenommen. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Sie findet im Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB keine Stütze und fügt sich auch nicht in die Systematik der Rücktrittsregeln ein. Gegen sie spricht auch der Gedanke des Opferschutzes, weil ein „halbherziges“ Rücktrittsverhalten für das Opfer immer noch besser ist als gar keines.

d) K handelte auch aus autonomen Motiven¹³ und somit freiwillig.

K ist damit strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten.

II. Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB

K könnte sich aber einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Die von N empfundene Übelkeit stellte eine üble und unangemessene Behandlung, damit eine körperliche Misshandlung dar. Ebenfalls lag darin ein krankhafter, pathologischer Zustand, der medikamentös behandelt werden musste, damit eine Gesundheitsschädigung.

⁵ BGHSt 9, 385 (390); BGH NSTz 2009, 369 (370); *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 44a; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 211 Rn. 6.

⁶ Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 211 Rn. 26 m.w.N.; *Jakobs*, JZ 1984, 996 (997 f.).

⁷ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 50 Rn. 31; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Bd. 1, § 13 Rn. 36; *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Bd. 1, § 13 Rn. 39.

⁸ *Loos*, Jura 1996, 518; vgl. zur h.M. *Lilie/Albrecht*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 24 Rn. 96; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 305; *Rengier* (Fn. 1), § 37 Rn. 13; a.A. etwa *Herzberg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 1, § 24 Rn. 189.

⁹ Krit. zu dieser überkommenen methodischen Vorgehensweise *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (251 ff.).

¹⁰ BGH NSTz 1993, 39 (40); *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 795; *Kühl* (Fn. 1), § 16 Rn. 25; *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lieferung, Stand: November 2009, § 24 Rn. 15; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 638.

¹¹ Vgl. etwa BGH NSTz 2008, 508 (509); *Beckemper*, in: von Heitschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010, § 24 Rn. 51; *Engländer*, JuS 2003, 641 (644); *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 851; *Jäger*, Jura 2009, 53 (58); *Joecks* (Fn. 2), § 24 Rn. 25; *Rengier* (Fn. 1), § 37 Rn. 124; *Rudolphi*, NSTz 1989, 508 (511 ff.); *ders.* (Fn. 10), § 24 Rn. 27c; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 644; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 7), § 24 Rn. 59, wobei auf das Erfordernis der Zurechenbarkeit teils verzichtet wird.

¹² *Herzberg*, NJW 1989, 863 (865 ff.); *Mitsch* (Fn. 1), § 27 Rn. 28; *Murmann*, Versuchsrecht und Rücktritt, 1999, S. 65; *Puppe*, NSTz 1995, 403 (404); differenzierend *Roxin* (Fn. 8), § 30 Rn. 237 ff.

¹³ Vgl. *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 809; *Joecks* (Fn. 2), § 24 Rn. 21; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 651 f.; vertiefend *Zaczyk* (Fn. 11), § 24 Rn. 68 ff.

Zwar liegt hinsichtlich der Verabreichung der Spritze grundsätzlich eine rechtfertigende Einwilligung durch N vor. Eine solche kann jedoch unwirksam sein, wenn sie an wesentlichen Willensmängeln leidet. N hat hier lediglich in die Körperverletzung durch die Injektion eines Schmerzmittels eingewilligt, nicht aber in die eines tödlich wirkenden Giftes. Die Einwilligung ist damit unwirksam, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob dies einen rechtsgutbezogenen Willensmangel voraussetzt,¹⁴ weil ein solcher gerade vorliegt.

B. Strafbarkeit des A

I. Versuchter Mord in mittelbarer Täterschaft, §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

A könnte sich eines versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft schuldig gemacht haben, indem er der K die Giftspritze gab und sie anwies, diese N zu injizieren.

1. Tatbestand

a) A hatte Vorsatz (*dolus directus* 1. Grades) hinsichtlich der Tötung des N. Nach der für den Tatentschluss maßgeblichen Vorstellung des A könnten ferner die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft vorgelegen haben. Diese setzt ein menschliches Werkzeug voraus, über das der Täter kraft überlegenen Wissens oder Willens Tatherrschaft hat, wobei die Werkzeugqualität typischerweise in einem Strafbarkeitsmangel des Tatmittlers zu sehen ist.¹⁵ A hielt K für gutgläubig und wähte somit ein deliktisches Defizit bei deren Vorsatz. Seiner Vorstellung zu Folge lagen damit die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB vor. Auf den Umstand, dass K in Wahrheit das Vorhaben des A durchschaute,¹⁶ kommt es dagegen nicht an, weil im Rahmen des Tatentschlusses alleine seine Vorstellung zu Grunde zu legen ist. Auch die heimtückische Begehungsweise war vom Vorsatz des A gedeckt.

Allein aus dem Umstand, dass A den N töten will, weil dieser mit K liiert ist, kann auf das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe dagegen nicht geschlossen werden.¹⁷

¹⁴ Vgl. zum Streitstand *Kühl* (Fn. 1), § 9 Rn. 37 ff.; *Rengier* (Fn. 1), § 23 Rn. 23 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 97 ff.

¹⁵ *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2009, Rn. 1243; *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 25 Rn. 4; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 537.

¹⁶ Die Bösgläubigkeit des Werkzeugs steht der Annahme einer mittelbaren Täterschaft grds. entgegen. Für die Tatherrschaftslehre versteht sich das von selbst. Allenfalls auf dem Boden der subjektiven Theorie ließe sich eine Täterschaft bejahen; vgl. *Murmann*, JA 2008, 321 (326); *ders.* (Fn. 15), § 25 Rn. 29. Diese Lösung ist aber jedenfalls im Bereich des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB kaum mit dem Gesetz vereinbar, das ja gerade von einer Tatherrschaft über das Werkzeug ausgeht, vgl. *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 25 Rn. 146; ergänzend *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 7), § 25 Rn. 42; a.A. *Weber*, in: Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 1), § 29 Rn. 151.

¹⁷ Instruktiv zu Tötungen aus Eifersucht *Schütz*, JA 2007, 23.

b) Umstritten ist, wann der mittelbare Täter unmittelbar zur Tat ansetzt.¹⁸ Da hier jedoch K als Werkzeug des A selbst bereits zur Tatverwirklichung angesetzt hat, liegt selbst nach der engsten Auffassung ein unmittelbares Ansetzen des A vor, so dass der Streit keiner Entscheidung bedarf.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

II. Anstiftung zum versuchten Mord, §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

A könnte sich überdies einer Anstiftung zum versuchten Mord schuldig gemacht haben. A hat K zu ihrer Tat bestimmt. Deren Rücktritt ist für die Anstifterstrafbarkeit des A unerheblich, weil § 26 StGB lediglich das Erfordernis einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat statuiert.¹⁹ Problematisch ist jedoch der (so genannte doppelte) Anstiftervorsatz des A. Aufgrund des Umstandes, dass A den K für gutgläubig hielt, hatte A nämlich keinen Vorsatz hinsichtlich einer *vorsätzlichen* Haupttat. Die wohl h.M. kommt gleichwohl zu einer Strafbarkeit wegen Anstiftung mit dem Argument, der Anstiftervorsatz sei gleichsam „als Minus“ im Vorsatz zur mittelbaren Täterschaft enthalten.²⁰ Dieses argumentum a maiore ad minus ist zwar dogmatisch durchaus überzeugend. Es befriedigt auch ein gewisses kriminalpolitisches Bedürfnis, weil ansonsten bei fehlender Versuchsstrafbarkeit der Täter straffrei bleibt.²¹ Die Auffassung der h.M. verstößt jedoch gegen den insoweit klaren Wortlaut des § 26 StGB und ist deshalb sub specie Art. 103 Abs. 2 GG abzulehnen.²²

III. Versuchte Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft, §§ 223 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

A hat sich ferner einer versuchten Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft schuldig gemacht.

IV. Konkurrenzen

Der versuchte Mord in mittelbarer Täterschaft steht wegen der so genannten Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz in Tateinheit mit der versuchten Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft, um im Tenor dem Unrechtsgehalt des ein-

¹⁸ Vgl. zum Streitstand *Fischer* (Fn. 2), § 22 Rn. 24 ff.; *Hiltenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 22 Rn. 153 ff.; *Kudlich/Schuh*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 22 Rn. 55 ff.; *Putzke*, JuS 2009, 985 (989 f.); *Rengier* (Fn. 1), § 36 Rn. 4 ff.; *Zaczyk* (Fn. 10), § 22 Rn. 30 ff.

¹⁹ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 37 Rn. 2.

²⁰ *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vorbem. § 25 ff. Rn. 79; *Kühl* (Fn. 1), § 20 Rn. 87; *Roxin* (Fn. 8), § 25 Rn. 167; *Schünemann* (Fn. 16), § 25 Rn. 147; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 549.

²¹ *Schünemann* (Fn. 16), § 25 Rn. 147.

²² So auch *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 45; *Hoyer* (Fn. 16), § 25 Rn. 145; *Kudlich*, JuS 2003, 755 (758); *ders.*, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 11), § 25 Rn. 38.2; *Joecks* (Fn. 2), § 25 Rn. 50; *ders.*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 25 Rn. 138; *Kretschmer*, Jura 2003, 535 (537 f.); *Rengier* (Fn. 1), § 43 Rn. 82.

getretenen Körperverletzungserfolges Ausdruck zu verleihen.²³ Dieser ergibt sich zwar wegen der Bösgläubigkeit der K nicht schon aus der Bezeichnung als nur „versuchte Körperverletzung“, wohl aber aus dem Umstand, dass diese gleichwohl mittenoriert wird.

Zweiter Tatkomplex: Das Geschehen vor dem Krankenhaus

A. Strafbarkeit des A wegen Mordes gem. §§ 212, 211 StGB durch den Schuss

Indem er auf B schoss, könnte A sich eines Mordes schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand

1. B ist tot. Hierfür müsste die Handlung des A kausal geworden sein. Kausal ist nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel jede Handlung, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Form entfiel.²⁴ Denkt man sich den Schuss des A hinweg, so wäre auch der Tod der B nicht eingetreten. Fraglich könnte aber sein, ob unter dem Gesichtspunkt des Kunstfehlers durch den operierenden Arzt die objektive Zurechenbarkeit dieses Erfolges zu verneinen ist. Wann ein nichtvorsätzliches Drittverhalten diese ausschließt, ist im Detail umstritten. Richtigerweise ist aber jedenfalls in einem leicht fahrlässigen Fehlverhalten Dritter noch eine Gefahr zu sehen, mit der man rechnen muss.²⁵

2. In Betracht kommt abermals das Mordmerkmal der Heimtücke. Ein Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit ist gegeben. Auch eine feindliche Willensrichtung liegt vor. In Ermangelung einer Vertrauensbeziehung wird freilich nunmehr die bereits angesprochene Frage virulent, wie die gebotene Restriktion des Heimtückemerkmals zu erreichen ist. Gegen das Erfordernis eines verwerflichen Vertrauensbruchs spricht bereits die Konturenlosigkeit des Begriffs. Überdies führt diese Auffassung zu dem kriminalpolitisch unbefriedigenden Ergebnis, dass selbst hinterhältigste Attentate bei fehlender Täter-Opfer-Beziehung nicht erfasst werden.²⁶ Damit ist Heimtücke hier zu bejahen.

²³ Vgl. nur BGH NJW 1999, 69 (70 f.); *Eser* (Fn. 6), § 212 Rn. 23; *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 107; *Maatz*, NStZ 1995, 209 (210 f.); *Momsen* (Fn. 2), § 211 Rn. 98; *Seher*, JuS 2004, 482.

²⁴ BGH NJW 1993, 1723; *Fischer* (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 21; *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), Vor § 13 ff. Rn. 34; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 156.

²⁵ *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 255; *Otto*, NJW 1980, 417 (422); *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 164; *ders.* (Fn. 1), § 13 Rn. 95; differenzierend *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan (Fn. 7), Vor § 13 Rn. 106 ff.; weitergehend *Weber* (Fn. 16), § 14 Rn. 76, der auch vorsätzliches Drittverhalten erfassen will; insgesamt abl. *Puppe*, ZJS 2008, 600 (608).

²⁶ Vgl. *Hilgendorf* (Fn. 2), § 2 Rn. 50; *Kett-Straub*, JuS 2007, 515 (520); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 4 Rn. 33; *ders./Brand*, JuS 2008, 514 (515).

3. A handelte vorsätzlich (*dolus directus* 1. Grades) hinsichtlich des Todeseintritts und der Heimtücke. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass A nicht B, sondern K töten wollte. Hierin ist nicht etwa ein Tatumstandsirrtum i.S.d. § 16 StGB zu sehen. Tatbestandliche Voraussetzung der §§ 212, 211 StGB ist die Tötung „eines Menschen“ und diese hat A erreicht. Die Identität des Opfers spielt für die Tatbestandsmäßigkeit insoweit keine Rolle. Die Verwechslung ist mit Blick auf das Schießen als tatbestandliche Handlung daher nur ein unbeachtlicher so genannter *error in persona*.²⁷

4. In Betracht kommt weiter das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht. Dies liegt insbesondere vor, wenn der Täter durch Tötung des einzigen Tatzeugen oder eines Verfolgers unerkannt zu entkommen versucht.²⁸ A wollte hier verhindern, dass K sein Verhalten um die Giftspritze aufdecken und er deswegen bestraft werden könnte. Er handelte damit in Verdeckungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A könnte jedoch gem. § 20 StGB ohne Schuld gehandelt haben. Die Alkoholintoxikation könnte hier als tiefgreifende Bewusstseinsstörung i.S.d. § 20 StGB einzuordnen sein. Obschon sich mehr und mehr die Erkenntnis durchsetzt, dass eine schematische Übertragung der Blutalkoholkonzentration (BAK) nicht möglich, sondern eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist,²⁹ ist bei Tötungsdelikten unter Berücksichtigung der besonderen Hemmschwelle ab einer BAK von 3,3 ‰ Schuldunfähigkeit jedenfalls naheliegend,³⁰ soweit nicht in der Person des Täters besondere Umstände – insbesondere Trinkgewohnheit – vorliegen.³¹ Da A nicht trinkgewohnt ist, wäre an sich von Schuldunfähigkeit auszugehen. Dieses Ergebnis begegnet aber deswegen durchgreifenden

²⁷ Vgl. BGHSt 11, 268 (270 f.); 37, 214 (216); *Henn*, JA 2008, 854 (856). Die Frage nach der gesonderten Beurteilung *rauschbedingter* Irrtümer ist Konsequenz der dogmatischen Besonderheiten der Tatbestandslösung und daher auch erst in deren Rahmen (s. unten II. 2.) zu erörtern, vgl. auch *Schweinberger*, JuS 2006, 507.

²⁸ Vgl. nur BGH NJW 1988, 2682; *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 68; *Hilgendorf* (Fn. 2), § 2 Rn. 62; *Eser* (Fn. 6), § 211 Rn. 31; *Joecks* (Fn. 2), § 211 Rn. 43; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 211 Rn. 12; *Neumann* (Fn. 2), § 211 Rn. 99; *Rengier* (Fn. 26), § 4 Rn. 53.

²⁹ Vgl. BGH NStZ 1987, 321 m. Anm. *Blau*, JR, 1988, 210; BGH NStZ-RR 2003, 71; *Fischer* (Fn. 2), § 20 Rn. 16; *Kröber*, NStZ 1996, 659 (574 f.); *Roxin* (Fn. 14), § 20 Rn. 10.

³⁰ Vgl. BGH StV 1990, 107; *Joecks* (Fn. 2), § 20 Rn. 4; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 20 Rn. 18; *Perron*, in: Schönkel/Schröder (Fn. 6), § 20 Rn. 16b; krit. insoweit *Rengier/Forsster*, BA 1987, 161 (167); zusammenfassend *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Fn. 7), § 20 Rn. 81 f.

³¹ *Fischer* (Fn. 2), § 20 Rn. 20; *Schöch*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 20 Rn. 38.

Bedenken, weil sich A hier vorsätzlich in den Rauschzustand begeben hat und dabei schon den Entschluss gefasst hatte, später K zu töten. Aufgrund dieser empfundenen evidenten Unbilligkeit der Straflosigkeit der so genannten vorsätzlichen *actio libera in causa* werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen, die gleichwohl zu einer Strafbarkeit unmittelbar aus der Rauschtat gelangen.

1. Nach dem so genannten Ausnahmehmodell soll wegen der rechtsmissbräuchlichen Vorgehensweise des Rauschtäters eine Ausnahme vom Koinzidenzprinzip des § 20 StGB gemacht werden, wonach die Schuld an sich „bei Begehung der Tat“ vorliegen muss.³² Mitunter wird dabei auch eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der *actio libera in causa* postuliert.³³

2. Das so genannte Ausdehnungsmodell will den Begriff der „Tat“ des § 20 StGB nicht im Sinne zeitlicher Grenzen verstehen, sondern gleichsam als Schuldtatbestand, in dessen Rahmen schuldhaftes Vorverhalten mit zu berücksichtigen ist.³⁴

3. Beide Ansichten vermögen nicht zu überzeugen. Zuvörderst ist dabei die Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 20 StGB hervorzuheben, die mit der Überschreitung der Grenze von noch zulässiger Auslegung zu verfassungswidriger Analogie zu Lasten des Täters einhergeht. Ferner muss sich das Ausdehnungsmodell fragen lassen, warum der Begriff der Tat in § 20 StGB anders zu verstehen sein soll, als in den §§ 16 und 17 StGB. A war daher zum Zeitpunkt, als er den Schuss auf B abgab, schuldunfähig. Die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der *actio libera in causa* ist im Übrigen mit Art. 103 Abs. 2 GG schlechterdings unvereinbar.³⁵

II. Strafbarkeit des A wegen Mordes gem. §§ 212, 211 StGB durch das Sich-betrinken³⁶

1. Möglicherweise hat A sich aber bereits durch das Sich-betrinken eines Mordes schuldig gemacht. Die Kritik an den

³² Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 120; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 20 Rn. 25; Otto, Jura 1986, 426 (429 ff.); Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 415.

³³ So etwa Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 446.

³⁴ Safferling, JA 2007, 183 (185); Streng, JuS 2001, 540 (542); ders., in: Joecks/Miebach (Fn. 22), § 20 Rn. 128; wohl auch Jerouschek/Köbel, JuS 2001, 417 (420).

³⁵ Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 11), § 20 Rn. 72.1; Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (524); a.A. Fischer (Fn. 2), § 20 Rn. 55; Streng, JZ 2000, 20 (23).

³⁶ Die Darstellung des Tatbestandsmodells als eigener Prüfungspunkt setzt dessen dogmatische Konstruktion über das Sich-betrinken als tatbestandliche Handlung am konsequentesten um. Sie hat auch den Vorteil, dass in der hier einschlägigen Konstellation des rauschtatbedingten Irrtums nicht bereits im Rahmen des Vorsatzes auf das Vorliegen der *actio libera in causa* vorweggegriffen werden muss. Vgl. zur Aufbaufrage auch Rengier (Fn. 1), § 25 Rn. 32, der freilich für eine „kombinierte“ Prüfung plädiert; wie hier: Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 23 Rn. 28; Rönnau, JuS 2010, 300 (302); Schweinberger, JuS 2006, 507.

vorgenannten Begründungsmodellen zur *actio libera in causa* sucht eine verbreitete Auffassung, Tatbestandslösung oder Vorverlagerungstheorie genannt, dadurch zu vermeiden, dass sie die tatbestandliche Handlung bereits in dem Sich-betrinken erblickt und damit an einen Zeitpunkt anknüpft, in dem der Täter noch schuldfähig war.³⁷ Insoweit wird mit einer Parallele zur mittelbaren Täterschaft argumentiert: Der Täter mache sich gleichsam zu seinem eigenen Werkzeug. Diese Auffassung verdient Zustimmung. Sie hat den Vorteil für sich, eine dogmatisch fundierte Begründung zu liefern, die geeignet ist, die Friktionen mit § 20 StGB aufzulösen. Soweit ihr mitunter vorgehalten wird, der Rekurs auf die mittelbare Täterschaft passe nicht, weil § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB die Tatbegehung „durch einen anderen“ fordert,³⁸ so ist dem zu entgegnen, dass die Tatbestandslösung sich nicht wirklich als ein Fall der mittelbaren Täterschaft versteht, sondern lediglich zur Exemplifizierung der Begründungsstruktur auf die dogmatische Parallele verweist.³⁹

2. Zu klären bleibt, wie sich der rauschbedingte Irrtum des A über die Identität des Opfers auf seinen Vorsatz auswirkt.

a) Mitunter wird unter Rekurs auf die Werkzeugeigenschaft des Täters vorgeschlagen, dessen Irrtum als Fall der *aberratio ictus* zu beurteilen.⁴⁰ Die rauschbedingte Verwechslung stelle eine wesentliche Abweichung vom Tatplan dar. Hiernach könnte A lediglich wegen versuchten Mordes bestraft werden.

b) Nach anderer Auffassung soll es sich stets um einen unbeachtlichen *error in persona* handeln.⁴¹ Nach dieser Meinung hätte A sich eines vollendeten Mordes schuldig gemacht.

³⁷ Ellbogen, Jura 1998, 483 (486); Puppe, JuS 1980, 346 (347); Rengier (Fn. 1), § 25 Rn. 15; Roxin (Fn. 14), § 20 Rn. 61; Rudolphi (Fn. 10), § 20 Rn. 28e; Satzger, Jura 2006, 513 (515 f.); Weber (Fn. 16), § 19 Rn. 40; wohl auch Spendel, JR 1997, 133 (134).

³⁸ Kühl (Fn. 1), § 11 Rn. 13; Rönnau, JA 1997, 707 (710).

³⁹ Hirsch, NStZ 1997, 230 (231); Rengier (Fn. 1), § 25 Rn. 15. Im Hinblick auf die erwähnten Friktionen mit dem Wortlaut des § 20 StGB können die Bearbeiter mit guten Gründen auch das Tatbestandsmodell und eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen der vorsätzlichen *actio libera in causa* insgesamt als verfassungswidrig ablehnen; so etwa Ambos, NJW 1997, 2296 (2297); Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (524); Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, 561 (565); Stühler, Die *actio libera in causa* de lege lata und de lege ferenda, 1999, S. 111 f.

⁴⁰ Joecks (Fn. 2), § 323a Rn. 32; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 20 Rn. 26; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 20 Rn. 37; Roxin (Fn. 14), § 20 Rn. 74; Rudolphi (Fn. 10), § 20 Rn. 31; Schweinberger, JuS 2006, 506 (507); Schöch, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 20 Rn. 203; wohl auch Otto, Jura 1986, 426 (433).

⁴¹ BGHSt 21, 381 (383 f.); Jähnke, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 20 Rn. 80; Streng (Fn. 34), § 20 Rn. 144.

c) Eine vermittelnde Ansicht möchte den Individualisierungsgedanken fruchtbar machen, der für die Frage nach der Auswirkung des Irrtums des Vordermanns auf den Hintermann entwickelt worden ist. Damit käme man nur dann zu einer *aberratio ictus*, wenn der Täter vor Eintritt in den Bereich des § 20 StGB alles Erforderliche getan hätte, um das Risiko von rauschbedingten Irrtümern möglichst weit auszuschließen.⁴² A hat indessen als Tatort den Personalausgang gewählt und damit von Anfang an die Möglichkeit geschaffen, dass es zu einer Personenverwechslung kommt. Nach dieser Auffassung stellt sich der Irrtum des A also ebenfalls als unbeachtlicher *error in persona* dar.

d) Die Auffassung, die eine Lösung parallel zur *aberratio ictus* sucht, überzeugt nicht. Sie verkennt, dass eine Verwechslung infolge des Rauschzustands grundsätzlich ein typisches Risiko darstellt, dessen apodiktische Nichtzurechnung unbillig wäre. Das Argument, es läge eine erhebliche Abweichung vom Tatplan vor, trifft auf den *error in persona* in unberauschtem Zustand gleichermaßen zu.

A ist daher strafbar wegen Mordes durch das Sichbetrinken.

Gesamtergebnis

K ist strafbar wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB.

A ist strafbar wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212, 211, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit versuchter Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 223 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB an N in Tatmehrheit mit Mord gemäß §§ 212, 211 StGB an B.

⁴² *Kühl* (Fn. 1), § 11 Rn. 23; *Rengier* (Fn. 1), § 25 Rn. 23.

Übungsfall: Wehrhafte Laubenpieper

Von Wiss. Mitarbeiter **Ole Mundt**, Konstanz*

Die folgende Aufgabe war im Wintersemester 2009/2010 Gegenstand der zweistündigen Semesterabschlussarbeit zur Vorlesung „Strafrecht BT I“ an der Universität Konstanz. Sie hat Problemkomplexe des Diebstahls und räuberischen Diebstahls zum Gegenstand. Eine der zentralen Fragen ist, ob Einbruchsmittel und Beute, die der Dieb bei sich führt, gefährliche Werkzeuge sind. Die BGH-Rechtsprechung weist hier lediglich eine Richtung, ohne alle sich aus der Gesetzesfassung ergebenden Probleme zu lösen.¹

Sachverhalt

In der Nacht des 27. Dezember begibt sich A in die Schrebergartenanlage „Sonnenhain“. Er geht davon aus, dass sich zu so später Stunde niemand in der Anlage aufhält und er ungestört Beute machen kann. A hat einen Schraubendreher von 20 cm Länge bei sich, mit dem er Schlösser und ähnliches überwinden will. Die Vorstellung, den Schraubendreher gegen Personen einzusetzen, hat er nicht.

Auf dem Grundstück des S hebelt A mit dem Schraubendreher das Schloss aus dem weichen Holz eines begehbaren Verschlags, in dem S Gartengeräte und Werkzeug aufbewahrt. Nachdem A sich einen Überblick verschafft hat, entschließt er sich, einen handlichen Werkzeugkasten aus Metall mitzunehmen, in dem sich hochwertige Werkzeuge befinden. Den Kasten nimmt er nur mit, um das Werkzeug transportieren zu können.

Als A gerade mit seiner Beute über den hüft hohen Zaun gestiegen ist, der das Grundstück des S umschließt, wird er von M und N entdeckt. Die beiden gehen davon aus, dass A gerade im Begriff ist, das Grundstück unbefugt zu betreten. Während M in Wahrnehmung des Festnahmerechtes aus § 127 StPO den A an der Jacke packt und festhält, verständigt N über sein Mobiltelefon die Polizei. A versucht den M mit Ellbogenstößen und Tritten von sich abzuschütteln, um doch noch mit der Beute zu entkommen. Als dies nicht gelingt, schleudert er dem N die Werkzeugkiste mit Wucht in den Unterleib, sodass dieser mit Schmerzen zusammenbricht. Er hofft so, den M ablenken zu können und doch noch zu entweichen, auch wenn er seine Beute zurücklassen muss. Tatsächlich gelingt dies zunächst. Doch wird A kurze Zeit später von der verständigten Polizei aufgegriffen. N erlitt bei der Auseinandersetzung nur eine Prellung, die ohne Komplikationen oder bleibende Folgen verheilt.

Nach welchen Vorschriften des StGB hat sich A strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

* Der Autor ist Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., für Kriminologie, Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht.

¹ Zur Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Änderung, auf die auch der BGH (BGHSt 52, 257 = NSStZ 2008, 512) hindeutet, hat der Deutsche Anwaltverein Stellung genommen. Siehe: <http://anwalt-verein.de/downloads/Stellungnahmen-09/SN5009.pdf>.

Lösungsvorschlag

I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand: Wegnahme fremder beweglicher Sachen

A brach den Gewahrsam des S an der für ihn fremden Werkzeugkiste samt Inhalt. Er begründete neuen eigenen Gewahrsam, indem er die handliche Kiste an sich nahm.

2. Subjektiver Tatbestand

A wollte die ihm nicht gehörende Werkzeugkiste mitnehmen. Zudem müsste er die Absicht gehabt haben, sich die weggenommenen Sachen zuzueignen. Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter sich den Gegenstand zumindest vorübergehend aneignen will und er den Vorsatz hat, den Berechtigten dauerhaft zu enteignen.² Fraglich ist, ob A sich auch den Werkzeugkasten, den er nur zum Transport benötigte, aneignen wollte. Daran fehlt es, wenn es dem Täter lediglich auf den Inhalt ankommt und er das Behältnis nach der Entnahme entsorgen will.³ Die Aneignungsabsicht ist allerdings zu bejahen, wenn der Täter die Sache zumindest vorübergehend für sich behalten oder wie ein Eigenbesitzer⁴ nutzen will⁵ und er sich auf diese Weise einen Vorteil verschafft.⁶ Die beabsichtigte Verwertung ist hier darin zusehen, dass A die Kiste in ihrer Funktion als Transportmittel nutzen wollte.⁷ Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man auf die Hypothese abstellt, ob A in der konkreten Situation genauso mit der Kiste verfahren wäre, wenn er Eigentümer gewesen wäre.⁸ A hätte auch eine eigene Kiste zum Transport genutzt. Eine spätere Entsorgung ergibt sich erst aus dieser Nutzung. A nimmt die Kiste also nicht, um sie später zu zerstören, sondern er muss sie später entsorgen, weil er sie zuvor nutzen wollte und eine weitere Benutzung ihm nicht sinnvoll erscheint.⁹ Zum Zeitpunkt der Wegnahme hatte er daher die

² Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 242 Rn. 25.

³ BGH bei Dallinger, MDR 1975, 541 (543); BGH NSStZ-RR 2000, 343.

⁴ Zopfs, ZJS 2009, 649 (652)

⁵ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, § 2 Rn. 42.

⁶ Rönnau, JuS 2007, 806 (807).

⁷ BGH bei Dallinger, MDR 1975, 21 (22); Russ, in: Gamm u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, 1988, S. 61 (S. 65 f.); Kindhäuser, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 655 (S. 670).

⁸ Mikolajczyk, ZJS 2008, 18 (23).

⁹ Zur Abgrenzung von Sachbeschädigung und Diebstahl durch die Aneignungsabsicht vgl. Mikolajczyk, ZJS 2008, 18 (insb. 20 ff.).

Absicht, sich die Werkzeugkiste – wenn auch vorübergehend – anzueignen.

3. Rechtswidrigkeit der Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz

A hatte keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sachen und handelte diesbezüglich vorsätzlich.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte auch im Übrigen rechtswidrig und schuldhaft.

5. § 243 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB (Strafzumessung)

a) Verwirklichung eines Regelbeispiels

A könnte in einen umschlossenen Raum eingebrochen sein sowie eine Sache gestohlen haben, die durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesichert ist.

aa) Verschlag als umschlossener Raum

Ein anderer umschlossener Raum ist dazu bestimmt, von Menschen betreten zu werden.¹⁰ Da ein begehbare Verschlag zwar der Aufbewahrung dient, aber auch betreten werden kann, handelt es sich um einen solchen Raum. In diesen Raum ist A durch das Aushebeln des Schlosses eingebrochen.

bb) Werkzeugkasten als verschlossenes Behältnis

Ein Behältnis ist verschlossen, wenn es seinen Inhalt gegen ordnungswidrigen Zugriff sichert.¹¹ Der Werkzeugkasten schützt das Werkzeug nicht gegen ordnungswidrigen Zugriff, sondern dient der Aufbewahrung und dem Transport.

b) Indizwirkung und Geringwertigkeit

Es liegen keine Umstände vor, die gegen die Indizwirkung sprechen. Die Beute ist nicht geringwertig im Sinne von Abs. 2.

6. Ergebnis

A ist hat sich eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall schuldig gemacht.

II. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB

A hat einen Diebstahl begangen. Dabei könnte er ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben, indem er während der Tatausführung nicht nur auf den Schraubendreher, sondern auch auf die Werkzeugkiste zugreifen konnte.

1. Schraubendreher

Da auch harmlose Alltagsgegenstände wie Turnschuhe¹² oder ein Blatt Papier¹³ die Beschaffenheit aufweisen, erhebliche

Verletzungen hervorzurufen, sofern sie entsprechend verwendet würden, und es für das Beisichführen gerade nicht zu einer Verwendung kommen muss, könnte auch der Schraubendreher ein gefährliches Werkzeug sein.

Aus den Beispielen geht jedoch bereits hervor, dass die Erfassung aller denkbaren Verwendungsmöglichkeiten uferlos wäre. Teile der Literatur verlangen daher, dass eine Zwecksetzung des Täters bezüglich des Gegenstandes bestehen muss, deren Wissens- und Willenskomponente allerdings hinter einer Verwendungsabsicht zurückbleibt. Diese subjektive Komponente wird unter anderem als „individueller Widmungsakt“¹⁴ oder „innerer Verwendungsvorbehalt“¹⁵ beschrieben.

Eine solche subjektive Komponente wird vom BGH abgelehnt.¹⁶ Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergebe sich, dass irgendeine Gebrauchsabsicht gerade nicht gefordert ist. Dem Gesetzgeber sei es darum gegangen, Taten zu erfassen, denen gegenüber dem Grunddelikt eine abstrakt-objektiv höhere Gefährlichkeit innewohne.¹⁷ Bestimmt man das gefährliche Werkzeug hiernach, ist zu fragen, welche Gegenstände die geforderte Gefährlichkeit abstrakt aufweisen. Zum einen ließe sich in Anlehnung an die Tatbestandsalternative auf einen waffenähnlichen Charakter,¹⁸ ein vergleichbares Verletzungspotential oder ein Verbot, das aufgrund der Gefährlichkeit des Gegenstandes besteht,¹⁹ abstellen.

Eine solche Interpretation wird jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers gerecht, der eine Auslegung anhand der zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F. entwickelten Kriterien vorsah.²⁰ Wird im Unterschied zur gefährlichen Körperverletzung nicht ein Einsatz, sondern ein Beisichführen gefordert, ist zweifelhaft, wann bereits dies für Leben und Gesundheit objektiv-abstrakt gefährlich ist. Notwendig ist eine ex-ante Prognose, ob ein gefährlicher Gebrauch des Gegenstandes droht. Diese ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu erstellen.²¹ Als objektive Umstände sind zum Beispiel das Entdeckungsrisiko, die spontane Verfügbarkeit und Eignung des Gegenstandes zur Ausschaltung widerstandsbereiter Personen zu berücksichtigen. Dabei sind Gegenstände, die den Waffen im technischen Sinne ähnlich sind²² – zum Beispiel Taschen- und Teppichmesser – oder die eine „Waffenersatzfunktion“

¹³ Foth, NStZ 2009, 93 weist darauf hin, dass dieses Problem bereits vom Reichsmilitärgericht (RMG 12, 213 [219]) gesehen wurde.

¹⁴ Rengier (Fn. 5), § 4 Rn. 32.

¹⁵ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 262b.

¹⁶ BGHSt 52, 257 = NJW 2008, 2861 = StV 2008, 411 = NStZ 2008, 512; ausdrücklich abweichend von BGH NStZ 1999, 301 (302).

¹⁷ BGHSt 52, 257 (268).

¹⁸ Der BGH (St 52, 257 [270]) bejaht dies für ein Taschenmesser mit längerer Klinge.

¹⁹ Lesch, JA 1999, 30 (34); ders., GA 1999, 365 (376).

²⁰ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

²¹ OLG Stuttgart NJW 2009, 2756 = StV 2009, 531.

²² BGHSt 52, 257 (270); Mitsch, ZStW 111 (1999), 65 (79).

¹⁰ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 243 Rn. 4; Rengier (Fn. 5), § 3 Rn. 10.

¹¹ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 243 Rn. 15; Rengier (Fn. 5), § 3 Rn. 23.

¹² BGH NStZ 1999, 616 (617); BGH NStZ 2003, 662 (663).

haben,²³ regelmäßig gefährliche Werkzeuge. Zu berücksichtigen ist aber auch, ob das Mitführen delikts- oder sozialtypisch ist.²⁴

A wählte die Tatzeit so, dass das Entdeckungsrisiko gering war. Auch hatte er nicht die Vorstellung, den Schraubendreher gegen Personen einzusetzen. A hat ihn vielmehr deliktstypisch als Einbruchsmittel mitgenommen. Dies bedeutet aber auch, dass er sich während der Tat der Möglichkeit eines Einsatzes des griffbereiten Schraubenziehers unmittelbar bewusst war. In der späteren Auseinandersetzung mit M und N benutzte A auch „was gerade zur Hand war“ – den Werkzeugkoffer. Durch die Möglichkeit, den Schraubendreher in einer Konfliktlage, die jederzeit eskalieren kann, einzusetzen und ihn wie ein Stichwerkzeug zu benutzen, ist daher das abstrakte Risiko für eventuell Einschreitende erhöht. Auf diese Weise eingesetzt bestünde ein erhebliches Verletzungspotential. A führte daher den Schraubendreher bei einem Diebstahl als gefährliches Werkzeug bei sich.

2. Werkzeugkasten

Fraglich ist, ob A den Werkzeugkasten bei sich führte. Problematisch ist zunächst, ob der Täter ein gefährliches Werkzeug bei einem Diebstahl bei sich führt, das er erst durch die Tat erlangt. Anerkannt ist, dass der Dieb die Waffe oder das Werkzeug nicht durchgehend bei der Tat mit sich führen muss.²⁵ Ein Diebstahlsubjekt steht dem Täter schon dann zur Verfügung, wenn er es als gebrauchts- und griffbereit wahrgenommen hat. Ab diesem Zeitpunkt besteht die konkrete Verfügungsmöglichkeit, die die erhöhte Gefährlichkeit der Qualifikation ausmacht.²⁶ Als A den Verschlag aufgebrochen und den Werkzeugkasten wahrgenommen hatte, bestand eine solche Verfügungsmöglichkeit.

Zu prüfen ist weiter, ob nach einer ex-ante Prognose der Gebrauch des Werkzeugkastens drohte. Der Werkzeugkasten hat keine Waffenähnlichkeit. Entsprechend nimmt A ihn zunächst nur als Tatobjekt und nicht als Tatmittel wahr. Allerdings hat er den Kasten bei einer drohenden Auseinandersetzung sofort zur Hand. Durch das Tragen des Kastens wäre A zudem in seinen Abwehr- und Angriffsmöglichkeiten beschränkt, solange er ihn in der Hand behält und nicht verwendet. Es besteht daher das erhöhte Risiko, dass er in dieser Situation die Kiste benutzen würde, um seinen Gegner zu verletzen. Als Schlagwaffe eingesetzt ist der Metallkasten geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. A führte daher auch in Form des Werkzeugkastens ein gefährliches Werkzeug bei sich.

3. Subjektiver Tatbestand

Den subjektiven Tatbestand erfüllt der Täter, der den Vorsatz hat, dass er ein gefährliches Werkzeug bei sich führt. A wuss-

te, dass er den Schraubendreher bei sich hatte. Er fasste auch Vorsatz bezüglich des Mitführens der Werkzeugkiste, als er diese als griffbereit wahrnahm und sich entschloss sie mitzunehmen. Er kannte zudem die Umstände, welche die objektive Gefährlichkeit eines solchen Mitführens begründeten.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

5. Ergebnis

A hat sich gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB schuldig gemacht.

III. § 123 Abs. 1 StGB

Der Schrebergarten ist in äußerlich erkennbarer Weise mittels einer Schutzwehr, dem ihn umschließenden hüfthohen Zaun, gegen willkürliches Betreten gesichert.²⁷ A, der ohne den Willen des S in das Besitztum eindrang, hat sich daher wegen Hausfriedensbruchs schuldig gemacht.

IV. § 303 Abs. 1 StGB

Beschädigung bedeutet eine Substanzverletzung oder eine nicht unerhebliche Herabsetzung der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit.²⁸ Nach dem Aushebeln des Schlosses erfüllt dieses nicht mehr den Zweck, den unbefugten Zugriff auf den Inhalt des Verschlages zu hindern. A hat daher den für ihn fremden Verschlag beschädigt. Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor, so dass A einer Sachbeschädigung schuldig ist.

V. § 252 StGB

A könnte sich wegen räuberischen Diebstahls gemäß § 252 StGB strafbar gemacht haben, indem er versuchte, M zunächst durch Ellenbogenstöße und Tritte und schließlich durch Schleudern des Werkzeugkastens abzuwehren.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatsituation

A müsste bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen sein. Die Vortat muss vollendet, darf aber noch nicht beendet sein.²⁹ A hatte seine Beute noch nicht gesichert. Daher war der Diebstahl nicht beendet. Die Tat war auch frisch, da ein enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zur Entdeckung³⁰ gegeben ist, denn die Auseinandersetzung fand direkt vor dem Grundstück statt, das A verlassen wollte. Fraglich ist, ob A auch betroffen war. Die Rechtsprechung versteht unter Betreffen das bewusste oder unbewusste,³¹ geplante

²³ Streng, GA 2001, 259 (265 ff.).

²⁴ Jäger, JuS 2000, 651 (656).

²⁵ BGH StV 1988, 429 (m. Anm. Scholderer); Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 224 Rn. 7.

²⁶ Rengier (Fn. 5), § 4 Rn. 51 f.

²⁷ Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl. 2009, § 123 Rn. 11.

²⁸ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 303 Rn. 3 ff.

²⁹ Eser/Bosch (Fn. 25), § 252 Rn. 3.

³⁰ BGHSt 28, 224 (229 f.) = NJW 1979, 726 (727); Rengier (Fn. 5), § 10 Rn. 7.

³¹ BGHSt 26, 95 = NJW 1975, 1176.

oder zufällige Zusammentreffen einer Person mit dem Dieb.³² Nach anderer Ansicht muss der Betreffende die Anwesenheit des Diebes bemerkt haben.³³ Darüber hinaus wird auch gefordert, dass der Betreffende aus dem Gesamtgeschehen den Eindruck habe, „dass etwas nicht stimme“³⁴ beziehungsweise davon ausgehe, „dass der Täter zweifelsohne verbotene Eigenmacht ausübe oder unmittelbar zuvor ausgeübt habe“³⁵.

M und N haben A bemerkt und gingen davon aus, dass A das Grundstück gerade unbefugt betritt. Sie haben ihn und die kriminellen Umstände daher erkannt. Nach beiden Ansichten ist A daher betroffen, als M ihn packt.

b) Tathandlung

Durch die Ellbogenstöße und Tritte sowie das Schleudern der Kiste hat A physisch wirkenden Zwang – also Gewalt – ausgeübt.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Er hatte während der Schläge und Tritte auch noch die Absicht mit der Beute zu entkommen.

Allerdings hatte er beim Schleudern der Kiste seine Beutesicherungsabsicht bereits aufgegeben. Er wollte nur noch entkommen. Daher ist der subjektive Tatbestand nur bezüglich der Schläge und Tritte erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit

Das Eingreifen durch M ist gemäß § 127 StPO gerechtfertigt. Somit handelte A rechtswidrig.

4. Schuld

Er handelte auch schuldhaft.

5. Ergebnis

Somit hat sich A eines räuberischen Diebstahls schuldig gemacht.

VI. §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB i.V.m. § 252 StGB

A ist wegen räuberischen Diebstahls gemäß § 252 StGB wie ein Räuber zu bestrafen. Fraglich ist, ob er zudem aufgrund des Mitführens oder Verwendens gefährlicher Werkzeuge wegen qualifizierten räuberischen Diebstahls strafbar ist.

1. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

Der Begriff des gefährlichen Werkzeuges ist im Rahmen des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend dem oben zu § 244 Abs. 1 StGB Gesagten auszulegen. Bei dem Schraubendreher

und dem Werkzeugkasten handelt es sich daher auch um gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB.

2. Vorsatz

A handelte vorsätzlich und war sich der Einsatzmöglichkeit der mitgeführten Werkzeuge bewusst, zumal er den Werkzeugkoffer sogar einsetzte.

3. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB

Das Schleudern der Werkzeugkiste in den Unterleib des N könnte ein Verwenden eines gefährlichen Werkzeuges bei der Tat sein. Verwendung bedeutet jeder im Rahmen der Verwirklichung des Grundtatbestandes zweckgerichtete Gebrauch.³⁶ Fraglich ist, ob der Gebrauch des Kastens hier noch bei der Tat stattfand. Denn A hatte seine Beutesicherungsabsicht bereits aufgegeben. Bei § 252 StGB steht die Nötigungshandlung im finalen Zusammenhang mit der Beutesicherung. Entfällt die Absicht, die Beute zu behalten, fehlt es an dieser Finalität. Ab diesem Zeitpunkt findet der räuberische Diebstahl seinen Abschluss und ist beendet, so dass die Gewalt nicht mehr bei der Tat begangen wird. Durch das Schleudern der Kiste wird die Eigentumsverletzung nicht mehr intensiviert, sondern lediglich um einen rein körperlichen Schaden ergänzt. Die Verletzungshandlung ist nicht mehr tatbestandsspezifisch.³⁷

4. Ergebnis

A ist eines schweren räuberischen Diebstahls gemäß §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2, 252 StGB schuldig.

VII. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB

A könnte N mittels eines gefährlichen Werkzeuges verletzt haben. N sinkt von dem Werkzeugkasten getroffen unter Schmerzen zusammen. A hat sein körperliches Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt und ihn körperlich misshandelt.³⁸ Die heilungsbedürftige Prellung ist eine vom Normalzustand negativ abweichende, krankhafte Veränderung des Gesundheitszustandes und somit eine Gesundheitsschädigung.³⁹

A müsste ein gefährliches Werkzeug verwendet haben, indem er N den Werkzeugkoffer in den Unterleib schleuderte. Ein gefährliches Werkzeug ist ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁴⁰

Der Werkzeugkasten war aus Metall und mit Werkzeug beladen. A schleuderte ihn mit Wucht in den Unterleib des N.

³² BGHSt 26, 95 = NJW 1975, 1176; OLG Köln NStZ 2005, 448 (449).

³³ Mitsch, JA 1997, 655 (659), Schwarzer, ZJS 2008, 265 (267 f.).

³⁴ Schnarr, JR 1979, 314 (315).

³⁵ Haas, in: Loos u.a. (Hrsg.), Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart, Manfred Maiwald zu Ehren, 2007, S. 145 (S. 167 f.).

³⁶ Fischer (Fn. 10), § 250 Rn. 18.

³⁷ Kraatz, Jura 2009, 853 (855).

³⁸ Fischer (Fn. 10), § 223 Rn. 3a; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 223 Rn. 4.

³⁹ Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 223 Rn. 5; Joecks (Fn. 27), § 223 Rn. 9.

⁴⁰ BGH NStZ 2007, 95 = StV 2006, 693; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 14 Rn. 27; Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 9.

Trifft der Kasten mit einer Kante oder Ecke auf den Körper, kann auch tiefer liegendes Gewebe wie Organe der Bauchhöhle oder des Unterleibs, Hüftknochen oder Hauptadern, schwer beeinträchtigt werden. Er verwendete daher ein gefährliches Werkzeug. A handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

Er hat sich gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB einer gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht.

VIII. Konkurrenzen

Nach einer gewichtigen Literaturlauffassung, die lange auch durch die Rechtsprechung angewandt wurde, werden § 123 StGB und § 303 StGB von § 243 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB grundsätzlich konsumiert.⁴¹ Allerdings enthält § 243 StGB lediglich Regelbeispiele. Nach geänderter Rechtsprechung können diese, obwohl sie tatbestandsähnlich sind, andere Tatbestände nicht verdrängen.⁴² Hiergegen wird vorgebracht, dass Regelbeispiele einen Wertungsrahmen eröffnen und daher nur am konkreten Fall entschieden werden könne, ob der Unrechtsgehalt bereits durch §§ 242, 243 StGB vollständig erfasst ist. Eine solche Wertung sei bei der Konsumtion immer notwendig, da das „Aufzehren“ anders als die Spezialität keine zwingende Folge⁴³ und nicht abhängig von der Frage ist, für welche Regelungstechnik sich der Gesetzgeber entscheidet.⁴⁴ In Fällen, in denen die Begleitatt keine typische sei, weil sie beispielsweise einen Dritten verletzt oder einen ungewöhnlich hohen Schaden verursacht, würde diese nicht konsumiert,⁴⁵ so dass der gesetzgeberische Wille fall- und sachgerecht umgesetzt würde. Allerdings fokussiert dies allein auf die Unrechtshöhe und den individuellen Schuldausgleich. Durch den Urteilstenor sollen aber auch general- und spezialpräventive Zwecke verfolgt werden, wobei der Idealkonkurrenz eine besondere Klarstellungsfunktion zukommen soll,⁴⁶ die durch Strafzumessungserwägungen nicht ersetzt werden kann.⁴⁷ Regelbeispiele, die durch Indizwirkung, Widerlegbarkeit und Offenheit geprägt sind, können mit Strafgesetzen im Sinne des § 52 StGB um diese Funktion, die Kundgabe der Missbilligung gegenüber Angeklagtem und Öffentlichkeit, nicht konkurrieren. Daher liegt zwischen den Delikten keine Gesetzes-, sondern Tateinheit gemäß § 52 Abs. 1 StGB vor.

§§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB stehen in Gesetzeskonkurrenz zu §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB und werden verdrängt. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB und §§ 223 Abs. 1,

224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB beruhen auf unterschiedlichen Willensentschlüssen und stehen in Tatmehrheit gemäß § 53 StGB.

⁴¹ *Eser/Bosch* (Fn. 25), § 244 Rn. 59; *Fischer* (Fn. 10), § 243 Rn. 30; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 243 Rn. 23.

⁴² BGH NJW 2002, 150 = NStZ 2002, 202 = JuS 2002, 197; zust. *Sternberg-Lieben*, JZ 2002, 514.

⁴³ *Fahl*, JA 2002, 541 (543).

⁴⁴ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 236; *Wessels*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum siebenzigsten Geburtstag, 1972, S. 308.

⁴⁵ *Seher*, JuS 2004, 482 (483); *Rengier*, JuS 2002, 850 (852).

⁴⁶ Vgl. BGH JuS 2005, 276 = NStZ-RR 2004, 376.

⁴⁷ *Kargl/Rüdiger*, NStZ 2002, 202 (203) schlagen für diese verbleibenden Fälle eine prozessuale Lösung nach § 154a StPO vor.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Selbstbestimmungsrecht der Völker, Sezessionsrecht, Sicherheitsratsresolution 1244 (1999)

Der IGH, das Kosovo und die verpasste Gelegenheit zum Ausgleich zwischen der Skylla kosovarischer Unabhängigkeit und der Charybdis jugoslawischer Souveränität¹

IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010*

I. Einführung

Auf der einen Seite das Recht auf Selbstbestimmung der Völker, auf der anderen Seite das Recht auf territoriale Integrität: Es besteht ein endloses Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden grundlegenden Prinzipien des Völkerrechts. Und selten kollidierten beide Prinzipien im letzten Jahrhundert so beharrlich wie auf dem Balkan.

Seinen vorläufigen Höhepunkt fand diese Entwicklung in der einseitigen Unabhängigkeitserklärung des Kosovo vom 17. Februar 2008. Auf Betreiben Serbiens beantragte die Generalversammlung der Vereinten Nationen beim Internationalen Gerichtshof (IGH) auf Grundlage von Art. 96 der UN-Charta ein Rechtsgutachten (*Advisory Opinion*) zu der Frage, ob diese einseitige Unabhängigkeitserklärung im Einklang mit dem geltendem Völkerrecht stand.²

Bildlich gesprochen gab die Gutachtenanfrage dem IGH die Gelegenheit „to balance between the Scylla of Kosovo’s independence and the Charybdis of Yugoslavia’s sovereignty“.³ Skylla und Charybdis sind Ungeheuer aus dem griechischen Mythos; sie lebten jeweils auf Felsen zu beiden Seiten der Straße von Messina; für die antiken Seefahrer bedeutete dies, einer der beiden Gefahren zu entgehen, nur um sich mit der anderen konfrontiert zu sehen. Letzten Endes galt es für den IGH also, das geringere der beiden Übel zu wählen. Dieser Beitrag untersucht, ob die Aussagen des Gerichtshofs in seinem Gutachten diesen Anforderungen gerecht werden und zu überzeugen vermögen.

Das Gutachten war mit Spannung erwartet worden. Und auf den ersten Blick scheint der Gerichtshof ungeahnten Mut zu beweisen. Kaum jemand hatte ernsthaft damit gerechnet, dass der IGH so klar aussprechen würde, dass die einseitige Unabhängigkeitserklärung nicht gegen das Völkerrecht verstieß.

An dieser Stelle steht eine gute Nachricht bereits fest: Immerhin werden die Konflikte auf dem Balkan nicht länger auf den Schlachtfeldern, sondern vor Gericht ausgetragen.⁴

II. Reichweite und Inhalt der Gutachtenanfrage

1. Restriktive Interpretation des Internationalen Gerichtshofs

Nach Ausführungen zur Reichweite seiner *jurisdiction* und *discretion* beginnt der IGH mit der Auslegung der Rechtsfrage, die ihm von der Generalversammlung vorlegt wurde. Diese lautete:

„Steht die einseitige Unabhängigkeitserklärung der vorläufigen Selbstverwaltungsinstitutionen Kosovos im Einklang mit dem Völkerrecht?“⁵

In seinem Gutachten stellt sich der Internationale Gerichtshof auf den Standpunkt, dass damit nur nach der Beurteilung des Gerichts gefragt sei, ob die Unabhängigkeitserklärung irgendeine Regel des Völkerrechts verletzte. Zur Erstattung des Gutachtens hielt es der IGH für erforderlich hervorzuheben, welche Fragen er *nicht* zu beantworten hat: Es sei nicht nach den rechtlichen Konsequenzen dieser Erklärung gefragt.⁶

Im Folgenden geht der Internationale Gerichtshof sogar noch weiter ins Detail:

„While many of those participating in the present proceedings made reference to the opinion of the Supreme Court of Canada in *Reference by the Governor-General concerning Certain Questions relating to the Secession of Quebec from Canada* [...], the Court observes that the question in present case is markedly different from that posed to the Supreme Court of Canada.“⁷ „The question put to the Supreme Court of Canada inquired whether there was a right to ‘effect secession’, and whether there was a rule of international law which conferred a positive entitlement on any of the organs named. By contrast, the General Assembly has asked whether the declaration of independence was ‘in accordance with’ international law. The answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence. If the Court concludes that it did, then it must answer the question put by saying that the declaration of independence was not in accordance with international law. It follows that the task which the Court is called upon to perform is to determine whether or not the declaration of independence was adopted in violation of international law. The Court is not required by the question it has been asked to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, *a fortiori*, on whether international law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it.“⁸

Angesichts dieses Ausgangspunktes geht der IGH im gesamten folgenden Gutachten mit keinem einzigen Wort mehr auf die Frage des Verhältnisses zwischen territorialer Integrität Serbiens und dem Selbstbestimmungsrecht der Kosovaren ein; auch zu den Fragen eines sich daraus möglicherweise ergebenden Sezessionsrechts schweigt das Gericht beharrlich.

* Verfügbar unter <http://www.icj-cij.org>.

¹ Vgl. *Yannis*, zitiert in: *Knoll*, *European Journal of International Law* (EJIL) 16 (2005), 637 (638).

² GA Res. 63/3 v. 8.10.2008.

³ *Yannis* (Fn. 1).

⁴ *Martens*, *Kein Sieg für Serbien*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 23.7.2010, S. 1.

⁵ GA Res. 63/3 v. 8.10.2008.

⁶ IGH, *Advisory Opinion v. 22.7.2010*, Nr. 51.

⁷ IGH, *Advisory Opinion v. 22.7.2010*, Nr. 55.

⁸ IGH, *Advisory Opinion v. 22.7.2010*, Nr. 56.

2. Umfassenderes Verständnis

Dabei sind genau das die hier maßgeblichen Fragen! Diesen mit formalistischer Argumentation aus dem Weg zu gehen, wirkt spitzfindig. Völlig zu Recht bemängelt denn auch Richter *Sepúlveda-Amor* in seinem Sondervotum: „The Court, in its Advisory opinion, could have taken a broader perspective in order to provide a more comprehensive response to the request by the General Assembly. A number of important legal issues should not have been ignored.“⁹

In ähnlich kritischer Weise äußert sich auch Richter *Bruno Simma* zur restriktiven Herangehensweise des Gerichts. Zwar räumt er ein, dass die Frage in ihrem Wortlaut nicht derjenigen des Supreme Court von Kanada entsprach. „However, this difference does not justify the Court’s determination that the term ‘in accordance with’ is to be understood as asking *exclusively* whether there is a prohibitive rule; according to the Court, if there is none, the declaration of independence is *ipso facto* in accordance with international law.“¹⁰ „The Opinion considers that in order to answer this request, all the Court needs to do is to assess whether there exists, under international law, a prohibitive rule, thus satisfied that the lack of a violation of international law entails being in accordance therewith“¹¹.

Konsequenterweise kommt *Simma* zu dem Schluss, dass das restriktive Verständnis der IGH-Mehrheit hinsichtlich der Reichweite der Gutachtenfrage die Auseinandersetzung mit den dahinter stehenden Kernproblemen und Argumentationslinien verhindert.¹²

Und man kann noch einen Schritt weiter gehen und überspitzt anmerken: Kann man ernsthaft behaupten, die Frage habe sich nur auf die isolierte Betrachtung der Rechtmäßigkeit der Unabhängigkeitserklärung bezogen?! Eine solche These erscheint allzu formalistisch und konstruiert. Vielleicht mag man sich fragen, warum weder Serbien noch die Generalversammlung eine eindeutiger Frage formulierten – etwa ob das Kosovo ein Recht zur Abspaltung hatte oder sogar ob seine Anerkennung als unabhängiger Staat durch eine ganze Reihe von Staaten rechtmäßig war. Doch andererseits gingen natürlich alle Beteiligten – die Generalversammlung wie auch die Verfahrensbeteiligten – wie selbstverständlich davon aus, dass die Frage in einem umfassenderen Sinne zu verstehen ist, als dies die Gerichtsmehrheit getan hat. Eine Unabhängigkeitserklärung wird nicht um ihrer selbst willen abgegeben. Sie ist vielmehr Ausdruck des Willens zur Sezession und zur Erlangung neuer Staatlichkeit. Eine Unabhängigkeitserklärung beinhaltet immer die feste Überzeugung, sich rechtmäßigerweise auf ein Sezessionsrecht berufen zu können.

In diesem Sinne wird die Formulierung auch von Richter *Yusuf* in seinem Sondervotum verstanden: „The question put to the Court by the General Assembly concerns the accordance with international law of the action undertaken by the representatives of the people of Kosovo with the aim of es-

tablating such a new State without the consent of the parent State. In other words, the Court was asked to assess whether or not the process by which the people of Kosovo were seeking to establish their own State involved a violation of international law“¹³.

Leider hat der IGH hier die Gelegenheit nicht genutzt, Reichweite und normativen Gehalt eines postkolonialen Selbstbestimmungsrechts und dessen denkbare Verdichtung zu einem Sezessionsrecht zu präzisieren und zugleich zu begrenzen.

Dieses Versäumnis soll hier an späterer Stelle (s.u. V.) nachgeholt werden. Zuvor jedoch sollen die weiteren Aussagen des Gerichtshofs analysiert werden.

3. Systematik des Gutachtens

Bereits die Systematik des Gutachtens im Ganzen ist nicht besonders überzeugend: Zuerst wird untersucht, ob die Unabhängigkeitserklärung gegen allgemeines Völkerrecht verstößt; anschließend wird sie auf ihre Vereinbarkeit mit der Sicherheitsratsresolution 1244 (1999)¹⁴ überprüft. Systematisch wäre es vorzugswürdig gewesen, die Resolution als *lex specialis* vorrangig zum Prüfungsmaßstab zu machen und erst anschließend auf das allgemeine Völkerrecht einzugehen. Dies wird sogar explizit vom Gerichtshof so ausgesprochen: „To answer that question, the Court need only determine whether the declaration of independence violated either general international law or the *lex specialis* created by Security Council resolution 1244 (1999).“¹⁵ Warum dann zuerst auf das allgemeine Völkerrecht und dann auf die Resolution eingegangen wird und nicht umgekehrt, bleibt das Geheimnis des Gerichtshofs.

III. Vereinbarkeit mit allgemeinem Völkerrecht

Der Gerichtshof stellt hier klar, dass die einseitige Unabhängigkeitserklärung keinesfalls ein erstmaliger und einmaliger Vorgang war, sondern dass es bereits sei dem 18. Jahrhundert immer wieder ähnlich gelagerte Fälle gegeben hat. Einige führten zur Entstehung von Neustaaten, andere nicht; einige wurden im Sicherheitsrat missbilligt (Südrhodesien¹⁶, Nordzypern¹⁷; Republik Srpska¹⁸), andere nicht. Diese Präzedenzfälle der Staatenpraxis zieht der Gerichtshof heran, um die Existenz einer einschlägigen Regel des Völkergewohnheitsrechts zu prüfen. Er kommt zu dem Schluss, dass „in all of those instances the Security Council was making a determination as regards the concrete situation existing at the time that those declarations of independence were made; the illegality attached to the declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have

⁹ Sondervotum von Richter *Sepúlveda-Amor*, Nr. 33.

¹⁰ Erklärung von Richter *Simma*, Nr. 5.

¹¹ Erklärung von Richter *Simma*, Nr. 4.

¹² Vgl. Erklärung von Richter *Simma*, Nr. 6.

¹³ Sondervotum von Richter *Yusuf*, Nr. 2.

¹⁴ SC Res. 1244 v. 10.6.1999.

¹⁵ IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010, Nr. 83.

¹⁶ SC Res. 216 v. 12.11.1965.

¹⁷ SC Res. 541 v. 18.11.1983.

¹⁸ SC Res. 787 v. 6.10.1992.

been, connected with the unlawful use of force or other egregious violations or norms of general international law"¹⁹. Mit dieser Feststellung begnügt sich der IGH und wiederholt nur, dass weitergehende Gesichtspunkte nach einem Recht auf Sezession und der Reichweite des Selbstbestimmungsrechts (angeblich!) nicht Gegenstand der Anfrage der Generalversammlung waren und schließt daraus, dass das allgemeine Völkerrecht folglich kein Verbot einseitiger Unabhängigkeitserklärungen kenne.²⁰ Eine These, die in dieser Allgemeinheit nicht gutzuheißen ist.

IV. Vereinbarkeit mit der Sicherheitsratsresolution 1244 (1999)

Damit wendet sich der IGH der Vereinbarkeit der Unabhängigkeitserklärung mit der UN-Sicherheitsratsresolution 1244 (1999) zu.

1. Interpretation der Sicherheitsratsresolution 1244 (1999)

Hierzu beginnt der IGH mit einer Interpretation der Aussagen der Sicherheitsratsresolution 1244 (1999). Die zentralen Aussagen werden folgendermaßen umschrieben: „[T]he solution embodied in resolution 1244 (1999), namely, the implementation of an interim international territorial administration, was designed for humanitarian purposes: to provide a means for a stabilization of Kosovo and for the re-establishment of a basic public order in an area beset by crisis. [...] The purpose of the legal régime established under resolution 1244 (1999) was to establish, organize and oversee the development of local institutions of self-government in Kosovo under the aegis of the interim international presence.“²¹

2. Vereinbarkeit der Unabhängigkeitserklärung mit der Resolution 1244 (1999)

Nunmehr untersucht der Gerichtshof, ob die – so verstandene – Resolution der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo entgegensteht.

a) Urheber der Erklärung

Hierzu geht der IGH zunächst auf die Frage nach der Urheberschaft der fraglichen Erklärung ein:

„The Court [...] arrives at the conclusion that [...] the authors of the declaration of independence of 17 February 2008 did not act as one of the Provisional Institutions of Self-Government within the Constitutional Framework, but rather as persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration.“²²

Zur Begründung zieht der Gerichtshof einerseits den Wortlaut, andererseits die Umstände der Erklärung heran. Die Verfasser der Erklärung betonen ihre Entschlossenheit, nunmehr eine endgültige Lösung für den zukünftigen Status des

Kosovo herbeizuführen und der Bevölkerung des Kosovo Klarheit über ihre Zukunft zu geben. Zudem verwenden sie die Formulierung „We, the democratically-elected leaders of our people“ anstelle der sonst üblichen dritten Person Singular. Unterstrichen wird dieses noch dadurch, dass auch der Präsident des Kosovo, der gar nicht Mitglied der Assembly of Kosovo war, die Erklärung unterzeichnet hat. Daraus folgert der IGH, dass die Resolution eine Übergangsverwaltung für das Kosovo errichten wollte; da jedoch die Verfasser der Erklärung gerade nicht im Namen dieser provisorischen Selbstverwaltungsorgane, sondern vielmehr außerhalb dieses Verwaltungsregimes agierten, seien sie gar nicht in der Lage gewesen, dieses Regime zu verletzen.²³

b) Abweichende Voten

Doch ist diese Schlussfolgerung Bedenken ausgesetzt: So formuliert Richter *Bennouna* in seinem abweichenden Votum: „Thus it was enough for the authors of the declaration to change the appearance of the text, and to hold themselves out as ‘the democratically-elected leaders of [the] people’ in order for them to cease to be bound by the Constitutional Framework for Kosovo [...]. If such reasoning is followed to its end, it would be enough to become an outlaw, as it were, in order to escape having to comply with the law.“²⁴

Besonders pointiert fasst es Richter *Skotnikov* zusammen: „The majority, unfortunately, does not explain the difference between acting outside the legal order and violating it.“²⁵

3. Maßgeblichkeit nicht des Adressaten, sondern des Inhalts

Dabei hätte es einer so gewagten und fragwürdigen Konstruktion, wonach die Urheber der Erklärung nicht an die Vorgaben der Resolution 1244 (1999) gebunden seien, gar nicht bedurft. Vielmehr hätte es ausgereicht, sich mit dem Inhalt der Resolution auseinanderzusetzen. Dies hätte nämlich ergeben, dass die Unabhängigkeitserklärung rein inhaltlich gar nicht im Widerspruch zur Resolution 1244 (1999) steht.

Zwar ist das Verwaltungsregime, wie es die Resolution 1244 (1999) etablierte, nicht auf einen souveränen Staat Kosovo ausgerichtet, sondern auf ein autonomes Kosovo innerhalb der Bundesrepublik Jugoslawien bzw. heute innerhalb Serbiens.²⁶ Daher ließe sich argumentieren, die Resolution ziele darauf ab, eine Abspaltung des Kosovo zumindest für die Dauer der Übergangsverwaltung zu unterbinden.²⁷ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Übergangsverwaltung ihrerseits nur dazu dienen sollte, die Stabilisierung der Region zu ermöglichen und den Zeitraum bis zu einer endgültigen

²³ Vgl. IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010, Nr. 103-109.

²⁴ Abweichendes Votum von Richter *Bennouna*, Nr. 46.

²⁵ Abweichendes Votum von Richter *Skotnikov*, Nr. 15.

²⁶ SC Res. 1244 (1999), Nr. 10: „substantielle Autonomie innerhalb der Bundesrepublik Jugoslawien“.

²⁷ Vgl. *Borgen*, Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition, American Society of International Law (ASIL) Insights 12 (2008), verfügbar unter <http://asil.org> (Stand: 13.9.2010); *Schaller*, AVR 46 (2008), 131 (149).

¹⁹ IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010, Nr. 81.

²⁰ IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010, Nr. 84.

²¹ IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010, Nr. 98.

²² IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010, Nr. 109.

Regelung zu überbrücken („pending a final settlement“²⁸) – und zwar ohne vorwegzunehmen, wie diese endgültige Regelung aussehen würde.²⁹

Dies stellt der IGH sogar explizit fest: „[R]esolution 1244 (1999) clearly establishes an interim régime; it cannot be understood as putting in place a permanent institutional framework in the territory of Kosovo. This resolution mandated UNMIK merely to facilitate the desired negotiated solution for Kosovo’s future status, without prejudging the outcome of the negotiating process.“³⁰ Leider hat der IGH nicht die richtigen Schlüsse aus dieser Erkenntnis gezogen.

Allerdings bekräftigte der Sicherheitsrat die Souveränität und territoriale Integrität der Bundesrepublik Jugoslawien in Form der Inkorporation der in Annex 1 und 2 enthaltenen Prinzipien.³¹

Doch verwendet der Sicherheitsrat solche Formulierungen regelmäßig, wenn er nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen vorgeht. Selbst in Resolution 1272 (1999), mit der der Sicherheitsrat eine Übergangsadministration in Osttimor installierte, ist eine entsprechende Passage zugunsten Indonesiens zu finden, obwohl der Sicherheitsrat in diesem Falle die spätere Unabhängigkeit Osttimors in derselben Resolution explizit befürwortete.³² Der Verweis auf Souveränität und territoriale Integrität soll lediglich die Staaten bei der Umsetzung der Resolution an die Beachtung der genannten Prinzipien erinnern. Solche Formulierungen sind somit rein deklaratorischer Natur.³³

Macht die Resolution 1244 (1999) aber keinerlei Vorgaben hinsichtlich des zukünftigen Status des Kosovo – weder ausdrücklich noch konkludent –, kann eine Erklärung, die diesen endgültigen Status zum Gegenstand hat, nicht im Widerspruch zu der Resolution stehen. Die Resolution will die Unabhängigkeit des Kosovo weder explizit befürworten noch vermeiden;³⁴ sie trifft Vorgaben allein zum Status bis zu einer solchen endgültigen Lösung. Im Ergebnis steht die einseitige Unabhängigkeitserklärung des Kosovo somit nicht im Widerspruch zu den Vorgaben der Resolution 1244 (1999).

V. Bestand ein Sezessionsrecht des Kosovo?

Wie bereits erwähnt macht der IGH leider keinerlei Bemerkungen bezüglich eines möglichen Sezessionsrechts des kosovarischen Volkes. Die folgenden Überlegungen sollen zeigen, wie eine solche Argumentation hätte aussehen können.

²⁸ SC Res. 1244 (1999), Nr. 11 lit. a.

²⁹ Vgl. die Argumentation des Vereinigten Königreichs im Sicherheitsrat am 18.2.2008: UN Doc. S/PV. 5839, S. 13; Wirth, ZaöRV 67 (2007), 1065 (1074).

³⁰ IGH, Advisory Opinion v. 22.7.2010, Nr. 99.

³¹ SC Res 1244 (1999), Annex 2, Nr. 8: „unter voller Berücksichtigung [...] der Prinzipien der Souveränität und territorialen Unversehrtheit der Bundesrepublik Jugoslawien“.

³² SC Res. 1272 v. 25.10.1999, Abs. 3 und 12 der Präambel.

³³ Vgl. Schaller, AVR 46 (2008), 131 (150).

³⁴ Vgl. Borgen (Fn. 27).

1. Reichweite des Selbstbestimmungsrechts der Völker

Im Rahmen des Dekolonialisierungsprozesses führte das Selbstbestimmungsrecht in vielen Fällen zur Errichtung eines souveränen und unabhängigen Staates. Aber jenseits des abgeschlossenen Kontextes der Dekolonialisierung zeigen sich die Staaten äußerst zurückhaltend, was die Anerkennung eines Rechts zu einseitiger Sezession anbetrifft.³⁵ Die mehrheitliche Auffassung lehnt bis heute ein generelles Sezessionsrecht ab; entsprechend den Grundsätzen der Friendly-Relations-Declaration von 1970³⁶ genießt grundsätzlich die territoriale Integrität eines bestehenden Staates den Vorrang. Eine Ausnahme wird nur für Konstellationen in Erwägung gezogen, in denen der Verbleib in der bisherigen Entität schwere Diskriminierungen oder gravierende Menschenrechtsverletzungen nach sich ziehen würde oder gar die Existenz eines Volkes bedrohen würde.³⁷ Diese Voraussetzungen gehen zurück auf den Aaland Islands-Bericht, der von „manifest and continued abuse of sovereign power to the detriment of a section of population“³⁸ spricht. Unter solch extremen Bedingungen soll sich das Selbstbestimmungsrecht – als letzter Ausweg – zu einem Anspruch auf Eigenstaatlichkeit verdichten.³⁹ In allen anderen Fällen muss das Selbstbestimmungsrecht mit der territorialen Integrität der betroffenen Staaten in Einklang gebracht werden.⁴⁰ Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Staat dem Volk weitgehende Autonomierechte einräumt und ihm somit zumindest die freie Ausübung seines inneren Selbstbestimmungsrechts ermöglicht.⁴¹

2. Der Fall Kosovo

Erfüllte der Fall Kosovo diese strengen Voraussetzungen? Die einseitige Unabhängigkeitserklärung im Jahr 2008 war nur der letzte Schritt einer andauernden Entwicklung in den

³⁵ Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Aufl. 2006, S. 390; Goodwin, GLJ 8 (2007), 1 (3).

³⁶ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, Res. 2625 (XXV), Annex.

³⁷ Kempen/Hillgruber, *Völkerrecht*, 2007, § 47 Rn. 22.

³⁸ Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question, League of Nations Off. J., Spec. Supp. No. 3 (1920).

³⁹ Vgl. Oeter, ZaöRV 52 (1992), 741 (759).

⁴⁰ Vgl. Doehring, in: Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, vol. I, 2. Aufl. 2002, Rn. 40; Crawford (Fn. 35), S. 119; Heintze, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 29 Rn. 10; Hailbronner, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2007, III 118.

⁴¹ Kempen/Hillgruber (Fn. 37), § 47 Rn. 22; Herdegen, *Völkerrecht*, 9. Aufl. 2010, § 36 Rn. 6; Daillier/Pellet, *Droit International Public*, 7. Aufl. 2002, Rn. 341; Crawford (Fn. 35), S. 120.

letzten zwei Jahrzehnten. Die Lebensbedingungen der kosovarischen Bevölkerung verschärften sich kontinuierlich. Die internationale Gemeinschaft wurde Zeuge einer humanitären Katastrophe mit schwersten Menschenrechtsverletzungen; das serbische Militär hatte fast 800.000 Albaner aus dem Kosovo vertrieben, um die Region „ethnisch sauber“, also „serbisch“ zu machen. Das Massaker an 8000 bosnischen Muslimen in Srebrenica im Jahr 1995 ist trauriges Mahnmal hierfür. Der Autonomiestatus des Kosovo – ursprünglich in der Verfassung von 1974 zugesichert – wurde 1989 aufgehoben und damit der Weg geebnet für systematische Diskriminierungen, Gewalt und Kriegsverbrechen. Albanisch als Amtssprache wurde abgeschafft; albanische Medien wurden verboten.⁴² Allerdings endete diese Unterdrückung mit der Gründung der UN-Übergangsverwaltung. Deshalb wird oftmals vertreten, dass eventuell zu einem früheren Zeitpunkt ein Sezessionsrecht bestanden habe, welches aber im Februar 2008 nicht mehr fortbestand.⁴³

Diese Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen. Während des letzten Jahrzehnts unterstand das Kosovo faktisch nicht Serbien, sondern der UN-Übergangsverwaltung. Das Wiederaufleben der Bürgerrechte der Kosovaren fand damit nicht unter der Ägide Serbiens, sondern der Vereinten Nationen statt, sodass neues Vertrauen zwischen Serbien und den Kosovaren sich nicht entwickeln konnte. Auch die fortwährende internationale Präsenz belegt die Auffassung der internationalen Gemeinschaft, dass die Situation im Kosovo instabil war und noch immer ist und nicht allein innerstaatlichen Strukturen überlassen werden kann. Die verfassungsrechtlich eingeräumten Autonomie-Regelungen konnten die wiederholt auftretenden ethnischen Übergriffe nicht unterbinden und waren 1989 vergleichsweise unproblematisch rückgängig gemacht worden. Angesichts des enormen Ausmaßes der Verletzung elementarer Menschenrechte wurde die für eine effektive Autonomie unerlässliche Vertrauensgrundlage dauerhaft zerstört.⁴⁴

Aus diesen Gründen erscheint es für die Kosovo-Albaner unzumutbar, bei Serbien zu verbleiben, selbst auf Grundlage eines international überwachten Autonomiestatus. „No State can invoke territorial integrity in order to commit atrocities [...], no State can use territory to destroy the population.“⁴⁵ Genau das aber war es, was Serbien getan hat. Und dadurch – mit anderen Worten durch Missachtung des Rechts auf *innere* Selbstbestimmung – hat Serbien sein Recht zur Berufung auf seine territoriale Integrität, um das Recht des Kosovo auf *äußere* Selbstbestimmung zurückzuweisen, verwirkt.⁴⁶

Folglich stand dem Kosovo auch 2008 ein Sezessionsrecht zu und die einseitige Loslösung von Serbien verstieß daher nicht gegen die territoriale Integrität Serbiens.

VI. Fazit

Die obige Untersuchung zeigt, dass man mit der Beantwortung der Frage, wie sie von der Generalversammlung gestellt wurde, durch den Gerichtshof durchaus übereinstimmen kann, allerdings auf Grundlage einer grundlegend anderen Herangehensweise und Begründung.

Das Urteil des Gutachtens beinhaltet die Gefahr, dass künftig ähnliche einseitige Unabhängigkeitserklärungen grenzenlos auftreten werden; es könnte zum Präzedenzfall für andere secessionistische Bestrebungen werden. Dies hätte durch Herausarbeiten der spezifischen Besonderheiten des Falles Kosovo und durch Präzisierung des Selbstbestimmungsrechts und Begrenzung eines Sezessionsrechts vermieden werden können. Das hätte klargestellt, dass kein Staat Abspaltungen fürchten muss, solange er Autonomiebefugnisse garantiert und beachtet;⁴⁷ umgekehrt wäre allen unterdrückten Völkern Rechtssicherheit und ein mächtiges Gegenmittel eingeräumt worden. Dies zu unterstreichen wäre für die internationale Stabilität von Vorteil gewesen, die gerade durch das Prinzip der territorialen Integrität sichergestellt werden soll. Kosovo hatte das Potenzial, zu einem Meilenstein in der Ära des modernen Völkerrechts zu werden.⁴⁸ Leider hat der IGH diese Gelegenheit verpasst.

Wiss. Mitarbeiter Patrick Kirchner, Bonn

⁴² Für Details bezüglich Geschichte und Verlauf des Konflikts siehe Weber, AVR 43 (2005), 494 (497-501).

⁴³ Vgl. Schaller, AVR 46 (2008), 131 (139); Goodwin, GLJ 8 (2007), 1 (6).

⁴⁴ Vgl. Parameswaran, AVR 46 (2008), 172 (179); Weber, AVR 43 (2005), 494 (508).

⁴⁵ Sondervotum von Richter A. A. Cançado Trindade, Nr. 176.

⁴⁶ Vgl. Goodwin, GLJ 8 (2007), 1 (4); Wirth, ZaöRV 67 (2007), 1065 (1069).

⁴⁷ Vgl. Crawford (Fn. 35), S. 119.

⁴⁸ Goodwin, GLJ 8 (2007), 1 (2).

Entscheidungsbesprechung

Zur Strafbarkeit des Abbruchs künstlicher Ernährung

Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. (Amtlicher Leitsatz).

StGB § 216; BGB § 1901a

BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09¹

I. Sachverhalt

Der Angeklagte A ist ein auf das Fachgebiet des Medizinrechts spezialisierter Rechtsanwalt. Als solcher beriet er die beiden Kinder der K, die seit Oktober 2002 im Wachkomalag und in einem Pflegeheim mittels einer durch die Bauchdecke geführten PEG-Sonde künstlich ernährt wurde. Eine Besserung ihres Gesundheitszustandes war nicht mehr zu erwarten. Entsprechend einem von K im September 2002 mündlich geäußerten Wunsch bemühten sich ihre Kinder, die zwischenzeitlich zu Betreuern ihrer Mutter bestellt worden waren, um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Nach mehreren Auseinandersetzungen mit der Leitung des Pflegeheims kam es Ende 2007 zu einem Kompromiss, wonach die Kinder der Patientin selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nachdem die Tochter der K, die G, am 20.12.2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde beendet hatte, wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens am 21.12.2007 jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Dies geschah. Am gleichen Tag erteilte der Angeklagte A der G den Rat, den Schlauch der PEG-Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen. G folgte diesem Rat und schnitt Minuten später mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Heimpersonal dies entdeckt hatte, wurde K in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. K starb dort zwei Wochen später eines natürlichen Todes auf Grund ihrer Erkrankungen. Das LG hat die Beratungstätigkeit des angeklagten Rechtsanwalts als mittäterschaftliches Zusammenwirken mit G bewertet und ihn wegen versuchten Totschlags in Mittäterschaft bestraft. Die Einstufung als Mittäter hat der BGH nicht erörtert. Seine Entscheidung betrifft vielmehr die Tatbestandsmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Behandlungsabbruchs.

¹ Im Folgenden zitiert nach den Rn. der Entscheidung BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09; FamRZ 2010, 1551. Siehe dazu *Duttge/Schreiber*, LTO v. 6.2.2010.

II. Die Probleme

Die dem Fall zugrunde liegenden Probleme sollen zum besseren Verständnis von Inhalt und Tragweite der Entscheidung zunächst herausgearbeitet werden. Dabei wird sich zeigen, dass derartige Probleme nicht allein auf Grundlage des Gesetzes und mit Hilfe der Strafrechtsdogmatik gelöst werden können, sondern der Vorklärung rechts- und medizinethischer Fragen bedürfen.²

1. Disponibilität des Rechtsguts Leben

Der Angeklagte A und die Tochter G haben die Durchtrennung des Sondenschlauchs damit gerechtfertigt, sie hätten den Wunsch der K umsetzen wollen. Indes kann der Wille der K überhaupt nur relevant sein, wenn das Rechtsgut Leben für seinen Träger disponibel ist. In der Literatur wird dies verbreitet bestritten. Formell beruft man sich auf die Existenz des § 216 StGB, materiell auf „fundamentale öffentlichen Interessen“, die von einem Verzicht auf das Rechtsgut Leben berührt werden sollen.³ Nach dieser Auffassung soll § 216 StGB das Leben nicht nur als ein grundsätzlich disponibles Individualrechtsgut schützen, sondern vor allem als ein nicht disponibles überindividuelles Rechtsgut.⁴ Der Schutzzweck der Vorschrift erstreckt sich danach auf das *gesellschaftliche* Interesse am Rechtswert Leben, genauer: an der Stabilisierung des Tötungstabus.⁵ Notwendig soll die Stabilisierung zur Abwehr eines „Dammbruchs“ sein, den viele als Folge einer sich ausbreitenden Sterbehilfepraxis befürchten. Konkret geht es um die Sorge, dass die Gestattung von Formen

² Zu rechtsphilosophischen Grundlagenfragen der Sterbehilfe *Duttge*, GA 2002, 241; *Jakobs*, in: Haft (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 459; *Köhler*, JRE 14 (2006), 425; *Kubiciel*, JZ 2009, 600; *ders.*, JA 2010, im Erscheinen; zu den ethischen Fragen des Behandlungsabbruchs *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (557 ff.).

³ *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 372; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 28 jeweils m.w.N.

⁴ *Ingelfinger*, Grundlage und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 214 ff.; *Lorenz*, JZ 2008, 57, 60 (63); *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44 (52 ff., 66 ff.).

⁵ So *Dölling*, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 767 (S. 777); *Engisch*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmut Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1966, S. 399 (S. 412 f.); *Herzberg*, NJW 1996, 3043 (3047); *Hirsch*, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 775 (S. 779, 789 f.); *Krey/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, S. 50 Rn. 108; *Neumann*, in: Kindhäuser/*ders./Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 216 Rn. 1; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 37, 44. Krit. *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (602 f.); ebenso *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 216 Rn. 2.

einer Tötung auf Verlangen auch zu einer rechtlichen Anerkennung von Tötungen ohne Verlangen führen könnte.⁶ Auf den vorliegenden Fall übertragen: Begründet die Möglichkeit, auf Wunsch des Patienten eine künstliche Ernährung zu beenden, nicht die Gefahr, dass rechtliche Voraussetzungen für die Einstellung einer lebenserhaltenden Maßnahme ohne jegliches Anzeichen für einen dementsprechenden Wunsch geschaffen werden? Und wäre es nicht humaner, solche Patienten direkt, etwa mittels einer Spritze, zu töten, als sie langsam an schwindenden Kräften sterben zu lassen?

Es liegt in der Natur hypothetischer Fragen, dass sie weder mit Sicherheit bejaht noch verneint werden können. Die abstrakte Möglichkeit einer Ausweitung der Sterbehilfformen in der Zukunft ist jedenfalls kein Grund, dem Einzelnen das Dispositionsrecht über das Leben vollständig zu entziehen.⁷ Aber selbst eine empirisch belegte, hinreichende Wahrscheinlichkeit eines „Dammbrochs“ kann nicht dazu führen, das Recht des Einzelnen an seinem Leben unter den Vorbehalt der Erreichung gesellschaftlicher Zwecke zu stellen.⁸ Die legitimatorische Tragweite von Dammbrochargumenten stößt vielmehr auf das – verfassungsrechtlich gewährleistete und von der Gesellschaft hoch bewertete – Recht zur Selbstbestimmung über das eigene Leben.⁹ Auch § 216 StGB hebt dieses Recht nicht auf,¹⁰ sondern sichert es, jedenfalls nach einer paternalistischen Lesart, gegen voreilige, nicht vollzugsreife Sterbehilfewünsche.¹¹ Die Kunst der Auslegung und Fortbildung des geltenden Rechts besteht folglich darin, einen Ausgleich zwischen den Notwendigkeiten der Abwehr von Missbrauchsgefahren einerseits und der Selbstbestimmung andererseits zu finden. Der BGH war sich, wie seine Formulierungen zeigen, dieser Aufgabe sehr bewusst. Seine Ausführungen sind daher auch darauf zu untersuchen, ob sie den gezeigten gegenläufigen Interessen gerecht werden oder kriminalpolitische Änderungen veranlassen.

⁶ Dazu Höfling, JuS 2000, 111 (113); *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Ende des Lebens, 2006, S. 32 ff.; Lindner, JZ 2006, 373 (379); Lorenz, JZ 2009, 57 (64); Schöch/Verrel, GA 2005, 553 (583), Verrel, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Gutachten C, 2006, C 67 („ethische Abwärtsspirale“), C 119.

⁷ Eine „empirische Evidenz für eine inakzeptabel hohe Eintrittswahrscheinlichkeit der [...] prognostizierten Schäden“ verlangt Schöne-Seiffert, Grundlagen der Medizinethik, 2007, S. 85.

⁸ Vgl. Merkel, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Ulrich Schroth zum 60. Geburtstag, 2010, S. 285 (S. 296 f.).

⁹ S. dazu Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 214 ff., 411 ff.; Merkel (Fn. 8), S. 296 f.; *Nationaler Ethikrat*, Patientenverfügung, 2005, S. 9 ff.

¹⁰ Von der „Unantastbarkeit“ des Lebens spricht aber Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1.

¹¹ Grundlegend Jakobs (Fn. 2), S. 459; im Ansatz ebenso Kubiciel, JZ 2009, 600 (604 ff.), jeweils m.w.N. zum Streitstand.

2. Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs

Aus der Patientenautonomie folgt das (Abwehr-)Recht, sich unerwünschte ärztliche Heileingriffe zu verbitten.¹² Über das Behandlungsveto eines urteilsfähigen Patienten darf sich der Arzt daher selbst dann nicht hinwegsetzen, wenn der Patient in Folge der unterlassenen Behandlung stirbt.¹³ Rechtlich soll es nicht darauf ankommen, ob ein Arzt dem Behandlungsveto durch schlichtes Unterlassen der (Weiter-)Behandlung oder durch aktives Tun (Abschalten eines lebenserhaltenden Geräts) nachkommt.¹⁴ Daher konnte der BGH bereits im Jahr 1994 urteilen, bei einem unheilbar erkrankten Komapatienten dürfe auch vor Beginn der Sterbephase die künstliche Ernährung eingestellt werden, wenn dies seinem (mutmaßlichen) Willen entspreche.¹⁵ Bei einem entgegen stehenden (mutmaßlichen) Willen des Patienten enden Behandlungsrecht und damit auch die Behandlungspflicht der Ärzte und Pfleger.¹⁶

War der tödliche Behandlungsabbruch also schon vor der jüngsten Entscheidung des BGH grundsätzlich zulässig, hatten LG und BGH lediglich darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen einer zulässigen Sterbehilfe bei K vorgelegen haben. Daran kann in zweifacher Hinsicht gezweifelt werden: Zum einen fragt sich, ob die Komapatientin ein wirksames Behandlungsveto ausgesprochen hat, und zum zweiten ist der Behandlungsabbruch nicht von einem behandelnden Arzt oder Pfleger vollzogen worden, sondern durch Nichtmediziner.

¹² Näher dazu Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 29 ff.; Jakobs, in: Schütz/Kaatsch/Thomsen (Hrsg.), Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin, diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin, Festschrift für Günter Schewe, 1991, S. 72 (S. 74 ff.); Kubiciel, JZ 2009, 600 (605 ff.); Schöne-Seiffert, Einführung in die Medizinethik, 2007, S. 39.

¹³ Eser, in: Lutteroni/Sporcken (Hrsg.), Lexikon, Medizin, Ethik, Recht, 1989, S. 1089; Irrgang, Grundriß der medizinischen Ethik, 1995, S. 185; Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, Vor §§ 211 ff. Rn. 29.

¹⁴ Antoine (Fn. 9), S. 214 ff., 411 ff.; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2009, § 3 Rn. 4 ff.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 216 Rn. 6; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, Rengier (Fn. 10), § 7 Rn. 6 ff.; Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, Vor §§ 211 ff. Rn. 104; Wessels/Hettinger (Fn. 3), Rn. 37. Zutreffend differenzierend Jakobs (Fn. 12), S. 76 f.

¹⁵ BGHSt 40, 257 (259 f.).

¹⁶ Vgl. Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 7; Engisch, in: Jeschek (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 309 (S. 322); Otto, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags, 1986, D 37 ff.; Verrel, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, 2006, C 15 ff.

3. Legitimationsvoraussetzung: Das Behandlungsveto

Das Behandlungsveto hatte die K nicht unmittelbar vor dem Einstellen der künstlichen Ernährung, etwa gegenüber Ärzten oder Pflegeern, ausgesprochen, sondern soll es sinngemäß im Jahr 2002 gegenüber der Tochter kundgetan haben. Dies wirft nicht nur die tatsächliche (und damit beweisrechtliche) Frage auf, ob der Wunsch wirklich geäußert worden ist. Schließlich haben die Kinder der K die künstliche Ernährung ihrer Mutter über Jahre geduldet, ohne sich auf das Behandlungsveto zu berufen. In rechtlicher und rechtsethischer Hinsicht problematisch ist bereits, ob überhaupt ein Behandlungsverzicht, der vorab für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit erklärt worden ist, bindend sein soll. Dagegen wird in der Medizinethik geltend gemacht, schwere Krankheiten und die damit einhergehende Pflegebedürftigkeit ließen sich ebenso wenig abstrakt vorstellen wie die Einstellung gegenüber medizinisch notwendigen Behandlungen.¹⁷ Ein zeitlich der Erkrankung weit vorausgehendes Behandlungsveto umzusetzen, sei daher etwas anders, als dem aktuellen Willen desjenigen zu folgen, der sich mit seinem Krankheitszustand auseinandergesetzt und diesen für nicht mehr tragbar befunden hat.¹⁸ So gesehen, stellt die Aussage, die K habe sich (vor Jahren) gegen die (seitdem widerspruchslos hingenommene) künstliche Ernährung ausgesprochen, eine dürftige Grundlage für eine denkbare weit reichende Entscheidung dar.

Über diese Problematik ist in den vergangenen Jahren aus Anlass des Gesetzgebungsverfahrens zur sog. Patientenverfügung intensiv diskutiert worden. Gesetz geworden ist ein Regelungsvorschlag, der den Willen des Patienten zum Maßstab ärztlichen Handelns macht, auch wenn sich der Einzelne ohne jegliche Beschäftigung mit Krankheiten und ihren Behandlungsmöglichkeiten viele Jahre vor einer Erkrankung festgelegt haben sollte. Gemäß § 1901a BGB muss der Betreuer einer Patientenverfügung Geltung verschaffen oder, falls eine solche nicht vorliegt, nach Maßgabe eines vorab geäußerten Behandlungswunsches entscheiden. Diese Neuregelung entfalte, so der BGH, auch für das Strafrecht Wirkung (Rn. 25). Zwar könnten die §§ 1901a ff. BGB nicht die Grenzen zwischen strafloser und strafbarer Tötung auf Verlangen verschieben (Rn. 25). Sie enthielten aber eine „verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind.“ Anders gewendet: Die §§ 1901a ff. BGB schaffen keine neue Formen der Sterbehilfe. Sie sollen lediglich die passive Sterbehilfe und den Behandlungsabbruch in Fällen ermöglichen, in denen das Behandlungsveto als Legitimationsvoraussetzung der Sterbehilfe vorab erteilt worden ist.

¹⁷ Vgl. dazu *Enquête-Kommission Ethik und Recht der Medizin*, Zwischenbericht Patientenverfügung, 2005, in: BT-Drs. 15/13700, S. 25, 67; *Irrgang* (Fn. 13), S. 181 f.; *Schöne-Seiffert* (Fn. 7), S. 61 f.

¹⁸ Vgl. *Schöne-Seiffert* (Fn. 7), S. 117.

3. Formfragen des Behandlungsabbruchs

Dass die Legitimationsvoraussetzung – ein vorab geäußertes Behandlungsveto der K – vorlag, stand für den BGH fest (Rn. 16). Zu prüfen war damit lediglich, ob das Leben der K auch *auf diese Weise* beendet werden durfte. Zwei „Formfragen“ stellt der Fall.

Das erste, vom BGH nicht erörterte Problem handelt von der Verzichtbarkeit der (künstlichen) Ernährung. Nicht selten wird die Auffassung vertreten, die Versorgung mit Nahrung und Flüssigkeit stelle eine moralisch zwingend gebotene Basisversorgung dar, die keiner Person – auch nicht auf deren Wunsch – verwehrt werden dürfe.¹⁹ Indes liegt dieser Position eher die Symbolik eines „verhungerten“ oder „verdurstenden“ Patienten zugrunde als ein tragfähiger ethischer oder rechtlicher Grund.²⁰ Dies zeigt sich auch an dem Widerspruch, dass einerseits das Abschalten eines Beatmungsgerätes – wenn man so will: die Verweigerung einer Basisversorgung mit Luft – zulässig sein soll, während andererseits die Entfernung einer PEG-Sonde für unzulässig erachtet wird. Gibt man dem Einzelnen das Recht, über den Umfang seiner Behandlung selbst zu bestimmen, ist es normativ willkürlich, den Verzicht auf einzelne Behandlungsmethoden für unzulässig zu erklären. Die (implizite) Meinung des BGH, die Einstellung der Ernährung sei für sich gesehen kein ethisches und rechtliches Problem, ist daher zutreffend.

Problematisch ist hingegen die zweite Formfrage: Werden von der zulässigen passiven Sterbehilfe bzw. dem Behandlungsabbruch auch Handlungsweisen umfasst, die sich bei rechtlicher Bewertung als aktives Tun darstellen? Diese Frage war vom BGH noch nicht geklärt und daher nach Auffassung des *Senats* hier erstmalig zu entscheiden (Rn. 22). Weshalb sich die Entfernung der Magensonde als Tun darstellt, begründet der BGH zwar nicht. Das Gericht geht aber offenkundig davon aus, dass nur die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen durch Ärzte, Pflegepersonal oder andere zur Behandlung verpflichtete Personen ihrem Sinngehalt strafrechtlich eine Unterlassungstat darstellt.²¹ Personen, die – wie

¹⁹ Dazu umfassend *Schockenhoff*, *Zeitschrift für medizinische Ethik* 56 (2010), 131; *Tolmein*, *Zeitschrift für medizinische Ethik* 56 (2010), 159.

²⁰ Deutlich wird die symbolische Natur auch, wenn man die tatsächliche Situation verändert und beispielsweise den Kranken in einem Altenheim durch einen Häftling in einer Strafanstalt ersetzt. Als ethisch problematisch gilt im letztgenannten Fall nicht die Verweigerung der Versorgung, sondern – umgekehrt – die Zwangsernährung. Letztere unter medizinethischen Gesichtspunkten ablehnend der Weltärztebund (WMA Declaration of Malta on Hunger Strikes, October 2006). Siehe die Voraussetzungen einer Zwangsernährung bei Häftlingen in § 101 StVollzG; dazu *Laue*, in: *Hilfenkamp/Tag* (Hrsg.), *Intramurale Medizin*, 2005, S. 217 (S. 222 ff.).

²¹ Vgl. dazu BGHSt 40, 257 (263); *Kindhäuser* (Fn. 14), § 3 Rn. 7; *Krey/Heinrich* (Fn. 5), § 1 Rn. 11; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 115; *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 703.

der Angeklagte – dem Patienten nicht als Garant die (Weiter-) Behandlung schulden, sollen bei wertender wie natürlicher Betrachtung aktiv handeln.²² Danach hätte sich der Angeklagte, wie auch das LG meinte, des (versuchten) Totschlags strafbar gemacht.

Nicht nur für Ärzte, sondern auch für viele Strafrechtswissenschaftler ist es schwer nachvollziehbar gewesen, dass die passive Sterbehilfe bzw. der Behandlungsabbruch nur straffrei sein soll, wenn sich ein Tun in ein Unterlassen umetikettieren lässt.²³ Denn diese dogmatische Begründung macht die Entscheidung zwischen strafloser Sterbehilfe und Totschlag abhängig von Äußerlichkeiten und Zufälligkeiten: Hätte der Angeklagte das Behandlungsveto der Patientin nicht durch eine Entfernung der Sonde umgesetzt, sondern durch das Einstellen manueller Versorgung, wäre er vom Landgericht nicht wegen versuchten Totschlags verurteilt, sondern freigesprochen worden. Da in beiden Alternativen eine Einwilligung der Patientin vorliegt, unterscheiden sich beide Fälle nur durch die Form der medizinischen Versorgung und die dadurch vorgegebene Form des Behandlungsabbruchs. Weshalb aber ein bloßer Formmangel ein Unrecht gegen eine Person – einen Totschlag – begründen soll, ist kaum zu erklären. Der BGH hat – wie nun gezeigt wird – diese Unstimmigkeit gelöst und die Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs von der Begehungsform entkoppelt.

III. Die Entscheidung

1. Der Begriff des Behandlungsabbruchs

Nach Auffassung des *Senats* kann die „Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer nach den §§ 212, 216 StGB strafbaren Tötung [...] nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden“ (Rn. 30). In der Vergangenheit sei die Umdeutung „der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechenden normativen Wertung“, namentlich das Abschalten eines Beatmungsgeräts in ein normativ verstandenes Unterlassen, zu Recht auf Kritik gestoßen. Und weiter: „Eine solche wertende Umdeutung aktiven Tun in ein normatives Unterlassen wird den auftretenden Problemen nicht gerecht. Ein ‚Behandlungsabbruch‘ erschöpft sich nämlich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann“ (Rn. 31).

Zur Rechtfertigung eines auf Wunsch des Patienten durch Tun oder Unterlassen vorgenommenen Behandlungsabbruchs stellt der BGH nunmehr auf den von ihm sogenannten „nor-

mativ wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs“ ab. Dieser umfasse neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden, „eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren“ (Rn. 31). Wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen könne, müsse dies gleichermaßen auch für eine Beendigung einer nicht mehr gewollten Behandlung gelten. Die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs sei unabhängig davon, ob sein Wille durch ein Unterlassen oder durch aktives Tun umzusetzen sei (Rn. 31).

2. Die Voraussetzungen eines Behandlungsabbruchs

Die einen Behandlungsabbruch legitimierenden Voraussetzungen will der BGH „aus den Begriffen der ‚Sterbehilfe‘ und des ‚Behandlungsabbruchs‘ selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter“ ableiten (Rn. 32). Daraus ergebe sich zum einen, dass „die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist“ (Rn. 33). Zum anderen müsse die „durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe [...] objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im oben genannten Sinne bezogen“ sein (Rn. 34).

Ordnet man diese Ausführungen, ergibt sich folgendes Schema: Ein gerechtfertigter Behandlungsabbruch setzt in objektiver Hinsicht eine wirksame (mutmaßliche) Einwilligung eines lebensbedrohlich erkrankten Patienten und einen darauf bezogenen subjektiven Rechtfertigungstatbestand, also: Handeln in Kenntnis der Einwilligung, voraus.²⁴ Liegen diese Voraussetzungen vor, darf eine lebenserhaltende Maßnahme eingestellt werden. Eine Todesverursachung sei dann – unabhängig von der Begehungsform Tun oder Unterlassen – gerechtfertigt (Rn. 35). Neben Ärzten, Betreuern und Bevollmächtigten soll, so der BGH, auch der von Dritten vollzogene Behandlungsabbruch erfasst werden, „soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogenen Hilfsperson tätig werden“ (Rn. 39).²⁵ Für den angeklagten Rechtsanwalt führte diese Konstruktion zu dem vom BGH ganz offenkundig angestrebten Ziel: Freispruch.

IV. Dogmatische Einordnung und kriminalpolitische Folgerungen

Der vom BGH eingeschlagene Begründungsweg wirft Fragen auf: Zum einen muss untersucht werden, aus welchen dogma-

²² *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 705; vgl. auch *Roxin* (Fn. 21), § 31 Rn. 123; *Helgerth*, JR 1995, 338 (339).

²³ *Fischer* (Fn. 5), Vor §§ 211 ff. Rn. 20; *Gropp*, in: *Duttge* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, S. 173 (S. 184); *Kargl*, GA 1999, 459 (478 ff.); *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 37.

²⁴ Fehlt es an der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzung, macht sich der Täter nicht wegen vollendeten, sondern wegen versuchten Totschlags strafbar. Siehe dazu *Gropp*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 32; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2008, § 6 Rn. 11 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 379.

²⁵ So bereits *Eser* (Fn. 12), Vor §§ 211 ff. Rn. 32. Dagegen *Roxin* (Fn. 21), § 31 Rn. 123.

tischen Gründen sich der BGH auf die – dem StGB unbekannt²⁶ – Figur des Behandlungsabbruchs berufen kann (1.). Zum anderen muss kriminalpolitisch erörtert werden, ob die jetzige Rechtslage das Selbstbestimmungsrecht der Patienten und das Interesse an der Abwehr von Missbrauchsgefahren angemessen austariert (2.).

1. Dogmatische Einordnung

Zu begrüßen ist zunächst, dass der BGH die Abgrenzung zwischen strafloser Sterbehilfe und Totschlag nicht von der äußeren Form des Behandlungsabbruchs abhängig macht.

Problematisch ist indes das Abstellen auf die Einwilligung zur Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs. Rechtfertigungs- und einwilligungsbedürftig ist nämlich nicht der *Abbruch*, sondern die *Aufnahme und Aufrechterhaltung* einer künstlichen Ernährung mittels einer Magensonde.²⁷ Nachdem für das Gericht feststand, dass sich K gegen eine solche Behandlung ausgesprochen hatte, war die Fortsetzung der künstlichen Ernährung rechtswidrig. Der BGH erkennt diese Problematik – nicht aber deren Folgen (siehe Rn. 18 f.). Das Gericht prüft nämlich im Anschluss an die Feststellung der Rechtswidrigkeit der künstlichen Ernährung, ob Rechtfertigungsgründe die Entfernung der Magensonde legitimieren. Damit wird stillschweigend aus einer per se zulässigen Wiederherstellung der Integrität der Rechtssphäre der K ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff. Ein solcher aber lag auch nach Auffassung des BGH nicht vor. Daher ist zum einen die Feststellung des Gerichts, § 32 StGB gestatte lediglich Eingriffe in die Sphäre des Täters, richtig, aber deplaziert (Rn. 19).²⁸ Zum anderen kann dahinstehen, ob § 34 StGB einen Behandlungsabbruch zu rechtfertigen vermag.²⁹ Denn einer besonderen Befugnisnorm bedürfte es nur, wenn der Behandlungsabbruch nicht nur das Recht der K wahrte, son-

dern zugleich Rechte anderer verletzte. In Betracht kommt zwar das oben erwähnte gesellschaftliche Interesse an der Stabilisierung des Tötungstabus. Indes spricht die Systematik eindeutig dafür, dass § 212 StGB ausschließlich das Rechtsgut Leben schützt. Diesem Einwand lässt sich auch nicht dadurch entgehen, dass dem Individualrechtsgut Leben ein überindividueller Zweck unterlegt wird.³⁰ Denn eine solche Konstruktion ist weder bruchlos mit der gängigen Rechtsgutdogmatik zu vereinbaren, noch kann sie mit dem Überzeugungshaushalt einer säkularisierten und individualisierten Gesellschaft in Einklang gebracht werden: In dieser gilt es als ausgemacht, dass jeder Mensch *sein* Leben führt.³¹

Der BGH stellt denn auch nicht auf überindividuelle Interessen ab, sondern lehnt die Anwendung des § 34 StGB mit dem Hinweis ab, der rechtfertigende Notstand greife nicht ein, wenn der fragliche „Eingriff“ das „höchstrangige Rechtsgut (Leben)“ derjenigen Person betreffe, der die gegenwärtige Gefahr drohe (Rn. 20). Diese Aussage ist indes unvereinbar mit der wenig später getroffenen Feststellung, das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiere die Abwehr nicht gewollter Eingriffe und damit auch den zum Tod führenden Behandlungsverzicht (Rn. 35). Zuzustimmen ist – aus den dargelegten Gründen – dem letztgenannten Satz. Aus ihm folgt, dass kein Delikt gegen eine Person begeht, wer deren (wirksamen) Willen umsetzt.³² Nachdem der Gesetzgeber in § 1901a Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebracht hat, dass er die vor einer Erkrankung geäußerten Behandlungswünsche als wirksame Ausübung der Patientenautonomie erachtet, konnte die Entfernung der Magensonde nicht mehr als rechtswidrige Tötung der K eingestuft werden. Dem BGH ist daher – im Ergebnis – zuzustimmen.

2. Kriminalpolitische Folgerungen

Die Entscheidung beinhaltet nicht nur die soeben gezeigten dogmatischen Probleme. Sie führt auch zu kriminalpolitischen Anschlussfragen. Diese zielen weniger auf eine umfassende Reform der einschlägigen Straftatbestände,³³ kann das

²⁶ Zur Tendenz in der Rechtsprechung, dem Gesetz und der Verfassung Begriffe zu unterlegen, ohne deren Verbindlichkeit nachzuweisen, siehe *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende? (erscheint demnächst in: *Der Staat*).

²⁷ So richtig *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (559 f.). Siehe zur künstlichen Ernährung als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung auch *Eschelbach*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2010, § 216 Rn. 4.2; BGHZ 154, 205 (210); dazu *Popp*, ZStW 118 (2006), 639; *Verrel*, NStZ 2003, 449. Wie hier, indes aufgrund einer Zuordnung der Sonde zum Organisationskreis des Arztes *Jakobs* (Fn. 12), S. 76 f.

²⁸ Dass § 32 StGB nur Eingriffe in die Sphäre des Angreifers gestattet, betonen u.a. *Freund*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 83; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 32 Rn. 31; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 73 f.

²⁹ Vgl. *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (568 ff.); *Neumann* (Fn. 5), Vor § 211 Rn. 127; *Schneider* (Fn. 14), Vor §§ 211 ff. Rn. 111 f. Allg. zur Anwendung des § 34 StGB auf intrapersonale Konfliktslagen *Perron* (Fn. 28), § 34 Rn. 8a; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 34 Rn. 4; *Roxin* (Fn. 5), § 16 Rn. 102.

³⁰ S.o. Fn. 4.

³¹ Näher dazu *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (603) m.w.N.

³² Daher normiert § 216 StGB auch keine *Verletzung* des Individualrechtsguts Leben, sondern schützt lediglich vor der abstrakten Gefahr, das eigene Leben undurchdacht in fremde Hände zu legen: § 216 StGB ist kein Erfolgs-, sondern ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Grundlegend *Jakobs*, *Tötung auf Verlangen*, 1998, S. 19 ff., siehe ferner *Kubiciel* (Fn. 2), S. 605 ff.; *Murmann*, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, S. 497 ff.; *Schroeder*, in: Ahrens u.a. (Hrsg.), *Medizin und Haftung*, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, S. 505 (S. 507 ff.).

³³ Siehe die im Wesentlichen übereinstimmenden Reformvorschläge bei *Schöch/Verrel* GA 2005, 553; *Deutscher Juristentag*, Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages, 2006, S. 13; *Nationaler Ethikrat*, *Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende*, 2006, S. 95 ff. Dazu *Duttge*, NStZ 2006, 479; *Ingelfinger*, JZ 2006, 821; *Kubiciel*, DPJZ Sonderheft

geltende Recht doch im Großen und Ganzen als objektiv vernünftig dargestellt werden.³⁴ Probleme aber könnte das Handeln von Betreuern und Hilfspersonen aufwerfen, die ohne Konsultation von Ärzten und Pflegern allein unter Berufung auf einen vorgeblichen Wunsch des Patienten lebenserhaltende Maßnahmen beenden. Solche Personen begehen zwar, nach nunmehr geltender Rechtslage, kein Tötungsdelikt. Nichtsdestotrotz ist ein solches Verhalten „aus Gründen der Ordnung und Sicherheit des Krankenhausbetriebs“³⁵ schwer hinnehmbar. Daher sollte über Form- und Verfahrensvorschriften nachgedacht werden, die Missbrauch und unsachgemäße Handlungen durch medizinische Laien verhindern. Der geeignete Ort wäre eine Art „Sterbehilfe-Begleitgesetz“, welches u.a. regeln könnte, dass ein Behandlungsabbruch nur von ärztlichem Personal vorgenommen werden darf.³⁶ Auf diese Weise ließe sich schädlichen „Nebenwirkungen“³⁷ einer liberalen Sterbehilfepraxis entgegenwirken, ohne dem Einzelnen sein Recht auf ein würdiges Sterben zu nehmen.

Wiss. Assistent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg

2008, 32; *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280; *Schroth*, GA 2006, 549.

³⁴ Näher *Kubiciel*, JZ 2009, 600. Zu anderen, weitgehend ungeklärten strafrechtsdogmatischen Fragen das Verhältnis zwischen Selbstbestimmung Älterer und Kranker einerseits und Paternalismus andererseits betreffend siehe *Kubiciel*, JZ 2010, 422 (424).

³⁵ So bereits in mustergültiger Abgrenzung zum Tötungsunrecht LG Ravensburg NStZ 1987, 229.

³⁶ Vgl. zu einer solchen Begleitregelung *Schöch/Verrel*, GA 2006, 553 (586). Siehe zum selbstständigen strafrechtlichen Schutz der diesbezüglichen Verfahren auch *Saliger*, KritV 1998, 118 (146 ff.). Zum Zweck von Formvorschriften allg. *Mankowski*, JZ 2010, 662.

³⁷ *Lüderssen*, JZ 2006, 689 (693).

Entscheidungsanmerkung

Samstag kein Werktag im Sinne von § 556b Abs. 1 BGB

Bei der Berechnung der Zahlungsfrist von drei Werktagen, die ein vorleistungspflichtiger Mieter nach § 556b Abs. 1 BGB oder entsprechenden Vertragsklauseln einzuhalten hat, ist der Sonnabend nicht als Werktag mitzuzählen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 27. April 2005 – VIII ZR 206/04, NJW 2005, 2154). (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 556b Abs. 1

BGH, Urt. v. 13.7.2010 – VIII ZR 129/09 (LG Berlin, AG Berlin-Mitte)¹

Dass der Sonnabend kein Werktag im Sinne des § 556b Abs. 1 BGB und entsprechender mietvertraglicher Vereinbarungen ist, gilt auch für Vereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten des § 556b Abs. 1 BGB am 1. September 2001 getroffen worden sind (im Anschluss an das Senatsurteil vom 13. Juli 2010 – VIII ZR 129/09). (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 556b Abs. 1

BGH, Urt. v. 13.7.2010 – VIII ZR 291/09 (LG Berlin, AG Berlin-Schönefeld)

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Während der Wohnraummieter den unbefristeten Mietvertrag jederzeit grund- und kommentarlos kündigen kann, benötigt der Vermieter einen Kündigungsgrund, möchte er seinen Mieter loswerden. Jeweils muss die Kündigungserklärung den Adressaten spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats erreichen, was sich aus § 573c Abs. 1 S. 1 BGB ergibt. Das Ende des Mietverhältnisses im Falle der ordentlichen Kündigung, also die Kündigungsfrist, ergibt sich dann aus § 573 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB. Für den Mieter gilt stets die Dreimonatsfrist, während der Vermieter bei bereits länger bestehenden Mietverhältnissen sechs bzw. neun Monate warten muss, bis er einen Anspruch auf Rückgabe der Wohnung hat. Bei der Berechnung der ersten drei Werktage eines Monats, während derer die Kündigung spätestens zugehen muss, ist, das hat der 8. *Zivilsenat* des BGH bereits im April 2005 festgestellt (vgl. die Fundstelle im Leitsatz der ersten hier besprochenen Entscheidung, im Folgenden *Grundfall* genannt), der Sonnabend mitzurechnen. Fällt also der Monatsbeginn auf einen Freitag, muss die Kündigung den Vertragspartner spätestens im Laufe des darauffolgenden Montags erreichen. Der Samstag gilt im Rahmen des § 573c Abs. 1 S. 1 BGB als Werktag. Dies gilt jedenfalls solange, wie der letzte Tag der Karenzzeit nicht auf einen Samstag fällt.

¹ Die Entscheidungen sind unter <http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

In den vorliegenden Fällen ging es jedoch nicht um die Rechtzeitigkeit der wirksamen Kündigungserklärung, sondern um die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der Mieter die Monatsmiete zu bezahlen bzw. wann die Miete spätestens auf dem Konto des Vermieters einzugehen hat.

Die Beantwortung dieser Frage steht aber wiederum in einem engen Zusammenhang zu der Wirksamkeit einer Vermieterkündigung. Wie bereits eingangs festgestellt, benötigt der Vermieter einen Kündigungsgrund. Die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses ist nach Maßgabe von § 573 Abs. 1 S. 1 BGB nur möglich, wenn der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietvertrags hat. Ein solches berechtigtes Interesse liegt nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB insbesondere vor, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat. Eine solche Pflichtverletzung kann in der wiederholten unpünktlichen Zahlung der Miete liegen.

Im Grundfall hatte der Mieter zeitweise unpünktlich gezahlt und war deswegen im Oktober 2006 vom Vermieter abgemahnt worden. Um das Erwaschen eines Kündigungsgrundes zu verhindern, hatte der Mieter nunmehr Sorge dafür zu tragen, stets pünktlich zu zahlen. Der BGH formuliert es so:

„Der Kläger mahnte die Beklagten mit Schreiben vom 5. Oktober 2006 wegen ihrer unpünktlichen Zahlungsweise in den vorangegangenen Monaten ab. Hierdurch brachte er zum Ausdruck, dass er nicht mehr gewillt war, auch zukünftig Zahlungsverzögerungen hinzunehmen. Der Zweck einer Abmahnung besteht darin, dem Mieter vor Vertragsbeendigung Gelegenheit zur Änderung seines bisherigen Verhaltens zu geben (Senatsurteil vom 11. Januar 2006, aaO, Tz. 14 m.w.N.). Um eine Kündigung des Mietverhältnisses zu vermeiden, muss ein wegen fortdauernder unpünktlicher Mietzahlungen abgemahnter Mieter regelmäßig deutlich machen, dass er bereit ist, seine zögerliche Zahlungsweise ernsthaft und auf Dauer abzustellen (Senatsurteil, aaO, Tz. 15).“

Es kam im Grundfall daher darauf an, ob das Zahlungsverhalten des Mieters nach dem Zugang der Abmahnung geeignet war, das Vertrauen des Vermieters in eine pünktliche Zahlungsweise des Mieters wiederherzustellen.

2. Der ganze Fall kaprizierte sich nun auf Grund einer eher zufälligen Begebenheit des Jahreskalenders auf eine einzelne konkrete Frage. Der 1.12.2006 war ein Freitag. Die Miete ging am Dienstag, dem 5.12.2006 auf dem Konto des Vermieters ein. Hat der Mieter pünktlich gezahlt? Darin liegt das Problem des Falls.

3. Die Problematik, wie Samstage bei der Fristberechnung zu behandeln sind, zählt sicher nicht zu den Kerngebieten des Examens. Gleichwohl lassen es sich vor allem Praktiker bei der Klausurerstellung mitunter nicht nehmen, dem Aufgabentext einen Kalender beizufügen und die Aufgabe zu stellen, Kündigungs- oder Verzählungsfristen konkret berechnen, oder die Frage klären zu lassen, ob tatsächlich Verzug eingetreten ist. Hinzu kommt, dass sich in dem vorliegenden Urteil

grundsätzliche Fragen der Auslegung von vertraglichen Vereinbarungen und gesetzlichen Regelungen stellen. Allein deshalb lohnt die Lektüre, jedenfalls der Rn. 35 ff. der Entscheidungsgründe. Schließlich weist der Fall einen Bezug zur Richtlinie 2000/35/EG vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr auf.

4. Das zweite Urteil des 8. *Senats* vom 13.7.2010 betrifft allein ein Problem des Übergangsrechts und sei nur der Vollständigkeit halber abschließend kurz dargestellt.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Gesetzliche Bestimmung und typische Vertragsgestaltung

Die Fälligkeit der Miete bestimmt sich nach § 556b Abs. 1 BGB. Danach ist die Miete zu Beginn, spätestens bis zum dritten Werktag des maßgeblichen Zeitabschnitts (üblicherweise des Monats) zu entrichten.

Hier stößt man bereits auf die ersten Probleme des Falls. Zu einer im Schrifttum durchaus umstrittenen Frage nimmt der BGH überraschenderweise nicht deutlich Stellung. Es geht darum, ob nach Maßgabe von § 556b BGB die Fälligkeit der Mietzahlung am dritten Werktag des Monats eintritt oder die Miete bereits am ersten Werktag fällig, dem Mieter aber eine Karenzzeit von drei Tagen eingeräumt wird². Der *Senat* spricht einmal von einer „gesetzlichen Fälligkeitsbestimmung“³, ein anderes Mal ausdrücklich von der „Einräumung einer Karenzzeit“⁴.

Im deutschen Recht wird in Folge einer Entscheidung des EuGH grundsätzlich diskutiert, was der Geldschuldner zu veranlassen hat, um seine Leistungshandlung im Fälligkeitszeitpunkt erbracht zu haben. Ging man nach deutschem Recht bislang davon aus, dass es genügt, wenn der Schuldner die Zahlung auf den Weg bringt, also z.B. die Überweisung bei der kontoführenden Bank einreicht, legt der EuGH die Zahlungsverzugsrichtlinie dahingehend aus, dass es zur Vermeidung des Verzugs eintritts nicht ausreicht, die Leistungshandlung vorzunehmen, sondern vielmehr erforderlich ist, den Leistungserfolg, also den Erhalt der Zahlung, herbeizuführen⁵. Nun unterfällt ein solcher Mietvertrag zwar unzweifelhaft nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie. Gleichwohl wird im Schrifttum zum deutschen Recht durchaus die Forderung erhoben, im Zuge der richtlinienkonformen Auslegung der §§ 269, 270 Abs. 4 BGB, die Geldschuld im Allgemeinen entsprechend einzuordnen⁶, mit der Folge, dass der Schuldner zur Vermeidung des Verzugs stets dafür Sorge zu tragen hätte, dass die Zahlung rechtzeitig beim Gläubiger eingeht.

Der 8. *Zivilsenat* des BGH nimmt die Diskussion zur Kenntnis und stellt dann fest, keine Stellung beziehen zu

müssen⁷. Üblicherweise enthalten Wohnraummietverträge Vereinbarungen, nach denen den Mieter die Pflicht trifft, für den Eingang der Zahlung bis zum dritten Werktag zu sorgen. Dass dies im Vertrag vereinbart wurde, ist zwischen den Parteien nicht streitig. In dem Rechtsstreit ging es, so der BGH, allein darum, welche Tage zu den Werktagen im Sinne der Vereinbarung zu zählen sind. Im Revisionsverfahren, so der BGH, sei „daher das vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte übereinstimmende Verständnis der Parteien über den Zeitpunkt der Rechtzeitigkeit der Mietzahlungen maßgebend.“

Ausgangspunkt der Überlegungen des BGH ist somit die Vereinbarung der Parteien, die unstreitig dahin auszulegen ist, dass die Miete spätestens am dritten Werktag beim Vermieter eingegangen sein muss. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

2. Behandlung des Samstags in § 556b Abs. 1 BGB

Der BGH hatte nun im Grundfall zu entscheiden, ob eine Zahlung, die am Dienstag eingeht, rechtzeitig erfolgt ist, wenn der Monatsanfang auf einen Freitag fällt.

Auf den ersten Blick bietet sich eine Orientierung an anderen Vorschriften des BGB an, deren Gegenstand die Fristberechnung ist. Wie bereits erwähnt wurde, wird der Sonnabend, der im Allgemeinen immer noch Werktag ist, im Falle der Kündigungsfrist des § 573c Abs. 1 S. 1 BGB mitgerechnet. Etwas anderes gilt nach § 193 BGB nur, wenn der letzte Tag des Zeitraums auf einen Samstag fällt. Hier werden Samstage wie Sonn- und Feiertage behandelt. In der Literatur wird die Einordnung des Sonnabends im Bereich des § 556b Abs. 1 BGB unterschiedlich beurteilt⁸.

Hinsichtlich der Pünktlichkeit der Mietzahlung kommt der *Senat* mit einer zunächst durchaus gut nachvollziehbaren und vor allem an den tatsächlichen Begebenheiten orientierten Argumentation zu dem Ergebnis, dass der Samstag nicht mitzurechnen ist. Dies führt dazu, dass in solchen Fällen ein Zahlungseingang am Dienstag noch ausreicht.

Gestützt wird die Entscheidung auf folgende Erwägungen, die sich am Regelungs- und Schutzzweck des § 556b Abs. 1 BGB orientieren⁹:

Dem Mieter, der seit der Mietrechtsreform in Vorleistung treten muss, soll durch die Möglichkeit eingeräumt werden, innerhalb der ersten drei Werktage eines Monats die Mietzahlung zu vollziehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Miete oftmals einen erheblichen Teil des monatlichen Nettoeinkommens verschlingt¹⁰. Das Gehalt, der Lohn geht beim Mieter allerdings oftmals erst am letzten Tag des Vormonats ein. Die Einräumung der „Schonfrist“ von drei Tagen soll dem Mieter die Möglichkeit eröffnen, gleichwohl und mit eben diesem Geld pünktlich zum Monatsanfang zu zahlen. Nun erfolgt die Mietzahlung in aller Regel nicht in bar, son-

² Zum Meinungsstand siehe *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl. 2008, § 556b BGB Rn. 2.

³ Z.B. in Rn. 37 der Entscheidungsgründe.

⁴ Z.B. in Rn. 46 der Entscheidungsgründe.

⁵ EuGH NJW 2008, 1935.

⁶ Siehe dazu Rn. 36 der Entscheidungsgründe zum Grundfall; *Gsell*, GPR 2008, 165; *Herresthal*, ZGS 2008, 259.

⁷ Rn. 36 der Entscheidungsgründe.

⁸ Siehe die zahlreichen Hinweise in Rn. 39, 40 der Entscheidungsgründe zum Grundfall.

⁹ Rn. 41 ff. der Entscheidungsgründe.

¹⁰ Durchschnittlich ein Drittel des Haushaltseinkommens, *Süddeutsche Zeitung* vom 25.9.2010.

dem unter Inanspruchnahme einer Bank. Es erfolgt eine bargeldlose Überweisung. Gerade hier sieht der BGH den Ansatzpunkt zur Differenzierung zwischen der Kündigungsfrist aus § 573c Abs. 1 S. 1 BGB und der Zahlungsfrist aus § 556b Abs. 1 BGB. Während ein Brief, der die Kündigung des Vertrags enthält, auch am Samstag durch die Post zugestellt wird, kommt es an Samstagen nicht zur Ausführung von Banküberweisungen. Würde man den Sonnabend mitzählen, verblieben in einem Fall, an dem der Monatsanfang auf einen Freitag fällt, nur zwei Bankgeschäftstage. Dies verstieße aber, so der BGH, gegen den Schutzzweck der Regelung des § 556b Abs. 1 BGB. Die Lösung findet der *Senat* in einer einschränkenden teleologischen Reduktion „des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB und ihm entsprechender mietvertraglicher Regelungen“¹¹.

3. Handwerkliche Mängel der Entscheidung

So sehr man auch geneigt sein mag, dem *Senat* im Ergebnis zuzustimmen, verbleiben erhebliche Zweifel, ob die Entscheidung auf einem standfesten Fundament steht.

Ausgangspunkt der Überlegung ist die zwischen den Parteien unstreitig vorliegende Vereinbarung mit dem Inhalt, dass die Miete am dritten Werktag beim Vermieter eingegangen sein muss. Mit dem Hinweis auf diese Übereinkunft umgeht der *Senat* die Stellungnahme zu der Frage, was der Mieter unter Berücksichtigung des angesprochenen aktuellen EuGH-Urteils nach Maßgabe von § 556b Abs. 1 BGB zu unternehmen hat, um pünktlich zu zahlen. Mit anderen Worten: Der *Senat* äußert sich nicht dazu, ob „Entrichten“ bedeutet, dass die Zahlung auf den Weg gebracht wurde oder angekommen sein muss.

Im nächsten Schritt – und darin liegt die Schwäche der Entscheidung – überträgt der *Senat* die in Bezug auf die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung gefundenen Erkenntnisse auf die inhaltsgleiche gesetzliche Regelung des § 556b Abs. 1 BGB. Damit wird aber denkwürdig vorausgesetzt, dass auch die Vorschrift auf den Eingang der Zahlung beim Vermieter abstellt. Nur hatte sich der *Senat* gerade gescheut, dazu Stellung zu beziehen.

Es kommt aber hinsichtlich der Frage, ob der Samstag als Werktag mitgerechnet wird oder nicht, darauf an, was § 556b Abs. 1 BGB vom Mieter verlangt. Nähme man nämlich an, dass der Mieter nur bis zum dritten Werktag die Überweisung vorzunehmen hätte, wäre er nicht daran gehindert, dies an einem Sonnabend, der nicht Geschäftstag der Banken ist, zu tun.

So stolpert man über die zentrale Formulierung des *Senats* nicht nur, weil § 556b BGB nur einen Satz hat:

„Die Auslegung des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB und ihm entsprechender mietvertraglicher Regelungen darf jedoch nicht beim Wortlaut stehen bleiben. Der Schutzzweck der dem Mieter für die Entrichtung der Miete eingeräumten Karenzzeit von drei Tagen gebietet es, die Vorschrift des § 556b Abs. 1 Satz 1 BGB, die im Kern inhaltsgleich in Ziffer 3 des Mietvertrags wiedergegeben ist, im Wege

teleologischer Reduktion einschränkend dahin auszulegen, dass der Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist nicht als Werktag anzusehen ist.“

4. Altverträge

Schon vor Inkrafttreten des § 556b Abs. 1 BGB am 1.9.2001 enthielten zahlreiche Wohnraummietverträge entsprechende Klauseln zur Fälligkeit des Mietzinses. Der BGH stellt in seiner zweiten Entscheidung vom selben Tag fest, dass die nun vorgenommene teleologische Reduktion auch für solche Vereinbarungen in Altverträgen Gültigkeit hat.

III. Ergebnis

Der BGH ist zu einem Ergebnis gekommen, das den praktischen Bedürfnissen des Wohnraummieters durchaus gerecht wird. Die Begründung vermag allerdings aus den angedeuteten Gesichtspunkten heraus nicht zu überzeugen. Nicht zu übersehen ist schließlich, dass wir nun zwei Begriffe des Werktags im Mietrecht haben. Den üblichen Werktag bei der Kündigung und den Bankgeschäftstag bei der Zahlung.

Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld

¹¹ Rn. 44 der Entscheidungsgründe.

Entscheidungsanmerkung

Gefälligkeitsverhältnis und Beschädigung durch einen Dritten nach unerlaubter Gebrauchsüberlassung

Im Rahmen einer Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit kann eine verschuldensunabhängige Haftung des Begünstigten für die Beschädigung des überlassenen Gegenstandes durch einen Dritten, an den der Gegenstand vom Begünstigten ohne Wissen des Gefälligen weitergegeben worden ist, nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 603 Satz 2 BGB begründet werden. (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 603 S. 2 analog

BGH, Urt. v. 4.8.2010 – XII ZR 118/08 (LG Lüneburg, AG Lüneburg)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Im Zentrum der Entscheidung steht die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 603 S. 2 BGB, einer Vorschrift aus dem Leihvertragsrecht, auf das Gefälligkeitsverhältnis, für das kennzeichnend ist, dass den Parteien ein Rechtsbindungswillen fehlt.² Neben den allgemeinen methodenrechtlichen Voraussetzungen der Gesetzesanalogie behandelt der BGH damit zugleich die Frage, inwieweit aus dem bloßen Gefälligkeitsverhältnis schuldvertragsähnliche Pflichten und namentlich Schutz- und Treuepflichten resultieren. Dem unbedingt prüfungsrelevanten Urteil lag folgender alltäglicher Sachverhalt zugrunde: Der Kläger hatte seinen Motorroller dem Beklagten für eine Probefahrt überlassen, bei der es zu einem Unfall kam und der Roller beschädigt wurde. Unklar ist, ob der Beklagte den Roller zum Unfallzeitpunkt tatsächlich selbst gefahren hatte oder dieser von einem Dritten gesteuert wurde, der den Beklagten zunächst mit seinem Leichtkraftrad begleitet hatte.

2. Das Berufungsgericht ließ die Frage, wer den Roller gefahren hatte, mit folgender Begründung dahinstehen: Sollte der Beklagte den Roller unbefugt dem Dritten überlassen haben, so hafte er gleichwohl für die Schäden am Roller und zwar entweder aus §§ 603 S. 2, 280 Abs. 1 BGB oder aus der entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften. Denn zwischen den Parteien sei entweder ein Leihvertrag geschlossen worden oder es liege ein Gefälligkeitsverhältnis vor, in dessen Rahmen der Beklagte jedoch keine weitergehenden Befugnisse haben könne als der Entleiher. Deshalb sei bei der Annahme eines Gefälligkeitsverhältnisses eine analoge Anwendung der §§ 603 S. 2, 280 Abs. 1 BGB geboten.

3. Der BGH ist hingegen der Ansicht, dass das Berufungsgericht hätte klären müssen, ob ein Leihvertrag oder ein Gefälligkeitsverhältnis vorliegt und verwies die Sache aus diesem Grund zurück.

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (29.9.2010) abrufbar.

² Grundlegend zu den Voraussetzungen des Gefälligkeitsverhältnisses BGHZ 21, 102, 106 f.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der BGH wendet sich gegen die vom Berufungsgericht bejahte analoge Anwendung des § 603 S. 2 BGB im Gefälligkeitsverhältnis. Er verneint eine planwidrige Regelungslücke und stützt sich dabei auf die bisherige Rechtsprechung und Teile der Literatur, die eine vertragsähnlich ausgestaltete Haftung im Gefälligkeitsverhältnis grundsätzlich ablehnen und den Geschädigten mit seinen Ansprüchen allein auf das Deliktsrecht verweisen.³ Dahinter steckt die Überlegung, dass ein Gefälligkeitsverhältnis gerade ohne Rechtsbindungswillen eingegangen wird und damit eine an das Vertragsrecht angelehnte Haftung nicht gerechtfertigt ist. Weil sich die Beteiligten im Falle eines Gefälligkeitsverhältnisses dafür entschieden, die Gebrauchsüberlassung nicht den gesetzlichen Bestimmungen über die Leihe zu unterwerfen, könnten einzelne Bestimmungen, die zur Gestaltung dieses besonderen Verhältnisses beitragen, nicht auf ein dem Deliktsrecht unterfallendes Gefälligkeitsverhältnis übertragen werden.⁴

2. Während bei der vom BGH abgelehnten analogen Anwendung des § 603 S. 2 BGB die haftungsbegründende Handlung in einem Akt des Beklagten selbst zu sehen wäre, stellt sich davon unabhängig die Frage, ob sich nicht der Beklagte jedenfalls die (mögliche) schuldhaftige Unfallverursachung durch den Dritten nach § 278 BGB zurechnen lassen müsste. Zu Unrecht vermengt der BGH diese Frage mit der analogen Anwendung des § 603 S. 2 BGB. Läge ein echtes Leihverhältnis vor, so wäre eine Zurechnung nach § 278 BGB, worauf der BGH nicht eingeht, selbst bei befugter Gebrauchsüberlassung zu bejahen.⁵ Denn der Dritte ist hinsichtlich der aus § 241 Abs 2 BGB resultierenden Obhutspflichten des Entleihers beim Umgang mit der überlassenen Sache als dessen Erfüllungsgehilfe anzusehen. Zutreffend führt der BGH hingegen aus, dass im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses eine Zurechnung nach § 278 BGB nur in Betracht kommt, wenn man gegenseitige Schutz- und Treuepflichten der Parteien im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB bejaht. Ob solche Nebenpflichten trotz fehlenden Rechtsbindungswillens im Gefälligkeitsverhältnis entstehen, war und ist umstritten.⁶ Seit der Schuldrechtsmodernisierung ist die Frage in § 311 Abs. 2 BGB geregelt. Zweifelhaft ist, ob beim Gefälligkeitsverhältnis ein „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bejaht werden kann. Dies wird in der Literatur teilweise mit der Begründung verneint, dass es beim Gefälligkeitsverhältnis mangels Rechtsbindungswillens an dem auch in § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB geforderten

³ Vgl. die Nachweise unter II. 1. c) der Entscheidungsgründe.

⁴ So vor allem auch bereits BGH NJW 1992, 2474, 2475 f., m.w.N. in II. 1. b) der Entscheidungsgründe.

⁵ Vgl. nur *Reuter*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 603 Rn. 3, in diesem Sinne auch schon RGZ 159, 121, 128.

⁶ Vgl. die Nachweise zum Streitstand unter II. 1. d) der Entscheidungsgründe; teilweise werden Schutzpflichten auch lediglich bei Gefälligkeitsverhältnissen mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter bejaht, so vor allem *Canaris*, JZ 2001, 499, 502; kritisch *Krebber*, VersR 2004, 150, 156 Fn. 97.

Bezug zu einem Vertrag fehle.⁷ Der BGH bezieht vorliegend nicht abschließend Stellung.

3. Mag man dem BGH auch grundsätzlich beipflichten, wenn er gegenüber einer Übertragung vertraglicher Haftungsregelungen auf das Gefälligkeitsverhältnis Zurückhaltung übt, so überrascht es doch ein wenig, dass die Entscheidung kein Wort darüber verliert, ob der Beklagte hier nicht ganz unabhängig von der Einordnung des zwischen Kläger und Beklagtem bestehenden Verhältnisses als Leihe oder Gefälligkeitsverhältnisses für den Fall der unterstellten Gebrauchsüberlassung an den Dritten schlicht aus Deliktsrecht haftet. Denn auch ohne analoge Anwendung des § 603 S. 2 BGB gehört es gemäß § 903 BGB grundsätzlich zur alleinigen Herrschaftsmacht des Eigentümers, darüber zu bestimmen, wer den Besitz an der Sache ausüben darf und wie diese genutzt werden soll. Da der Kläger/Eigentümer dem Beklagten den Motorroller lediglich für eine eigene Probefahrt zur Verfügung gestellt hatte, muss die Überlassung an den Dritten als nicht mehr von der Einwilligung des Klägers gedeckter und damit rechtswidriger Eingriff in dessen Eigentum angesehen werden. Es kann – schon wegen des offensichtlichen Schadensrisikos – zumindest bei Fehlen besonderer Umstände auch nicht davon ausgegangen werden, dass derjenige Eigentümer, der einem anderen eine Probefahrt gestattet, zugleich einer Überlassung an einen Dritten zustimmt.

4. Jedenfalls für adäquat-kausale Schäden aus dieser rechtswidrigen und vorsätzlichen Eigentumsverletzung haftet der Beklagte aus § 823 Abs. 1 BGB, ohne dass es darauf ankommt, ob er selbst den Roller kraft eines Leihverhältnisses oder kraft eines Gefälligkeitsverhältnisses fahren durfte. Dabei wäre eine unfallbedingte Beschädigung des Rollers durch den Dritten wohl selbst dann als adäquat-kausale Folge der unbefugten Gebrauchsüberlassung anzusehen, wenn den Dritten an dem Unfall keine Schuld traf. Denn die bloße Teilnahme am Straßenverkehr birgt nun einmal das nicht ganz fernliegende Risiko, auch unverschuldet in einen Unfall verwickelt zu werden. Mögliche Zweifel daran, ob ein solcher Schaden vom Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB umfasst wäre, werden im Übrigen durch § 848 BGB ausgeräumt, einer Parallelvorschrift zu § 287 BGB, die klarstellt, dass derjenige, der sich den Besitz durch unerlaubte Handlung verschafft hat, auch für – bei isolierter Betrachtung – zufällige Schadensfolgen dieser Eigentumsverletzung haftet.⁸ Dabei kommt es entgegen dem missverständlichen Wortlaut nicht darauf an, dass der Schädiger schon anfänglich unberechtigter Besitzer war, so dass etwa auch Unterschlagungen erfasst werden, genügt überdies eine nur vorübergehende Besitzverschaffung, namentlich ein *furtum usus* im Sinne von § 248b StGB und reicht es schließlich auch aus, dass die Sache weg-

gegeben wird.⁹ War somit die deliktsrechtliche Haftung des Beklagten (auch) für den Fall der möglichen Überlassung des Rollers an den Dritten zu bejahen, so stellt sich das Berufungsurteil zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis als richtig dar, weil entgegen dem BGH die Einordnung des zwischen Kläger und Beklagtem bestehenden Gebrauchsüberlassungsverhältnisses als Leihe oder Gefälligkeitsverhältnis offenbleiben durfte.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

⁷ So ausführlich *Krebbler*, *VersR* 2004, 150, 155 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand.

⁸ Zur Frage, ob sich die in § 848 BGB angeordneten Haftungsfolgen nicht ohnehin aus allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen und namentlich der Adäquanztheorie ergeben, in diesem Sinne vor allem *Meincke*, *JZ* 1980, 677 f., vgl. die Nachweise bei *Wagner*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 848 Rn. 2.

⁹ S. im einzelnen *Wagner* (Fn. 8), § 848 Rn 3.

Entscheidungsanmerkung

Überwachung eines Parlamentsabgeordneten durch den Verfassungsschutz – Ramelow

1. Die Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG verlangt für das Tätigwerden des Bundesamts für Verfassungsschutz keine Gewissheit darüber, dass Bestrebungen vorliegen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sind, sondern lediglich tatsächliche Anhaltspunkte für entsprechende Bestrebungen.

2. Anhaltspunkte für Bestrebungen einer Partei, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sind, sind nicht nur dann gegeben, wenn die Partei in ihrer Gesamtheit solche Bestrebungen entfaltet; die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG sind auch dann erfüllt, wenn solche Bestrebungen nur von einzelnen Gruppierungen innerhalb der Partei ausgehen.

3. Das Tatbestandsmerkmal einer „politisch bestimmten, ziel- und zweckgerichteten Verhaltensweise“ im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG erfordert über das bloße Vorhandensein bestimmter Bestrebungen hinaus ein aktives, nicht jedoch notwendig kämpferisch-aggressives Vorgehen zu deren Realisierung.

4. Die Zulässigkeit der Erhebung von Informationen mit den Mitteln der offenen Informationsbeschaffung durch das Bundesamt für Verfassungsschutz über eine Person, die Mitglied eines Personenzusammenschlusses im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG ist, hängt nicht von ihren individuellen und subjektiven Beiträgen oder ihrer intentionalen Beteiligung an Handlungen zur Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ab. § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG verlangt keine Voraussetzungen, die über die Mitgliedschaft in dem Personenzusammenschluss hinausgehen. (amtl. Leitsätze)

GG Art. 21, 38; BVerfSchG §§ 3, 4, 8

BVerwG, Urt. v. 21.7.2010 – 6 C 22/09¹

I. Einleitung

Am 21.7.2010 erlitt der bekannte LINKE-Funktionär Bodo Ramelow eine für viele durchaus überraschende juristische Niederlage vor dem Bundesverwaltungsgericht. Nachdem er in seinem verwaltungsgerichtlichen Kampf gegen die Beobachtung seiner Person durch das Kölner Bundesamt für Verfassungsschutz in den Vorinstanzen (VG Köln und OVG Münster) immerhin noch jedenfalls im Ergebnis teilweise erfolgreich gewesen war, hat das Bundesverwaltungsgericht in der Revisionsinstanz die Klage vollständig abgewiesen.

¹ Die Entscheidung kann von der Webseite des Bundesverwaltungsgerichts heruntergeladen werden.

Ramelow ist seit 1999 Mitglied der Partei PDS, heute DIE LINKE; er gehörte dem Parteivorstand von 2004-2010, nicht mehr aber dem gegenwärtig gewählten Vorstand an. Er war Mitglied des Deutschen Bundestages in der letzten Legislaturperiode. Mittlerweile ist er wieder, wie schon vor seiner Bundestagszeit, Abgeordneter des Thüringer Landtages und Vorsitzender seiner Fraktion. Das Bundesamt für Verfassungsschutz führt über Ramelow, der schon wegen der Unterstützung eines DKP-Funktionärs in den 80er Jahren gegen damals verhängte Berufsverbote in das Visier des thüringischen Verfassungsschutzes geraten war, eine Personalakte; es erhebt unter Verzicht auf verdeckte Ermittlungen offene zugängliche Informationen über die Tätigkeit des Klägers in der Partei DIE LINKE sowie über seine Abgeordnetentätigkeit, nicht aber über sein Abstimmungsverhalten und seine Äußerungen im Parlament sowie den Ausschüssen. Hatte das OVG noch angenommen, es lägen zwar tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen der Partei DIE LINKE vor, die Sammlung personenbezogener Informationen über den Kläger sei aber unverhältnismäßig, so verwarf das BVerwG diese Beurteilung und gab also der Revision des Amtes statt.

Bei Ramelow, aber auch bei anderen Beobachtern ist das Urteil auf Unverständnis gestoßen, zum anderen wegen der Beurteilung der Partei als solcher, die immerhin seit Jahren, vor allem aber seit der Fusion von WASG und PDS eine etablierte Größe im deutschen Politikbetrieb und auch in kommunalen und staatlichen Institutionen ist – Ramelow selbst war im Jahr 2009 nach dem relativen Wahlerfolg der LINKEN bei der thüringischen Landtagswahl als stärkster Partei zunächst der naheliegende (allerdings von SPD-Seite abgelehnte) Kandidat einer rot-roten Koalition für das Ministerpräsidentenamt. Noch bemerkenswerter ist das Urteil allerdings vor dem Hintergrund, dass auch das BVerwG, in Übernahme der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, davon ausging, dem – auch über Parteigrenzen hinweg verbreitet durchaus respektierten – Ramelow selbst gegenüber sei ein Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen nicht zu begründen. Die geheimdienstliche Datensammlung richtet sich also gegen eine eindeutig nicht verfassungsfeindliche Person und wird allein damit gerechtfertigt, dass diese prominentes Mitglied (Spitzenfunktionär) einer politischen Partei als „Personenzusammenschluss“ (§ 4 Abs. 1 BVerfSchG) war und ist.

II. Eingeschränkte Reichweite der revisionsgerichtlichen Prüfung

Die Entscheidung ist zunächst prozessual durchaus lehrreich, gerade insoweit allerdings auch eine Enttäuschung für diejenigen, die sich eine eigenständigere Bewertung und Korrektur der vorinstanzlichen Beurteilungen zur Verfassungsfeindlichkeit der LINKEN erhofft hatten: Das Revisionsgericht zieht sich hinsichtlich der subsumierenden Tatsachenbewertung und Beweiswürdigung in den eigentlich brisanten Fragen ganz auf die durch § 137 Abs. 2 VwGO vorgegebene Aufgabe zurück, die Überzeugungsbildung des Tatsachengerichts (hier also des OVG) auf Fehler zu überprüfen (Verstoß gegen gesetzliche Beweisregeln, allgemeine Erfahrungssätze,

unumstrittene Geschichtstatsachen oder Denkgesetze, Nichtberücksichtigung von Tatsachen). Da das BVerwG solche Fehler indessen nicht gemacht habe, sei das BVerwG an seine Feststellungen gebunden, namentlich hinsichtlich der Einschätzung, dass hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen der LINKEN nach wie vor vorlägen. Dass man – wie der Kläger in seinem Vortrag – insoweit auch eine andere Beurteilung vertretbar begründen könne, berechtige das Revisionsgericht nicht zur Korrektur der tatgerichtlichen Feststellungen. Der infolgedessen mehr oder weniger allein auf die Auslegung der Rechtsbegriffe (Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen, Mitgliedschaft im Personenzusammenschluss als ausreichende Voraussetzung für eine Überwachung, Überwachung als faktische – rechtfertigungsbedürftige – Beeinträchtigung der Art. 21 Abs. 1, 38 Abs. 1 GG, Rechtfertigungsfähigkeit verfassungsschutzdienstlicher Überwachungen auch gegenüber Abgeordneten) begrenzte Gehalt des Urteils schränkt auch seine praktische Bedeutung ein Stück weit ein: Der konkreten Frage, ob die radikalen Zusammenschlüsse in der LINKEN und ihre Kontakte zu linksextremen Organisationen (z.B.: DKP) oder Staaten (z.B.: Kuba) wirklich den Schluss auf einen Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen der Gesamtpartei LINKE rechtfertigen, hat sich das BVerwG nicht mehr gestellt; ihre neuerliche Prüfung und Neu-Beantwortung bleibt mithin ggf. dem nicht auf eine Rechtsprüfung beschränkten BVerfG vorbehalten, das Ramelow in der Tat mit der Verfassungsbeschwerde anrufen will. Schon dies – dass also der Fall noch nicht abgeschlossen ist, sondern voraussichtlich in eine Finalrunde in Karlsruhe gehen wird – erhöht aber natürlich im Übrigen die Examensrelevanz der Sache.

III. Rechtsfragen

Das Urteil bringt verfassungsrechtlich wichtige Präzisierungen zum Spannungsverhältnis zwischen der Parteien- und Abgeordnetenfreiheit (Art. 21 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 GG) und der Grundentscheidung des Grundgesetzes für eine „streitbare Demokratie“. Letzterer wird „existenzielle Bedeutung“ zugesprochen und damit auch die Kraft, Einschränkungen jener verfassungsrechtlichen Positionen auch und selbst dann in der Verhältnismäßigkeitsabwägung zu legitimieren, wenn der Nutzen der geheimdienstlichen Maßnahme, wie hier, als eher gering angesehen werden muss.

Im Einzelnen: (Grund-)Rechtlicher Ausgangspunkt der Prüfung ist die Identifikation der Informationsbeschaffung über die Person Ramelows als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Datenschutzgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung). Der Eingriffscharakter sei auch bei der offenen Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen (Zeitungen und Zeitschriften, Rundfunk- und Internetauftritte, sonstige Publikationen) zu bejahen, weil, wie das BVerfG im Urteil zur automatisierten Erfassung von Kfz-

Kennzeichen² zuletzt bestätigt habe, diese Daten durch ihre systematische Erhebung, Sammlung und Erfassung einen zusätzlichen (und man wird hinzufügen müssen: problematischen!) Aussagewert erhielten. Die Eingriffsbefugnis des § 8 Abs. 1 S. 1 Bundesverfassungsschutzgesetz in Verbindung mit der Aufgabenbeschreibung des § 3 Abs. 1 S. 1 und der präzisierenden Bestimmung des Begriffs der „Bestrebungen“ in § 4 Abs. 1 BVerfSchG ermächtigt den Verfassungsschutz dazu, die erforderlichen Daten einschließlich personenbezogener Daten über Bestrebungen, die gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung gerichtet sind, zu erheben und zu verarbeiten. Systematisch missglückt in der Vorschrift über die Begriffsbestimmungen untergebracht verlangt § 4 Abs. 1 S. 3 BVerfSchG für ein solches Vorgehen, dass tatsächliche Anhaltspunkte für solche Bestrebungen vorliegen. Das BVerwG stellt mit Blick auf eine etwas missverständliche Formulierung der Vorinstanz klar, dass mithin eine Verdachtslage – diese wird durch die tatsächlichen Anhaltspunkte begründet –, erforderlich, aber auch ausreichend für eine Beobachtung ist. Das Gesetz fordert mehr als bloße Vermutungen, vielmehr „konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Basis für den Verdacht“, aber durchaus keine Gewissheit hinsichtlich der verfassungsfeindlichen Bestrebungen, weil die Beobachtung schließlich gerade der Klärung des Verdachts erst dienen soll. Bemerkenswert ist insoweit die Präzisierung, dass auch eine „Gesamtschau aller vorhandenen tatsächlichen Anhaltspunkte“ den Verdacht begründen können soll, auch wenn jeder Anhaltspunkt für sich genommen dazu nicht hinreicht. Das überzeugt nur in dem Sinne, dass die verschiedenen Anhaltspunkte (in ihrer Gesamtschau) auch für den einzelnen Anhaltspunkt bei undeutlichem Aussagegehalt Orientierung für dessen Deutung geben können:³ Eine Aussage, von der isoliert betrachtet unklar ist, ob sie schon Ausdruck einer verfassungsfeindlichen Tendenz ist, wird eher in diesem Sinne verstanden werden können, wenn sie in einem Umfeld getroffen wird, in dem auch andere Anhaltspunkte in diese Richtung weisen. Nicht überzeugend wäre hingegen die auch denkbare Vorstellung, dass sämtliche Anhaltspunkte (etwa Äußerungen von Parteimitgliedern), die für sich genommen eindeutig noch nicht das Potenzial verfassungsfeindlicher Bestrebung aufweisen, durch schlichte Kumulation insgesamt dieses Potenzial erreichen: Zehn (noch) nicht verfassungsfeindliche Äußerungen oder Handlungen werden auch zusammen gelesen noch nicht zu einer verfassungsfeindlichen Aktion. Mit Blick auf den zu beurteilenden Sachverhalt akzeptiert der Senat die Einschätzung der Vorinstanz (s.o.), dass sich insbesondere aus Äußerungen einiger in der Partei Die LINKE parteistatutgemäß auch institutionell vertretener Zusammenschlüsse (Kommunistische Plattform, marxistisches Forum und Links-

² BVerfGE 120, 378 (398 f.), s. dazu *Cornils*, Jura 2010, 443 ff.

³ In diesem Sinne allerdings in der Tat die Entscheidungsgründe in Rn. 57: „Gesamtbetrachtung [...], bei der die Bedeutung einzelner Umstände erst im Lichte anderer hervortritt“.

jugend [solid]) sowie den Kontakten zu extremistischen Organisationen im In- und Ausland (DKP, kolumbianische FARC, PKK) ein hinreichender Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen der Partei Die LINKE ergebe. Die Interpretation des OVG, dass jedenfalls diese Äußerungen, die auch nicht nur von vereinzelt Außenseitern in der Partei stammten, also keine Entgleisungen einzelner darstellten, mit tragenden Elementen der freiheitlich demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar (Grundrechte, parlamentarische Verantwortlichkeit und Abwählbarkeit der Regierung, Opposition, demokratische Wahlgrundsätze), vielmehr auf eine revolutionäre Umgestaltung der Gesellschaftsordnung gerichtet seien, könne nicht beanstandet werden. Dass das BVerfSchG die Überwachungsbefugnis mit den „Personenzusammenschlüssen“ auch auf politische Parteien erstrecke, sei sowohl mit dem Parteienprivileg Art. 21 Abs. 2 GG als auch dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien aus Abs. 1 dieser Vorschrift vereinbar. Das Parteienprivileg verbiete zwar hoheitliches Einschreiten und Sanktionen gegen eine Partei und ihrer Mitglieder, solange die Partei nicht vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden ist. Schon tatbestandlich nicht von diesem Schutz erfasst sei aber die bloße Beobachtung durch den Verfassungsschutz, die von der Verfassung vorausgesetzt werde, um etwaige verfassungsfeindliche Ziele einer Partei gerade zu identifizieren.⁴ Bei der Parteienfreiheit des Art. 21 Abs. 1 GG nimmt das Gericht demgegenüber eine Beeinträchtigung des Gewährleistungsgehalts an, hält diese aber für verfassungsrechtlich gerechtfertigt, und zwar durch die Schranke der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für die „streitbare Demokratie“, die sich im wesentlichen aus Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 20 Abs. 4, Art. 21 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 3 GG sowie den Zuständigkeitsnormen Art. 73 Abs. 1 Nr. 10b und Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG herleiten lasse. Das Gesetz habe durch die Unterwerfung der Überwachungsbefugnisse unter dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Konkurrenzverhältnis beider Verfassungspositionen „einem angemessenen Ausgleich“ zugeführt.

§ 4 Abs. 1 Satz 1 lit. c BVerfSchG lässt eine bloße, auch verfassungsfeindliche Gesinnung oder Motivation für die Überwachung nicht ausreichen, sondern verlangt, dass die verfassungsfeindlichen Bestrebungen in „politisch bestimmte, ziel- und zweckgerichtete Verhaltensweisen“ einmünden, ohne deswegen allerdings die Qualität aktiv-kämpferischer Betätigung erreichen zu müssen. Das BVerwG sieht diese Voraussetzung tatsächlichen Verhaltens (und nicht nur innerer Gesinnung) im wesentlichen schon deswegen als gegeben an, weil die problematischen programmatischen Äußerungen aus dem marxistischen Spektrum der LINKEN in dem Organisationsrahmen einer politischen Partei stehen, politische Parteien aber definitionsgemäß (vgl. § 2 Abs. 1 PartG) auf reale Verwirklichung ihrer Ziele durch erfolgreiche Teilnahme an Parlamentswahlen angelegt sind, mithin auf Aktion, nicht nur auf Kritik oder Kontemplation.

Dass Ramelow nach den Feststellungen der Tatsachengerichte selbst keine verfassungsfeindlichen Bestrebungen

verfolgt, ist, so das BVerwG, rechtlich unerheblich: Das Gesetz lässt die Mitgliedschaft in einem Personenzusammenschluss, hinsichtlich dessen ein solcher Verdacht besteht, ausreichen. Begründet wird dies zusätzlich mit dem Argument, für die Gefährlichkeit einer Person für die freiheitlich demokratische Grundordnung in einem verfassungsfeindlichen Personenzusammenschluss komme es auf ihre individuelle Haltung gar nicht an: Schon durch ihre Mitgliedschaft und Tätigkeit in der Partei fördere sie objektiv deren verfassungsfeindliche Bestrebungen, auch wenn sie selbst auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehe: „Eine Person, die nicht merkt, wofür sie missbraucht wird, kann für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung genauso gefährlich sein wie der Überzeugungstäter.“ In der Logik seiner auf den Personenzusammenschluss als solchen abstellenden Argumentation hätte das BVerwG sogar noch einen Schritt weitergehen können: Wenn der Verdacht der Verfassungsfeindlichkeit einer Partei insgesamt sich schon aus Aussagen und Verhaltensweisen einzelner Gruppierungen oder Spitzenleute ergeben kann, weil von diesen die Gefahr der Einflussnahme und Prägung der Partei ausgeht, und sich daraus die Beobachtung gerade zur Klärung der künftigen Entwicklung und Tendenz der Partei rechtfertigt, dann ist es auch plausibel, die Beobachtung auch auf diejenigen Kräfte und Personen innerhalb der Partei zu erstrecken, die die verfassungsfeindliche Tendenz gerade nicht unterstützen, ihr vielmehr möglicherweise sogar entgegenwirken. Diese Kräfte sind für die Beurteilung der Gefährlichkeit einer Partei für die Verfassung schließlich nicht weniger bedeutsam, nur gewissermaßen von der anderen Seite her. Aus dieser Sicht reicht in der Tat die Mitgliedschaft in einer auch verfassungsfeindliche Strömungen integrierenden Partei – jedenfalls mit einem gewissen Einflusspotenzial in einer also nicht völlig untergeordneten Position – aus, die Adressateneigenschaft für den geheimdienstlichen Überwachungszugriff zu begründen: mitgefangen, mitgegangen!

Auch der Abgeordnetenstatus schützt das Mitglied einer verdächtigen Partei nicht vor der Überwachung. Allerdings begründen die mit der Überwachung einhergehenden tatsächlichen Belastungen Gefahren für die durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantierte Unabhängigkeit des Abgeordneten und also einen Eingriff in den Abgeordnetenstatus. Die Ausübung des freien Mandats wird nach Auffassung schon des OVG, dem das BVerwG insoweit gefolgt ist, weiterhin dadurch betroffen, dass die Erhebung von Informationen über den Abgeordneten für ihn mit einer Stigmatisierung verbunden sei, die es für ihn schwieriger werden lasse, Anhänger und Wähler für sich und seine Partei gewinnen sowie mit der Bevölkerung in Kontakt zu kommen. Dies habe negative Auswirkungen auf seine politische Arbeit auch als Abgeordneter. Der durch Art. 38 Abs. 1 GG garantierte Freiheit des Abgeordneten ist allerdings, nicht anders als Art. 21 GG, durch das „Prinzip der streitbaren Demokratie“ eine verfassungsrechtliche Schranke gezogen. Die Regelung des BVerfSchG genüge dem durch den Wesentlichkeitsgrundsatz konturierten Gesetzesvorbehalt: Einer spezifischen gesetzlichen Regelung für ein Tätigwerden des Verfassungsschutzes gerade gegenüber Abgeordneten habe es nicht bedurft; vielmehr habe der Ge-

⁴ So schon BVerwGE 110, 126 (130 f.).

setzgeber die auch von Parteien und Abgeordneten ausgehenden Gefahren für die Verfassung mit seiner Regelung schon im Blick gehabt und mit der strikten Anordnung der Verhältnismäßigkeit in §§ 8 Abs. 5; 9 BVerfSchG den notwendigen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Verfassungsprinzipien auch hinreichend gesetzlich geregelt.

Folgt das BVerwG bis dahin wesentlich den rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen der Berufungsinstanz, so geht es am Ende, bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit, andere Wege und gelangt so zur Rechtmäßigkeit der Überwachung: Die Maßnahmen seien nicht nur geeignet und erforderlich: Von der Beobachtung des „Spitzenfunktionärs“ Ramelow ließen sich, auch wenn dieser selbst keiner verfassungsfeindlichen Bestrebungen verdächtig sei, durchaus, „wenn auch vergleichsweise geringfügige“ Erkenntnisse über die Entwicklung und Tendenz der Partei gewinnen, weil sie „eine unmittelbare und zuverlässige Einschätzung des Verhältnisses der Spitzenfunktionäre zu den radikalen Kräften innerhalb der Partei“ ermögliche. Vielmehr müsse die Maßnahme, anders als das OVG angenommen hatte, auch als verhältnismäßig im engeren Sinne beurteilt werden. Zwar hätten die aufgrund der Beobachtung erlittenen faktischen Nachteile für die freie Ausübung des Mandats (s.o.: Gefahr für die Unabhängigkeit und Stigmatisierung) „Gewicht“. Es könne dem Kläger unter diesem Gesichtspunkt auch nicht entgegengehalten werden, dass er selbst die Erhebung von Informationen publik gemacht habe; darin liege nicht etwa ein treuwidriges Handeln; vielmehr habe der Adressat der „Bespitzelung“ das Recht, gegen diese „offensiv“ vorzugehen, etwa in der Hoffnung auf Solidarisierungseffekte in der Bevölkerung. Allerdings würden die Nachteile doch erheblich durch den offenen Charakter der Informationsbeschaffung sowie dadurch, dass der Kernbereich der eigentlichen Abgeordnetentätigkeit (Abstimmungen im Parlament) ausgenommen sei, gemildert. Eine heimliche Beobachtung hingegen würde allerdings die Freiheit des Mandats im Kern treffen – wäre also, so muss man das BVerwG wohl verstehen, jedenfalls unzulässig. Das gleichfalls, sozusagen im privaten Bereich, betroffene Persönlichkeitsrecht des Klägers sei ohnehin nur geringfügig beeinträchtigt, da sich die Beobachtung auf die politische Tätigkeit Ramelows in der Öffentlichkeit beschränke, seinen persönlichen Lebensbereich hingegen nicht berühre. Obwohl der vom Gericht der offenen Beobachtung des selbst nicht verfassungsfeindlichen Spitzenfunktionärs zugeschriebene zusätzliche potentielle Erkenntnisgewinn nur als „begrenzt“ eingeschätzt wird, soll dieser Erkenntnisgewinn doch bedeutsam genug sein, in der anderen Waagschale der Verhältnismäßigkeitsabwägung den Vorrang gegenüber den Interessen des Parteimitgliedes, Abgeordneten und Privatmanns Ramelow zu begründen – genau das hatte das Oberverwaltungsgericht in Münster noch anders gesehen.

IV. Fazit

Politisch berührt es sicherlich eigenartig, dass eine Partei, die in den östlichen Bundesländern Volkspartei charakter hat, in mehreren Landesregierungen vertreten ist, viele Bürgermeister stellt und auch im Bund eine offenbar zunehmend kon-

stante Anhängerschaft für sich verbuchen kann, zugleich von dem Staat, in dessen Institutionen sie doch längst eingedrungen ist, soll überwacht werden können. Auf der anderen Seite ist auch schwer nachvollziehbar, weshalb die Partei, wenn sie als im System des Grundgesetzes angekommen geschätzt werden will, sich nicht klar von denjenigen Gruppierungen trennt und Aussagen abgrenzt, die das Grundgesetz und seine politische, nicht nur wirtschaftliche Ordnung doch so verstörend deutlich ablehnen. Insofern ist die Lektüre der Urteilsgründe doch sehr erhellend und geeignet, Verständnis für die geheimdienstliche Überwachung – auch heute noch – zu wecken: Die Bereitschaft des Lesers, die marxistisch-revolutionäre Rhetorik der immerhin bis in den Parteivorstand hinein vertretenen radikalen Gruppen doch nicht beim Wort zu nehmen, sondern irgendwie verfassungskonform zu lesen, erschöpft sich doch recht bald. Juristisch kann man an der Abwägungsentscheidung des BVerwG durchaus Zweifel haben, wenn doch das Revisionsgericht selbst sich auch insoweit an die tatsächliche Einschätzung des OVG gebunden sieht, dass der Erkenntniswert durch die Beobachtung Ramelows nur mehr gering sei. Insoweit hätte die Begründung vielleicht mehr überzeugen können, wenn sich das BVerwG noch deutlicher von dieser Einschätzung („begrenzter Erkenntnisgewinn“) abgesetzt, vielmehr aus Rechtsgründen gar nicht mehr auf die (ja aus Sicht der Gerichte das relativ geringe Erkenntnispotential begründende) individuelle Unverdächtigkeit Ramelows abgestellt hätte: Die Meinung und das Wirken von Spitzenfunktionären (und das war Ramelow bis 2010 als Parteivorstandsmitglied auch auf Bundesebene ganz eindeutig und ist er auch jetzt als Landesfraktionsvorsitzender entgegen eigenem Bekunden wohl immer noch) in einer verfassungsfeindlichen Bestrebungen verdächtigen Vereinigung sind, einfach formuliert, eben immer ein relevantes Datum für die Beurteilung der Tendenz der Partei, ganz unabhängig von dem individuellen politischen Standort des einzelnen Funktionärs. Von diesem Zweifel abgesehen ist die Entscheidung aber, wenn man die aus liberalem Staatsverständnis heraus allerdings nicht selbstverständliche Grundannahme eines starken Prinzips der streitbaren Demokratie hinnimmt, in sich konsequent und plausibel begründet.

Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz

Entscheidungsanmerkung

Schuh am Fuß als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Die Einstufung des Schuhs am Fuß des Täters als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB richtet sich nach den konkreten Tatumständen und kann sich aus der besonderen Verletzungsträchtigkeit des Schuhwerks, aus der besonderen Empfindlichkeit der verletzten Körperstellen oder aus dem individuellen Zusammenspiel des Einsatzes des Schuhs und der verletzten Körperpartie ergeben (Leitsatz des Bearbeiters).

StGB §§ 224, 340

BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09¹

I. Sachverhalt

Der Entscheidung des 4. Strafsenats² liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde: Polizeikommissar A wurde am Abend des 6.1.2007 zusammen mit seiner Kollegin S als Besatzung eines Funkstreifenwagens zu einem Einsatz in die Innenstadt von Dortmund gerufen. Dort war die unter dem Einfluss von Alkohol und Medikamenten stehende Frau F auf dem Gehweg zusammengebrochen. Ihr Ehemann M, der mit einer Blutalkoholkonzentration von 3 ‰ ebenfalls stark unter Alkoholeinfluss stand, versuchte den Abtransport der F in ein Krankenhaus gewaltsam zu verhindern. Nachdem F trotz des anhaltenden Widerstandes ihres Ehemannes mit dem Rettungswagen abtransportiert worden war, beabsichtigten A und S, den M zur Ausnüchterung in Gewahrsam zu nehmen und ihm zu diesem Zweck die Hände zu fesseln. Dadurch sollten Auseinandersetzungen mit unbeteiligten Passanten verhindert und die Vollstreckung des dem M gegenüber ausgesprochenen Platzverweises gewährleistet werden. Dem widersetzte sich der von A mittlerweile zu Boden gebrachte M u.a. durch wildes Strampeln und biss die S durch deren Jeanshose oberhalb des Knöchels in den unteren Bereich des rechten Schienbeins. Ohne Absprache mit S trat A daraufhin mehrfach mit seinem Fuß, an dem er einen schweren Dienstschuh trug, heftig in die Bauchgegend des M, wobei dieser jeweils kurz aufschrie.

II. Verfahrensgang und Argumentation des 4. Strafsenats

A war durch das zuständige Landgericht wegen Körperverletzung im Amt zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der 4. Strafsenat des BGH das Urteil des Landgerichts im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der A der gefährlicher Körperverletzung im Amt schuldig ist.

¹ Abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=abdbcb8b969a86efacaab30ea231035f&nr=49861&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

² BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09 = NStZ 2010, 151.

Der 4. Strafsenat geht zwar von einer rechtsfehlerfreien Feststellung des Sachverhalts durch das Landgericht aus, beanstandet jedoch die Tatsache, dass auf dieser Grundlage lediglich eine Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung im Amt (§ 340 Abs. 1 StGB) und nicht wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt (§ 340 Abs. 3 StGB i.V.m. § 224 StGB) erfolgt ist.³ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei ein Werkzeug gefährlich im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet sei, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.⁴ Dabei genüge die potentielle Gefährlichkeit eines Gegenstandes im Einzelfall, ohne dass es darauf ankomme, ob dessen Einsatz gegen den Körper des Opfers tatsächlich erhebliche Verletzungen hervorgerufen habe.⁵ Ob ein Schuh am Fuß des Täters in diesem Sinne als gefährliches Werkzeug anzusehen sei, lasse sich nur nach den Umständen des Einzelfalls entscheiden. Erforderlich sei dazu regelmäßig, dass es sich entweder um einen festen, schweren Schuh handelt oder dass mit einem „normalen Straßenschuh“ mit Wucht oder zumindest heftig dem Tatopfer in das Gesicht oder in andere besonders empfindliche Körperteile getreten wird.

Danach habe das Landgericht die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB im vorliegenden Fall überspannt und zu Unrecht darauf abgestellt, dass bei M keine sichtbaren Verletzungen oder von ihm geschilderte Beschwerden als Folge der Tritte des A festgestellt werden konnten.⁶ Dass der von A getragene Diensts Schuh geeignet war, bei Tritten in die Bauchgegend eines am Boden liegenden Menschen erhebliche Verletzungen hervorzurufen, stehe nicht in Frage. Ob dies ohne Rücksicht auf die Heftigkeit der damit ausgeführten Tritte schon deshalb nahe liege, weil A schweres, zur Dienstausrüstung des Schutzpolizei gehörendes Schuhwerk trug, könne letztlich dahinstehen. Jedenfalls seien mehrere, nicht bloß leichte, sondern heftige Tritte in die Bauchgegend des M erwiesen. Diese seien in der konkreten Situation geeignet gewesen, bei dem erheblich alkoholisierten und damit eingeschränkt verteidigungsfähigen M, der zudem am Boden lag, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁷

III. Rechtliche Bewertung

In strafrechtlichen Prüfungsarbeiten wird in Bezug auf Amtsträger als mögliche Täter eines Körperverletzungsdelikts der dann einschlägige Tatbestand des § 340 StGB häufig übersehen. Bei der Körperverletzung im Amt handelt es sich um ein

³ BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09, Rn. 11 = NStZ 2010, 151.

⁴ Vgl. nur BGH NStZ 2007, 96.

⁵ BGHSt 30, 375 (377); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 224 Rn. 9 m.w.N.

⁶ BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09, Rn. 13 = NStZ 2010, 151.

⁷ BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09, Rn. 13 = NStZ 2010, 151.

unechtes Sonderdelikt.⁸ Dies gilt allerdings nur insoweit, wie die Täterschaftsformen auch in den §§ 223 ff. StGB erfasst und dann durch die Amtsträgereigenschaft des Täters nach § 340 StGB qualifiziert werden. In diesem Umfang stellt § 340 Abs. 1 StGB einen Qualifikationstatbestand zu § 223 Abs. 1 StGB dar. Grund der Strafschärfung ist die Steigerung des Unrechts der Körperverletzung durch die damit verbundene Dienstpflichtverletzung des Amtsträgers.⁹ Da § 340 StGB aber auch das „Begehenlassen“ tatbestandlich erfasst und auf diese Weise – und anders als bei § 223 StGB – Formen der Teilnahme zur Täterschaft erhebt,¹⁰ liegt insofern ein echtes Sonderdelikt in Gestalt eines Amtsdelikts vor. Für den vorliegenden Sachverhalt wirken sich diese dogmatischen Feinheiten jedoch nicht aus, da A bei den Fußtritten gegen M als Alleintäter gehandelt und damit eindeutig die Tatalternative des „Begehens“ verwirklicht hat.

Über die Verweisung in § 340 Abs. 3 StGB sind insbesondere die Körperverletzungsqualifikationen der §§ 224 bis 227 StGB auch auf Körperverletzungen durch einen Amtsträger anwendbar. Diese Verweisung ist umfassend zu verstehen, so dass nicht nur der Strafraumen der in Bezug genommenen Vorschriften, sondern auch die dort geregelten Milde- rungen für minder schwere Fälle anzuwenden sind.¹¹ Hinsichtlich der Strafandrohungen stellt diese Lösung insofern einen systematischen Bruch dar, als der gegenüber § 223 Abs. 1 StGB erhöhte Strafraumen des § 340 Abs. 1 StGB für die in § 340 Abs. 3 StGB genannten qualifizierten Fälle keine entsprechende Fortführung erhält.¹² In der Praxis lässt sich ein gewisser Ausgleich dadurch erzielen, dass man die Amtsträgereigenschaft im Rahmen der Strafzumessung innerhalb der Strafraumen der §§ 224 ff. StGB erschwerend berücksichtigt.¹³ Im Rahmen der Fallbearbeitung ist zudem formal darauf zu achten, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des

§ 340 Abs. 3 StGB auch ausdrücklich von einer „gefährlichen Körperverletzung im Amt“, einer „Misshandlung von Schutz- befohlenen im Amt“ etc. gesprochen wird.¹⁴

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB enthält mit der Tatbegehung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs nominell zwei Tatalternativen. Allerdings ist die „Waffe“ nach dem Gesetzeswortlaut lediglich als Spezialfall einzustufen, der dem Oberbegriff des „gefährlichen Werkzeugs“ unterfällt. Als solche gefährliche Werkzeuge gelten nach weitgehend konsentierter¹⁵, vom 4. *Strafsenat* auch in der vorliegenden Entscheidung bestätigter Auffassung¹⁶ alle Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit oder der Art der Verwendung im Einzelfall dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Infolgedessen wird die Gefährlichkeit eines Werkzeugs maßgeblich durch die konkrete Art und Weise seiner individuellen Verwendung bestimmt. Für diese Vorgehensweise spricht, dass der Quali- fikationsgrund des § 224 StGB gegenüber dem Grundtatbestand des § 223 StGB in der besonders gefährlichen Bege- hungsweise der Tat liegt, die der Gesetzgeber in fünf Num- mern abschließend ausdifferenziert hat und hinsichtlich derer der Täter vorsätzlich handeln muss.¹⁷ Die eigentliche Verlet- zungsfolge muss demgegenüber im Rahmen von § 224 StGB nicht schwerer wiegen als bei der einfachen Körperverletzung nach § 223 StGB. Die besonders gefährliche Tatausführung im Rahmen von § 224 StGB setzt also gerade nicht voraus, dass die Wunde beim Tatopfer tiefer, das Hämatom größer oder das Schmerzempfinden stärker ist als nach einer einfa- chen Körperverletzung i.S.v. § 223 StGB. Daher sind als „gefährliche Werkzeuge“ neben Gegenständen, die durch ihre Beschaffenheit bereits eine objektive Gefährlichkeit aufwei- sen (z.B. Messer, Knüppel, Eisenstangen, Mistgabeln, Ra- sierklingen, Glasscherben oder Nadeln) auch an sich unge- gefährliche Gegenstände (z.B. Kraftfahrzeuge, Stuhlbeine, Flaschen oder Schlüsselbünde) erfasst, wenn ihre konkrete Verwendung ein erhebliches Verletzungspotenzial aufweist.¹⁸

Allerdings birgt ein Abstellen auf die konkreten Verhält- nisse des jeweiligen Einzelfalls auch die Gefahr von Unsi- cherheiten bei der Rechtsanwendung. Um dem vorzubeugen, bietet es sich an, sich unter Anbindung an den Wortlaut des Gesetzes zumindest einige verlässliche Anknüpfungs- und Ausgangspunkte für die eigene Argumentation zu suchen. Das Gesetz bezeichnet die Tatmittel im Rahmen von § 224 Abs. 1 Nr. 2 ausdrücklich als „Werkzeuge“. Dieser Begriff

⁸ *Lilie*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 11. Aufl. 1998, § 340 Rn. 1; *Voßen*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 340 Rn. 2; *Horn/Wolters*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommen- tar zum Strafgesetzbuch, 120. Lfg., Stand: November 2009, § 340 Rn. 2b; *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 340 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 5), § 340 Rn. 1; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 340 Rn. 1.

⁹ BGHSt 3, 349 (351); *Horn/Wolters* (Fn. 8), § 340 Rn. 2b; *Kuhlen* (Fn. 8), § 340 Rn. 4.

¹⁰ Näher dazu *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 340 Rn. 7 ff.; *Zöller*, in: Leipold/Tsambikakis/ders. (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2010 (erscheint demnächst), § 340 Rn. 4.

¹¹ *Fischer* (Fn. 5), § 340 Rn. 5.

¹² Krit. insofern etwa *Voßen* (Fn. 8), § 340 Rn. 23 f.; *Horn/Wolters* (Fn. 8), § 340 Rn. 15; *Fischer* (Fn. 5), § 340 Rn. 5.

¹³ KG NJW 2000, 1352; *Kuhlen* (Fn. 8), § 340 Rn. 14; *Zöller* (Fn. 10), § 340 Rn. 10; *Kudlich* (Fn. 10), § 340 Rn. 16; krit. demgegenüber *Wolters*, JuS 1998, 582 (586).

¹⁴ *Fischer* (Fn. 5), § 340 Rn. 6; *Wolters*, JuS 1998, 582 (586).

¹⁵ BGHSt 3, 105 (109); 14, 152 (154); 30, 375 (377); BGH NStZ 2002, 30; BGH StV 2006, 693; *Lilie* (Fn. 8), § 224 Rn. 20; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/ders. (Fn. 8), § 224 Rn. 14; *Momsen*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 10), § 224 Rn. 17; *Fischer* (Fn. 5), § 224 Rn. 9; *Zöller* (Fn. 10), § 224 Rn. 8.

¹⁶ BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09, Rn. 12 = NStZ 2010, 151.

¹⁷ Vgl. BGHSt 3, 109; *Lilie* (Fn. 8), § 224 Rn. 3; *Fischer* (Fn. 5), § 224 Rn. 2; *Zöller* (Fn. 10), § 224 Rn. 1.

¹⁸ Vgl. nur *Zöller* (Fn. 10), § 224 Rn. 8 m.w.N.

leitet sich von dem mittelhochdeutschen Wort „werzeug“ ab und bezeichnet ein handwerkliches Gerät.¹⁹ Es muss sich also um ein Gerät zur Bearbeitung von Werkstoffen handeln.²⁰ Daraus folgt zum einen, dass unbewegliche Gegenstände (z.B. die Hauswand, gegen die das Opfer vom Täter gestoßen wird) nach der vorzugswürdigen h.M.²¹ nicht in den Anwendungsbereich des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB mit einbezogen werden können, da die entgegengesetzte Auslegung²² kaum mit dem Wortsinn vereinbar ist und sich dem Vorwurf des Verstoßes gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ausgesetzt sieht. Zum anderen sind auch eigene Körperteile des Menschen (z.B. Faust, Handkante, Ellbogen, Fuß oder Knie) nicht mehr vom Gesetzeswortlaut gedeckt und können daher keine gefährlichen Werkzeuge i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB darstellen.²³ Auf der anderen Seite mögen Kleidungsstücke oder Ausrüstungsgegenstände (z.B. eine zum Würgen benutzte Krawatte oder ein Seidenstrumpf) bei entsprechender Anwendung im Ergebnis durchaus gefährliche Werkzeuge darstellen.²⁴ Dies gilt dann auch für den sowohl in der Praxis als auch in Prüfungsarbeiten häufigsten Anwendungsfall des Schuhs am Fuß des Täters.

Für die Prüfung solcher Fälle sind letztlich zwei Komponenten zu bestimmen und zueinander ins Verhältnis zu setzen. Die erste Komponente besteht in der objektiven Konkretisierung des Gefährdungspotentials des vom Täter zur Körperverletzung eingesetzten Schuhs. So werden leichte Stoffschuhe, etwa einfache Segeltuchschuhe oder Ballettschuhe ohne feste Sohle regelmäßig schon objektiv nicht geeignet sein, erhebliche Verletzungen beim Opfer hervorzurufen. Hier wird der zur Verletzung eingesetzte Körperteil des Täters, im Regelfall also der Fuß mit den entsprechenden Knochen im Bereich von Fußballen, Fußkante oder Ferse, durch die „Beschuhung“ in seiner Verletzungsgefährlichkeit nicht in einem Maße erhöht, dass dies eine Bestrafung aus § 224

StGB rechtfertigen würde. Andererseits kann sich die Eigenschaft als gefährliches Werkzeug bei anderen Schuhen durchaus bereits aus der objektiven Beschaffenheit ergeben. Dies ist etwa bei besonders schwerem, festem oder spitzem Schuhwerk der Fall, wie es beispielsweise für Springerstiefel, Arbeitsschuhe, Pumps, aber auch für bestimmte Arten von Sportschuhen charakteristisch ist. Im vorliegenden Fall ging es um Schuhwerk, das zur Dienstausrüstung des A als Angehöriger der Schutzpolizei gehörte. Nähere Angaben lassen sich den Sachverhaltsfeststellungen nicht entnehmen. Insofern hat auch der 4. Strafsenat letztlich offen gelassen, ob allein schon aufgrund dieser Tatsache, d.h. ohne Rücksicht auf den konkreten Einsatz des Schuhwerks, ein gefährliches Werkzeug anzunehmen war. Bei lebensnaher Auslegung wird man dies allerdings bejahen können, da es sich bei den zur Dienstausrüstung deutscher Polizeibeamter gehörenden Schuhen regelmäßig um verstärkte Lederschuhe mit ausgeprägtem Kunststoffprofilen handelt, die die Verletzungsgefährlichkeit des (nackten) Fußes des Täters bei Tritten noch einmal deutlich erhöhen.

Die Einstufung als gefährliches Werkzeug kann sich i.S.e. zweiten Komponente aber auch aus der Art der Verwendung des Schuhs im Einzelfall ergeben. Es kommt insofern auf die konkreten Tatumstände an, etwa die konkrete Ausführung der Tritte durch den Täter und die betroffenen Körperteile des Verletzungsoffers.²⁵ Werden die Tritte mit dem beschuhten Fuß gegen besonders empfindliche Körperstellen (z.B. Kopf, Hals, Unterleib oder Solarplexus) ausgeführt, so kann sich bereits aus dieser Art der Tatausführung die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs ergeben. Erfolgen die Tritte demgegenüber auf besser geschützte Körperstellen (z.B. den Oberarm oder Oberschenkel eines Leistungssportlers oder die Rückenpartie eines mit einer schweren Lederjacke bekleideten Motorradfahrers), so bleibt für § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur dann Raum, wenn der Täter mit einem besonders verletzungsträchtigen Schuhwerk Zutritt. Entscheidend für die Bejahung des Einsatzes eines gefährlichen Werkzeugs ist also eine Wertung, bei der Tatmittel und konkrete Einsatzform zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Gefährlich kann ein Werkzeug somit erstens schon dann sein, wenn ein objektiv besonders verletzungsträchtiges Schuhwerk (z.B. ein schwerer Springerstiefel) eingesetzt wird. Diese Einstufung kann sich zweitens auch aus der Tatsache ergeben, dass der beschuhte Fuß im konkreten Fall gegen besonders empfindliche Körperstellen (z.B. den Hals des Opfers) eingesetzt wurde. Schließlich kann sich dieses Ergebnis drittens aus dem individuellen Zusammenspiel des Einsatzes des Schuhs und der verletzten Körperpartie ergeben. Diesbezüglich lässt sich folgende Faustregel aufstellen: Je empfindlicher die Körperstelle ist, auf die der Täter eintritt, desto weniger verletzungsträchtig muss das von ihm getragene Schuhwerk sein. Und umgekehrt gilt, dass ein Täter, der auf sein Opfer mit einem besonders schweren, festen oder spitzen Schuhwerk eintritt, auch bei weniger empfindlichen Körperstellen die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklichen kann.

¹⁹ Vgl. Duden, Das Herkunftswörterbuch, 4. Aufl. 2007, S. 924.

²⁰ Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl. 2008, S. 1652.

²¹ BGHSt 22, 235 (236); BGH NStZ 1988, 361; BGH NStZ-RR 2005, 75; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), Bd. 3, 2003, § 224 Rn. 15; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönkel/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 224 Rn. 8; *Fischer* (Fn. 5), § 224 Rn. 8; *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 228 Rn. 4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 274; *Wallschläger*, JA 2002, 390 (393); *Hardtung*, JuS 2008, 960 (963).

²² In diesem Sinne etwa *Lilie* (Fn. 8), § 224 Rn. 27; *Horn/Wolters* (Fn. 8), § 224 Rn. 18; *Küpper*, JuS 2000, 225 (226); *Eckstein*, NStZ 2008, 125 (127).

²³ *Hardtung* (Fn. 21), § 224 Rn. 14; *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 21), § 224 Rn. 3; *Fischer* (Fn. 5), § 224 Rn. 8; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2009, § 9 Rn. 12; *Eckstein*, NStZ 2008, 125 (126); *Zöller/Fornoff/Grieß*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2008, S. 106 f.; a.A. *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811; differenzierend *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 9 Rn. 15.

²⁴ *Fischer* (Fn. 5), § 224 Rn. 9c.

²⁵ Vgl. BGH StV 2002, 21 (22).

Nach Einschätzung des BGH handelt es sich hier um einen Fall, bei dem es auf das individuelle Zusammenspiel von verwendetem Schuhwerk und betroffener Körperstelle ankommt. Der 4. Strafsenat geht in seiner Entscheidung davon aus, dass die Faktoren, dass A schweres Schuhwerk trug, mehrere heftige Tritte ausführte und diese gegen die Bauchdecke des M gerichtet waren, der noch dazu infolge seiner Alkoholisierung allenfalls eingeschränkt verteidigungsfähig war, jedenfalls in ihrem Zusammenspiel die Eignung begründeten, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.²⁶ Insofern ging er zu Recht davon aus, dass die dem M zugefügte, i.S.v. § 223 Abs. 1 StGB tatbestandliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen wurde. Diese Körperverletzung war auch während der Ausübung des Dienstes von A begangen (vgl. § 340 Abs. 1 StGB), da zwischen ihr und der Dienstausbübung ein innerer sachlicher Zusammenhang bestand.²⁷ Demgegenüber bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Tat mit einem anderen Beteiligten (S) gemeinschaftlich (vgl. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) begangen wurde, da ein Zusammenwirken von S mit A, etwa i.S.v. Mittäterschaft oder Beihilfe, bei den Tritten nicht vorlag.

Eine Rechtfertigung des A nach § 32 Abs. 2 StGB wegen Nothilfe zugunsten seiner Kollegin S, die von M in ihr rechtes Schienbein gebissen worden war, kam nach den Sachverhaltsfeststellungen im Ergebnis nicht in Betracht. Selbst wenn der Angriff des M auf S noch gegenwärtig war, als A zutrat,²⁸ fehlte es gegenüber dem stark alkoholisierten, bereits auf dem Boden liegenden M angesichts der heftigen Tritte in den Bauchbereich jedenfalls an der Erforderlichkeit und Gebotenheit der Nothilfebehandlung.²⁹ A war somit wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt nach § 340 Abs. 3 i.V.m. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB schuldig zu sprechen.

IV. Lernteil

Die Entscheidung des 4. Strafsenats betrifft mit der Frage, ob der beschuhte Fuß des Täters als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB einzustufen ist, einen „Klassiker“ des Besonderen Teils des Strafrechts. Sie enthält zwar der Sache nach keine neuen Entscheidungskriterien für diese in Theorie und Praxis häufig vorkommenden Fallkonstellationen. Allerdings bietet sie einen neuen Anwendungsfall, der dem Bearbeiter noch dazu im ungewohnten „Gewand“ des § 340 StGB begegnet. Für die Fallbearbeitung im Bereich der

Körperverletzungen lassen sich daraus folgende Grundsätze ableiten:

- 1. Über die Verweisung in § 340 Abs. 3 StGB sind insbesondere die Körperverletzungsqualifikationen der §§ 224 bis 227 StGB auch auf Körperverletzungen durch einen Amtsträger anwendbar. Dabei ist formal darauf zu achten, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 340 Abs. 3 StGB auch ausdrücklich von einer „gefährlichen Körperverletzung im Amt“ etc. gesprochen wird.
- 2. Als gefährliche Werkzeuge gelten alle Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit oder der Art der Verwendung im Einzelfall dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Infolgedessen wird die Gefährlichkeit eines Werkzeugs maßgeblich durch die konkrete Art und Weise seiner individuellen Verwendung bestimmt.
- 3. Die Einstufung des Schuhs am Fuß des Täters als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB richtet sich nach den konkreten Tatumständen und kann sich aus der besonderen Verletzungsträchtigkeit des Schuhwerks, aus der besonderen Empfindlichkeit der verletzten Körperstellen oder aus dem individuellen Zusammenspiel des Einsatzes des Schuhs und der verletzten Körperpartie ergeben.

Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier

²⁶ BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09, Rn. 13 = NSStZ 2010, 151.

²⁷ Vgl. dazu KG NJW 2008, 2132 (2133 f.); *Voßen* (Fn. 8), § 340 Rn. 9; *Fischer* (Fn. 5), § 340 Rn. 2; *Kudlich* (Fn. 10), § 340 Rn. 5; *Zöller* (Fn. 10), § 340 Rn. 5.

²⁸ Daran zweifelt der 4. Strafsenat im Hinblick auf die Schreie des Geschädigten M; vgl. BGH, Urt. v. 24.9.2009 – 4 StR 347/09, Rn. 8 = NSStZ 2010, 151.

²⁹ Allg. zu den Voraussetzungen der Notwehr bzw. Nothilfe etwa *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn. 20 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 325 ff.

Buchrezension

Achim Bönninghaus, Rechtsgeschäftslehre I und II, Schuldrecht Allgemeiner Teil I und II, Schuldrecht Besonderer Teil I und II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2008/2009, jeweils € 16,95

Mit den in der Reihe „JURIQ-Erfolgstraining“ des renommierten Heidelberger Verlages erscheinenden sechs Bänden werden Kernbereiche des Zivilrechts behandelt, die sowohl in der Ausbildung wie in der Praxis von nicht zu hoch einzuschätzender Bedeutung sind. Die Prüfungsrelevanz liegt auf der Hand, so dass gediegene Kenntnisse unabdingbar sind. Die rechtlichen Regelungen der ersten drei Bücher des BGB sind bekanntermaßen nicht nur aus nationalen Quellen genährt, mehr und mehr überlagert und modifiziert das Europäische Recht gerade diesen Bereich. Man muss hier neben Vielem nur an den Verbrauchsgüterkauf denken oder auch an die verbraucherrechtlichen Widerrufsrechte in bestimmten Vertragssituationen. Auch mit diesen Modifikationen muss sich der Studierende auseinandersetzen.

Die Bücher teilen sich auf in jeweils zwei Bände zur Rechtsgeschäftslehre (I: Zustandekommen von Rechtsgeschäften und Grundlagen der zivilrechtlichen Fallbearbeitung; II: Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen von Rechtsgeschäften), zum Schuldrecht Allgemeiner Teil (I: Erfüllung und Leistungsverweigerung; II: Pflichtverletzung) und zum Schuldrecht Besonderer Teil (I: Kauf-, Werk-, Reisevertrag und Schenkung; II: Gebrauchsüberlassungsverträge).¹ Gemeinsames Ziel der Bände ist es (so das jeweilige Vorwort), „sowohl für Studienanfänger als auch für höhere Semester die Vorzüge des klassischen Lehrbuches mit (der) Erfahrung aus dem Repetitoriumsunterricht zu einem umfassenden Lernkonzept aus Skript und Online-Training“ zu verbinden (etwas später im Vorwort heißt es, das Skript wolle kein Lehrbuch sein). Dieses Lernkonzept beruht auf drei Säulen, nämlich dem Erlernen, dem Wiederholen und Überprüfen und dem Anwenden und Einüben. Das ist vom Grundansatz sicher sinnvoll und richtig, wird aber dennoch offenbar nicht selten von Studierenden verkannt, vor allem, wenn man (zu) spät mit der Klausurvorbereitung anfängt. Daher ist es zu loben, wenn *Bönninghaus* diese „Grundwahrheiten des Lernens“ an den Anfang stellt. Unterstützt werden soll das Erlernen und Wiederholen durch vielfältige „optische Aufheller“ wie Symbole am Rand des Textes, die auf besonders wichtige Informationen, wie z.B. auf Definitionen, verweisen sollen. Auch die in neueren Lernbüchern weithin üblich gewordenen (Prüfungs-) Schemata und Schaubilder fehlen in den Bänden nicht. Der Text ist im Übrigen übersichtlich gegliedert, wichtige Aussagen sind im Fettdruck, weiterführende Hinweis in farbig unterlegte Kästen gesetzt. Im Anschluss an die jeweiligen Abschnitte findet der Leser Übungsfälle, die klausur-

mäßig durchgeprüft werden. Sehr zurückhaltend ist der *Autor* mit Fundstellenangaben,² was im jeweiligen Vorwort ausdrücklich hervorgehoben wird. Mir scheint das allerdings nicht angemessen, denn gerade in den Bereichen, die durch die Schuldrechtsnovelle von 2001 und weitere Gesetzesänderungen in den Folgejahren berührt sind, ist die Diskussion über die Auslegung reformierter Normen im vollen Gange. Der Studierende muss hierüber mindestens einen groben Überblick haben, so dass die Nachweise und die Auseinandersetzung mit den Streitpunkten durchaus vielfältiger und tiefergehend ausfallen sollten. Die Darstellung in allen Bänden erscheint mir (was ich gerne als Geschmacksfrage ansehen möchte) doch allzu „spielerisch“. Dabei bin ich nicht der Ansicht, dass Jura „trocken“ ist und so auch präsentiert werden müsste. Aber ob es zur guten Lesbarkeit und besseren Stoffvermittlung (und zur Konzentration) beiträgt, am Rand Comics abzdrukken, weiß ich offengestanden nicht. Sollte man den Studierenden (insbesondere in Examensnähe) nicht mehr abverlangen können, rund 170 Seiten ohne Comics durchzuarbeiten? Aber, wie erwähnt: Das ist Geschmacksache und soll das Urteil nicht beeinflussen.

Die „zweite Dimension“ des Konzeptes besteht in der Online-Komponente: Jedem Band ist ein Passwort beigegeben, mit Hilfe dessen man sich im Internet kostenfrei auf der Homepage des von *Bönninghaus* mitbetriebenen Repetitoriums einwählen und auf den Stoff im jeweiligen Band bezogene Testfragen beantworten kann, die entweder unmittelbar ausgewertet werden oder deren Richtigkeit man anhand von angebotenen Musterlösungen überprüfen kann.

Sieht man sich die einzelnen Bände inhaltlich an, bietet es sich an, der Stoff-Reihenfolge nachzugehen, und damit ist bei der Rechtsgeschäftslehre zu beginnen. Schon mit dieser Begriffswahl ist deutlich gemacht, was die beiden Bände nicht leisten wollen: Die Darstellung des gesamten Allgemeinen Teils. Die Personenlehre ist in den Bänden nur angerissen, die §§ 90 ff. BGB werden nicht behandelt. Dass Rechtsgeschäfte auch unter einer Bedingung oder Befristung abgeschlossen werden können, erfährt der Leser eher en passant in Band II, Rn. 8, wobei es dort mindestens (unzulässig) verkürzt heißt, das bedingte Rechtsgeschäft entfalte „inhaltlich“ vor dem Bedingungseintritt keine Wirkung. §§ 160-162 BGB belegen, dass doch gewisse Vorwirkungen zum Schutz des vom bedingten (und von Anfang an wirksamen) Rechtsgeschäft Begünstigten eintreten. Die in der Praxis wichtigen Vorschriften über die Fristen und Termine (§§ 186 ff. BGB) werden ebenfalls nicht behandelt; hier hätte man sich wenigstens Hinweise zur Berechnung von Fristen gewünscht. Das Verjährungsrecht wird nicht hier, sondern im Band Schuldrecht Allgemeiner Teil I dargestellt. Band I schaltet vor die Stoffvermittlung einen mit „Ein Rundflug“ überschriebenen Abschnitt zur Gutachtentechnik, was jedenfalls für den Studienanfänger sehr hilfreich sein wird und für den Fortgeschrittenen eine gute Gelegenheit ist, sich der Grundlagen

¹ Vom selben *Autor* ist für Dezember 2010 angekündigt „Schuldrecht Besonderer Teil III (Geschäftsbesorgung, Dienstvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag)“ und von *Westerhoff* ist 2010 erschienen „Schuldrecht Besonderer Teil IV (Bereicherungs- und Deliktsrecht)“.

² Das geht teils (unzulässigerweise) so weit, dass lediglich auf eine „h.M.“ oder auf „den“ BGH verwiesen wird, ohne dass dies durch eine Fußnote nachgewiesen würde, z.B. Schuldrecht BT I, Rn. 211.

noch einmal zu vergewissern. Die Darstellung deckt die wesentlichen Aufbaugesichtspunkte ab, allerdings erscheint der Vorschlag, die Rechtsfähigkeit von Personenverbänden in einem vorweggenommenen Prüfungsschritt zu erörtern (Band I, Rn. 26 im „JURIQ-Klausurtyp“) verfehlt. Allenfalls sollte die Frage im Rahmen des jeweiligen Anspruchs kurz angesprochen werden, wenn Anlass dazu besteht. Bei AG, GmbH und Genossenschaft besteht er meines Erachtens nicht (hier dürfte ein Klammerhinweis auf die einschlägigen Vorschriften des jeweiligen Gesetzes genügen), gleiches gilt für die oHG und KG. Allenfalls bei der BGB-Gesellschaft sollte man zu deren Rechtsfähigkeit im Anschluss an BGHZ 143, 341 kurze Ausführungen machen. Bedenklich erscheint es auch, wenn in Band I, Rn. 53 zur „Nagelprobe“ aufgefordert wird, das im Gutachten gefundene Ergebnis auf die Übereinstimmung mit dem „ersten Gefühl (Judiz)“ zu überprüfen und – sofern nicht im Gutachten relevante Gründe für die Abweichung vom „ersten Gefühl“ herausgearbeitet wurden – das Ergebnis ggf. im Wege einer Analogie, einer teleologischen Reduktion oder des Rückgriffs auf § 242 BGB zu korrigieren. Davor kann man nur warnen: Das erste Gefühl ist eben oft trügerisch und gerade der Anfänger sollte sich hüten, ein „erstes Bauchergebnis“ mit einem Gutachten zu unterlegen. Richtig an dem Ansatz mag sein, dass man sein Ergebnis, bevor man es in der Klausur niederschreibt, auf Stimmigkeit überprüft (Kann das so richtig sein?), aber eben nicht aufgrund des „ersten Gefühls“, sondern nachdem man sein Ergebnis skizziert hat. Wenn man diese Frage nicht mit ja beantworten kann, liegt es in der Regel daran, dass man bei seiner Lösung schlicht etwas übersehen hat.

Im Weiteren stellt Bönninghaus die Funktion und Struktur von Rechtsgeschäften (2. Teil), die Willenserklärung (3. Teil) und schließlich das Zustandekommen von Verträgen (4. Teil) dar. Sieht man davon ab, dass die Geschäftsfähigkeit nicht in diesem, sondern im zweiten Band dargestellt wird, so dass es etwas eigentümlich erscheint, wenn nur bei dem Zugang der Willenserklärung, nicht aber bei ihrer Abgabe auf die Geschäftsfähigkeit eingegangen wird, ist es ein Verdienst des *Autors*, sich um eine möglichst eingängige Darstellung der recht abstrakten Materie zu bemühen und die Grundstrukturen (auch) anhand von etlichen Beispielfällen deutlich herauszuarbeiten. Dabei geht die Darstellung allerdings nicht sehr ins Detail, sondern bietet eher einen Überblick über die Thematik, der weiterer Vertiefung bedarf.

Band II der Rechtsgeschäftslehre beleuchtet nach einer knappen Wiederholung des in Band I dargestellten Stoffes (1. Teil, Einführung) im 2. Teil die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verträge, worunter der *Autor* allerdings etwas eigenwillig das Vertretungsrecht fasst. Weiter wird in diesem Teil das Minderjährigenrecht abgehandelt, und im weiteren 3. Teil werden Wirksamkeitshindernisse vorgestellt (Verletzung von Formvorschriften, Anfechtung). Bei der Behandlung des Vertretungsrechts erscheint es wenig glücklich, mit dem regelwidrigen Fall des Vertreters ohne Vertretungsmacht einzusteigen. Man hätte durchaus auch § 164 Abs. 1 BGB zum Ausgangspunkt nehmen können, ohne dass die Verständlichkeit darunter gelitten hätte. Als leider ebenfalls sehr misslich ist anzusprechen, dass beim

„Prüfungsschema“ und in der Darstellung des Rechts der Stellvertretung die weiteren Voraussetzungen neben der Vertretungsmacht, nämlich die Abgabe einer eigenen Willenserklärung (erkennbar) in fremdem Namen teils nicht, teils durch Fußnotenverweis in Band I, Rn. 269 ff. aufgegriffen werden. Hier wirkt sich die Aufteilung der Materien auf die beiden Bände als hinderlich aus. Das Offenkundigkeitserfordernis beim Vertreterhandeln im Zusammenhang mit der Bestimmung des Vertragspartners zu behandeln, reißt letztlich auseinander, was zusammengehört und an der gewählten Stelle in Band I hängt die Darstellung mehr oder weniger in der Luft.

Die Aufteilung der beiden Bände zum Schuldrecht AT wurde eingangs bereits genannt. Schuldrecht AT Band I beginnt mit einem Abschnitt über den Gläubiger und stellt ziemlich an den Anfang einen sehr (zu) knappen Abschnitt über den echten Vertrag zugunsten Dritter, der allerdings viel zu sehr an der Oberfläche bleibt, um wirklich etwas mit dem Text anfangen zu können. Sodann wird die Abtretung vorgestellt, es folgen Abschnitte über die Erfüllung und ihre Surrogate (Erläss, Hinterlegung, Aufrechnung), wobei die Erfüllungswirkung bei Leistung an unberechtigte Dritte und die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen in gesonderten Kapiteln behandelt werden. Der Teil „Leistungsverweigerung“ (unter Einschluss des Verjährungsrechts) bildet den Abschluss dieses Bandes. Band II zum Schuldrecht AT (Pflichtverletzung) behandelt nach einer knappen Einführung das Vertretenmüssen, die Leistungsverzögerung, Leistungsbefreiung und schließlich die Rücksichtspflichtverletzung. Man kann immer über die Schwerpunktsetzung diskutieren – und manchmal muss auch der berühmte Mut zur Lücke respektiert werden. Mit dem zuvor umrissenen Stoff wird aber, salopp ausgedrückt, aus dem Mut zur Lücke Übermut: Dass es etwa Vertragsschlüsse unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen, (§§ 305 ff. BGB), oder Widerrufsrechte aufgrund von Verbraucherschützenden Bestimmungen, (§§ 312 ff., 355 ff. BGB) gibt, erfährt der Leser allenfalls nebenbei (AGB: bspw. in Band I, Rn. 334, Fernabsatz in Schuldrecht BT I, Rn. 47), eine systematische Darstellung zu diesen durchaus auch examensrelevanten³ Materien findet man nicht. Misslich erscheint es mir auch, wenn der Gläubigerverzug nur inzident als Ausschlussstatbestand beim Schuldnerverzug behandelt wird (Band II, Rn. 99 ff.).

Aus dem besonderen Schuldrecht werden in Band I dargestellt der Kauf-, Werk-, Reise- und Schenkungsvertrag, während in Band II das Recht der Gebrauchsüberlassungsverträge vorgestellt wird, mit dem Mietvertrag einschließlich der Pacht, der Leihe sowie dem Gelddarlehen, wobei es auf den ersten Blick erstaunlich ist, dass der Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB, also der Vorschriften über das Verbraucherdarlehen, vorangestellt wird (Band II, Rn. 448 ff.). Das wird aber durchaus schlüssig in Band II, Rn. 447 mit Vorzügen in der Darstellung erklärt. Auch zu diesen Bänden können nicht alle einzelnen Sachaussagen gewürdigt werden, und wenn auf

³ Bspw. Bayerle, JuS 2009, 619; Schrader, JA 2009, 773; zur AGB-Prüfung in der Klausur H. Schmidt, Ad Legendum 2010, 95 ff.

Problematisches hingewiesen wird, soll damit nicht der Eindruck von Besserwisseri erweckt, sondern Anregungen gegeben werden, die Passagen zur nächsten Auflage zu überdenken. Eine solche problematische Passage ist in Band I zum Verbrauchsgüterkauf der Text zur Beweislastumkehr in § 476 BGB. Richtig ist dabei noch der Ausgangspunkt, dass die Beweislastumkehr jedenfalls dann eingreift, wenn sicher ein Mangel der Kaufsache vorliegt, es nur unsicher ist, ob dieser Mangel bereits bei Gefahrübergang (im Verbrauchsgüterkauf stets nach § 446 BGB) vorlag oder später eingetreten ist. Ob vor diesem Hintergrund das Beispiel zu Rn. 213 günstig gewählt und die Lösung hinreichend deutlich formuliert ist, erscheint mir zweifelhaft. Bei der Sachverhaltsformulierung erscheint es ungünstig, dass der eher lebensfremde Fall unterstellt wird, es lasse sich überhaupt nicht feststellen, warum das Fernsehgerät ausfällt. Meist wird ein Sachverständiger schon eine oder alternative Ursachen herausarbeiten können, die den Totalausfall des Gerätes herbeigeführt haben, und Zweifel könnte bleiben, ob es sich bei dieser Ursache tatsächlich um einen Sachmangel oder etwa um die Folge eines Bedienungsfehlers handelte. Hier wäre es wünschenswert, wenn der Sachverhalt etwas mehr an Informationen gäbe, was genau unter „unbekannten Gründen“ zu verstehen sein soll.

Vom Rechtlichen her dürfte schon zu Beginn der Lösung ein Ausgangsfehler liegen, wenn der *Autor* meint, es liege sicher deswegen schon kein Mangel im Sinn von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vor, weil der Fernseher ja erst nach Gefahrübergang „kaputt gegangen“ sei. Hier scheint übersehen zu werden, dass der Mangel im Sinn von § 476 BGB dann anzunehmen ist, wenn eine Fehlfunktion vorliegt, die dann, wenn sie im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegt, einen Sachmangel im Sinn des Kaufgewährleistungsrechts darstellen würde.⁴ Die weitere Annahme, der Käufer müsse den konkreten Mangel nachweisen, trifft dann in der Tat die Rechtsprechung des BGH,⁵ nur dass mir die im Text genannte abweichende Literaturmeinung unvollständig wiedergegeben scheint und der unrichtige Eindruck erweckt wird, nach dieser Literaturmeinung könne auch eine vom Käufer selbst herbeigeführte Fehlfunktion noch das Gewährleistungsrecht auslösen, wenn sie denn nur in den ersten sechs Monaten zum Ausfall der Kaufsache führe. Auch nach der abweichenden Literaturmeinung reicht es nicht aus, wenn etwa die Kaufsache durch Eigenverschulden des Käufers untergeht oder in der Funktion beeinträchtigt wird, sondern vielmehr ist es erforderlich, dass überhaupt eine Fehlfunktion vorliegt, die Mangel sein kann,⁶ so dass es gerade nicht ausreicht, dass

überhaupt innerhalb der ersten sechs Monate das Gerät „ausfällt“.

Eine weitere Passage, die der Überprüfung bedarf, ist die Darstellung zu § 535 Abs. 1 S. 2 BGB in Band II, Rn. 59 ff. Dabei wird schon am Anfang der Darstellung schlicht falsch behauptet (Band II, Rn. 60), dass die Parteien einen Leasingvertrag geschlossen hätten, wenn im Mietvertrag die Pflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB pauschal ausgeschlossen und dem Mieter stattdessen Gewährleistungsansprüche gegen Dritte abgetreten werden. Daran ist sicher richtig, dass dies eine durchaus leasingtypische Gestaltung ist. Dass aber ein Mietvertrag deswegen zum Leasingvertrag wird, weil diese Gestaltung gewählt wird, ist nicht richtig. Auch im Weiteren ist die Darstellung kritisch zu würdigen: § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Vermieter die Mietsache nicht nur in einem vertragsgemäßen Zustand zu übergeben, sondern sie auch über das Mietverhältnis zu erhalten hat. Bekanntlich wird durch sog. Schönheitsreparaturklauseln in Mietverträgen häufig diese Pflicht teilweise auf den Mieter abgewälzt, was dann nicht „ungefährlich“ für den Vermieter ist, wenn er es in AGB tut. Denn hier hat die Rechtsprechung des BGH sowohl für die Wohnraum⁷ wie für die Gewerberaumverhältnisse⁸ seit einigen Jahren Grenzen eingezogen, an denen etliche Klauseln scheitern. Das ist kein mietrechtliches Nebenthema ohne Prüfungsrelevanz!⁹ Das, was der *Autor* dazu in Band II, Rn. 62 f. ausführt, ist nicht geeignet, auch nur einen etwas genaueren Überblick über die Problematik zu erlangen. Hier sollte entweder die Darstellung konkretisiert¹⁰ oder aber zumindest in weiterführende Spezialliteratur verwiesen werden, wenn aus Raumgründen zu diesem Thema eine auch nur etwas vertiefte Darstellung nicht erfolgen kann.

Das Resümee ist ein wenig zwiespältig: Einerseits ist das didaktische Bemühen von Verlag und *Verf.* zu loben, die hoch examensrelevanten Teile des BGB verständlich und übersichtlich-anschaulich zu erklären. Andererseits erscheint die Darstellung doch an etlichen Stellen oberflächlich und unscharf, so dass man die Bände nicht einschränkungslos empfehlen können. Anfänger sollten ohnedies eher die vorlesungsbegleitende Arbeit mit einem Lehrbuch wählen. Wer freilich mit einem kritischen Blick zur Wiederholung auf die Bände zurückgreift, findet über weite Strecken eine durchaus anregende und informative Stoffvermittlung vor.

RA Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier/Koblenz

⁴ BGH NJW 2007, 2621 (2622), m. Anm. Lorenz; ebenso *Bamberger/Roth/Faust*, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 476 Rn. 4, der nur etwas anders formuliert: für den Begriff des Sachmangels sei auf § 434 BGB zurückzugreifen, nur dass das Merkmal des Vorliegens bei Gefahrübergang außer Betracht bleibe.

⁵ S. die vorangehende Fn. und die in dieser Entscheidung genannten weiteren Fundstellen.

⁶ *Bamberger/Roth/Faust* (Fn. 4), Rn. 13.

⁷ Seit BGH NZM 2004, 653 (starrer Fristenplan in der Wohnraummiete).

⁸ Seit BGH NZM 2008, 890 (starrer Fristenplan in der Gewerberaumvermietung).

⁹ Siehe schon die beispielhaft in Fn. 3 genannte Klausur von *Schrader*.

¹⁰ Z.T. ist wohl auch zu korrigieren: Das „Abschleifen und Versiegeln von Parkettfußböden“ wird nicht als Schönheitsreparatur aufgefasst, wobei üblicherweise zur Definition auf § 28 Abs. 4 S. 5 der II. BerechnungsVO zurückgegriffen wird, s. BGH NZM 2010, 157 m.w.N. auch aus der Literatur. Der Text zur Schönheitsreparatur bei Gewerberaumverhältnissen (Rn. 63 a.E.) ist insgesamt nicht hilfreich.

B u c h r e z e n s i o n

Jan Freigang/Patrick Ostendorf/Jörn Reinhard, Der Aktenvortrag: Europarecht, 2. Aufl., Lexxion Verlag, Berlin 2010, 128 S., € 26,80

Dass das Europarecht heute zum Basiswissen eines jeden Juristen gehören muss, ist mittlerweile eine Selbstverständlichkeit. Für viele Studenten und Rechtsreferendare ist das Europarecht aber nicht nur lästiger Pflichtstoff, sondern Gegenstand ihres besonderen Interesses. Sie werden im Studium sowie später im Referendariat einen Schwerpunkt wählen, der je nach Universität und Bundesland entweder vollständig auf das Europarecht konzentriert ist oder das Europarecht jedenfalls mit umfasst. Im Referendariat geht mit dieser Wahl regelmäßig die Folge einher, in der mündlichen Prüfung einen Aktenvortrag im Europarecht halten zu müssen. An diese Referendare wendet sich das vorzustellende Buch.

Es enthält nach einleitenden Hinweisen zum Aufbau eines Aktenvortrags im Europarecht acht Fälle, die auf der Grundlage von Originalentscheidungen des EuGH ausgewählt wurden und nach Überzeugung der Autoren durch ausführliche Lösungsskizzen erläutert werden. In der 2. Aufl. sind sechs jüngere und insofern aktuelle sowie zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2000 zur Grundlage der Fälle gewählt worden, was der Praxis der Justizprüfungsämter entspricht. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass gerne auch solche Fälle als Grundlage für einen Aktenvortrag (wie auch für Klausuren) ausgewählt werden, zu denen zwar schon die Stellungnahme des Generalanwalts, nicht jedoch bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.

Die einleitenden Hinweise zum Aufbau eines Aktenvortrags im Europarecht fassen die formalen Anforderungen an einen Aktenvortrag bündig zusammen und enthalten gute Formulierungsvorschläge. Darüber hinaus wird den unterschiedlichen Konstellationen im Europarecht dadurch Rechnung getragen, dass die Anforderungen jeweils aus der Perspektive eines Organs der EU, eines nationalen Gerichts sowie eines Rechtsanwalts näher beleuchtet werden.

Die anschließenden acht Fälle decken die wichtigsten Themenbereiche ab, die in der juristischen Ausbildung wie auch in der juristischen Praxis von besonderer Bedeutung sind. Im Einzelnen basiert Fall 1 auf der Entscheidung des EuGH vom 30.4.2009¹ und betrifft – eingekleidet in ein Vorbereitungsverfahren – die Warenverkehrsfreiheit. Fall 2 beruht auf einem älteren Urteil des EuGH² und hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Gegenstand. Im Fall 3 wird sodann anhand eines jüngeren Urteils des EuGH aus dem Jahre 2009³ die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit thematisiert, während sich Fall 4 wieder an einer älteren

Entscheidung des EuGH⁴ orientiert und grundlegende Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung und Auslegung von Richtlinien betrifft. Mit dem Verbot der altersbezogenen Diskriminierung greift Fall 5, eingebettet in ein arbeitsgerichtliches Verfahren, dann ganz aktuell eine Entscheidung aus dem Jahre 2010 auf,⁵ und auch im Fall 6 wird eine jüngste EuGH-Entscheidung thematisiert, die das Staatshaftungsrecht betrifft.⁶ Mit einem Fall zum Beihilfenrecht⁷ und einem Fall zur Unionsbürgerschaft⁸ werden die wichtigsten Sachbereiche des Europarechts abgerundet.

Die einzelnen Lösungsvorschläge orientieren sich streng an den formalen Anforderungen an einen Aktenvortrag und gliedern sich dementsprechend in einen Einleitungssatz, einen Sachbericht, einen Kurzvorschlag sowie in rechtliche Erwägungen, die sämtlich präzise und vorbildlich ausformuliert werden. Diese Lösungshinweise sind bewusst auf die zehn Minuten abgestimmt, die für einen Aktenvortrag regelmäßig zur Verfügung stehen. Dies ist zum einen besonders lobenswert, beschränkt den Nutzen des Lehrbuchs aber zum anderen auch darauf, Aktenvorträge zu üben. Als einführendes oder ergänzendes Buch zum Europarecht kann es nicht empfohlen werden, verfolgt diesen Anspruch aber ja auch nicht. Gleichwohl hätten die Anmerkungen zu den Lösungsvorschlägen durchaus etwas ausführlicher ausfallen können, beschränken sie sich doch weitgehend auf die Nennung des Urteils, auf dem der jeweilige Aktenvortrag beruht. Weiterführende Literaturangaben finden sich nicht zu jedem Fall und sind jedenfalls auch nicht umfassend. Zumindest die bereits publizierten Besprechungen der Entscheidungen in den bekannten juristischen Fachzeitschriften hätten durchaus noch angegeben werden können.

Das Buch eignet sich hervorragend für alle Referendare, die in ihrer mündlichen Prüfung einen Aktenvortrag im Europarecht halten müssen. Es setzt, wie man es am Ende der juristischen Ausbildung in diesem Schwerpunkt erwarten darf, materielle Kenntnisse im Bereich des Europarechts voraus und konzentriert sich auf die wesentlichen Aspekte, die bei einem Aktenvortrag im Vordergrund stehen. Angesichts der wenigen Möglichkeiten, einen Aktenvortrag im Europarecht vor der mündlichen Prüfung zu halten, ist das Buch somit eine nahezu unverzichtbare Ergänzung zur Referendarausbildung. Jedem Referendar mit dem Schwerpunkt Europarecht sei dringlichst empfohlen, jeden einzelnen der acht Fälle zu nutzen, um einen Aktenvortrag im Europarecht zu üben.

Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg

¹ EuGH, Urt. v. 30.3.2009 – C-531/07 = Slg. 2009, I-03717 – Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft.

² EuGH, Urt. v. 10.2.2000 – Rs. C-340/97 = Slg. 2000, I-00957 – Nazli.

³ EuGH, Urt. v. 19.5.2009 – verb. Rs. C-171/07, C-172/07 = Slg. 2009, I-04171 ff. – Apothekerkammer des Saarlandes.

⁴ EuGH, Urt. v. 26.9.2000 – Rs. C-443/98 = Slg. 2000, I-07535 – Unilever.

⁵ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07 = DVBl. 2010, 305 (n.n. in amtl. Slg.) – Küçükdeveci.

⁶ EuGH, Urt. v. 24.03.2009 – Rs. C-445/06 = Slg. 2000, I-02119 – Danske Slagterier.

⁷ VGH Mannheim, Urt. v. 8.5.2008 – Az. 2 S 2163/06 = DÖV 2008, 829.

⁸ EuGH, Urt. v. 18.11.2008 – Rs. C-158/07 = Slg. 2008, I-08507 – Förster.

B u c h r e z e n s i o n

Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 8. Aufl. 2009, br., 536 S., € 29,-

Als eines der wenigen Lehrbücher zum allgemeinen Verwaltungsrecht widmet sich das Werk von Bull/Mehde zusätzlich der Verwaltungslehre und integriert damit die zum Teil vernachlässigte anwendungsorientierte Verwaltungswissenschaft in den Pflichtfachstoff der Studierenden. Dieser Ansatz ist – vor allem aus der Perspektive eines verwaltungswissenschaftlichen Instituts – aus mehreren Gründen nachdrücklich zu begrüßen. Die Darstellung der „Theorie und Empirie der Verwaltung“ (so der Titel des 2. Kapitels) erleichtert Studierenden zunächst den Zugang zum allgemeinen Verwaltungsrecht, das nur schwer greifbar ist, indem es die Bedeutung der Verwaltung im Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten und für nahezu alle Lebensbereiche der Bürger veranschaulicht. Die komprimierte Darstellung von Bull/Mehde ist für Studierende gut lesbar und macht daher die Lektüre umfassender Werke zur Verwaltungswissenschaft¹ entbehrlich. Insoweit wäre es aber sachgerecht, diese Werke gebündelt als Anregung zur vertiefenden Auseinandersetzung mit den Verwaltungswissenschaften darzustellen und nicht lediglich in den Fußnoten auf diese zu verweisen.

Hinzu kommt die zunehmende Bedeutung verwaltungswissenschaftlicher, aber auch interdisziplinärer Qualifikationen für Führungspositionen in der öffentlichen Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung sieht sich mehr und mehr Veränderungsprozessen bezogen auf Verfahren und Organisation als Grunddeterminanten staatlichen Handelns, bspw. im Kontext des Einsatzes von Informations- und Kommunikationstechnologien, ausgesetzt. Diese erfordern neben klassisch juristischen Kenntnissen auch betriebswirtschaftliches und technisches Grundverständnis. Das Fehlen dieser Qualifikationen verschließt interessierten Juristen einerseits den Zugang zur öffentlichen Verwaltung; andererseits führt dies wiederum zu einer zunehmenden Dominanz externer Beratung, vor allem bei innovativen Projekten der öffentlichen Verwaltung. Eine Bilanz der Rolle der Wissenschaft, auch und gerade in ihrer Funktion, geeigneten Nachwuchs für die öffentliche Verwaltung auszubilden, muss daher im Kontext von Reform- und Modernisierungsmaßnahmen enttäuschend ausfallen; dies gilt für die Rechts-, Politik-, Wirtschafts- und Verwaltungswissenschaften gleichermaßen. Bull/Mehde unternehmen daher zu Recht einen Versuch, die verengte Problembehandlung in den Rechtswissenschaften, die Juristen heute bei Reformvorhaben regelmäßig vorschnell in die Rolle von Bremsern bringt, zu durchbrechen und praxisbezogene Überlegungen bereits in das Studium der Grundlagen des Verwaltungsrechts zu integrieren. Juristen sind oftmals nicht in der Lage oder nicht willens, die Rolle des (staatlichen)

¹ Vor allem Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000; König, Moderne öffentliche Verwaltung, 2008; zum Einstieg sei Studierenden Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2008, empfohlen.

Innovationsmanagers zu übernehmen, so dass diese meist wirtschaftswissenschaftlich ausgebildeten Beratern zufällt, denen es zum Teil aber wiederum am Grundverständnis der öffentlichen Verwaltung und vor allem der rechtlichen Grundlagen fehlt. Die Wiederbelebung der Verwaltungs- und Staatswissenschaften bereits im Grundstudium bzw. bei der Ausgestaltung verwaltungswissenschaftlicher Schwerpunktbereiche weist zwar in die richtige Richtung, stellt aber noch längst nicht die *communis opinio* dar, wie die Auflösung zahlreicher verwaltungswissenschaftlicher oder auf Public Management ausgerichteter Lehrstühle und Institute zeigt.²

Angesichts der Veränderungsdynamik der öffentlichen Verwaltung ist es daher sachgerecht, dass Bull/Mehde diese Aspekte ebenfalls aufgreifen. Allerdings werden die „neuen Herausforderungen“ und „neuen Tendenzen“ im Verwaltungsrecht (§ 28) nur referiert – Lösungen und (sachgerechte bzw. erforderliche) Reaktionen des Rechts- und Verwaltungssystems im Sinne einer „Innovation im Staat“ lediglich angedeutet.³ Auffällig ist auch die Fokussierung auf das sog. „Neue Steuerungsmodell“. Andere, nicht minder wichtige Entwicklungen in der öffentlichen Verwaltung, die ebenfalls Rückwirkungen auf das allgemeine Verwaltungsrecht haben und Bestandteil der „Neuen Verwaltungswissenschaften“⁴ sind, werden nur gestreift. Dies gilt neben dem Phänomen „E-Government“⁵ vor allem für die zunehmende Europäisierung des Verwaltungsrechts, bspw. im Zuge der Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie⁶, den Gedanken der Shared-Services-Center, One-Stop-Government-Konzepte und den Übergang zu einer zunehmend (auch verbandsebenenübergreifend) vernetzten Verwaltung.⁷ Kritisch anzumerken ist zudem, dass das Verwaltungsorganisationsrecht – zuletzt durch die Entscheidung des BVerfG zur Zusammenarbeit von Bund und Kreisen in Form der Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II in den Mittelpunkt des Interesses gerückt⁸ –, wie im Übrigen in nahezu allen vergleichbaren Werken, nicht den Raum einnimmt, der ihm eigentlich gebührt. Die Darstel-

² Schliesky, VerwArch 2008, 313 ff.

³ Zur Notwendigkeit der Veränderung Hill/Schliesky (Hrsg.), Herausforderung e-Government, 2009.

⁴ Grundlegend Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 1.

⁵ So die zutreffende Umschreibung von Eifert, Electronic Government, 2006, S. 19 f.

⁶ RL 2006/123/EG v. 12.12.2006, AB L 376 v. 27.12.2006, 36; dazu Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008; Schliesky (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung, Teil I: Grundlagen, 2008; Teil II: Verfahren, Prozesse, IT-Umsetzung, 2009; Teil III: Wissen, Information, Verantwortung, 2010.

⁷ Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Weiterentwicklung des Netzwerkgedankens am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie findet sich bei Schliesky (Fn. 6), Teil II, S. 91 ff.; allgemein zum Netzwerkgedanken Jansen, Einführung in die Netzwerkanalyse, 3. Aufl. 2006.

⁸ BVerfGE 119, 331 ff.

lung der Organisationstheorie und des Organisationsrechts (§ 10) blendet bspw. die Abgrenzung zwischen und Charakteristika der Anstalten, Körperschaften und Stiftungen sowie anderer Formen (auch kooperativer) Aufgabenerledigung aus. Dies ist umso misslicher, als gerade in diesem Bereich in der Zukunft Fortentwicklungsbedarf besteht und Verwaltungslehre und -wissenschaften hier eine konstruktiv begleitende Rolle einnehmen müssen, zu der Studierende angeleitet werden sollten. Auch die ausschließliche Zuordnung des Organisationsrechts zur Theorie und Empirie der Verwaltung, also den verwaltungswissenschaftlichen Ausführungen vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr wäre in diesem Bereich eine Darstellung der vorgefundenen Strukturen zu verorten gewesen, während vergleichbar den Ausführungen zum Verfahrensrecht (§ 17) an anderer Stelle eine Darstellung des Organisationsrechts angebracht gewesen wäre.

Bull/Mehde geben im 1. Kapitel zunächst einen guten Überblick über den Gegenstand des allgemeinen Verwaltungsrechts. Dabei vermitteln bereits die einleitenden Ausführungen zu Begriff, Funktion und Typisierung der Verwaltung (§ 1) und zum Aufbau der deutschen und europäischen Verwaltung (§ 3) auch einen Einblick in die Verwaltungspraxis der Bundesrepublik und weisen somit Bezüge zum zweiten – verwaltungswissenschaftlichen – Kapitel auf. Die Einordnung des Verwaltungsrechts in das System des geltenden Rechts (§ 2), vor allem zu den anderen Teilrechtsordnungen, wird angesichts der zunehmenden Überschneidungen, bspw. auch im Kontext der Privatisierungsdebatten, aber auch des Einflusses des europäischen Rechts, zukünftig an Relevanz gewinnen. Die Rückführung des Verwaltungshandelns auf verfassungsrechtliche Postulate (§§ 4 und 5), insbesondere die ausführliche Darstellung des Vorbehalts des Gesetzes (S. 159 ff.), besitzt nicht nur enorme Prüfungsrelevanz, da Klausursachverhalte aus dem Verwaltungsrecht in der Regel mit verfassungsrechtlichen Bezügen „angereichert“ werden, sondern erleichtert auch die Einordnung des Verwaltungsrechts in das Gesamtsystem des öffentlichen Rechts. Die Berücksichtigung in einem Lehrbuch für allgemeines Verwaltungsrecht dient daher auch dem Ziel, vernetztes Lernen zu fördern und Querbezüge aufzuzeigen. Nachfolgend widmen sich *Bull/Mehde* weiteren Bindungen der Verwaltung (§ 6), vor allem der Bindung an Recht und Gesetz aus Art. 20 Abs. 3 GG, die nicht minder wichtig sind. Zudem sind die Ausführungen zu den Verwaltungsvorschriften (S. 226 ff.) zum Verständnis der Verwaltung für Studierende – denen ein praktischer Einblick oftmals noch fehlt – von besonderem Wert. Ein Überblick über die Handlungsformen der Verwaltung (§ 7), die im vierten Kapitel näher betrachtet werden, sowie zum Verwaltungsrechtsverhältnis (§ 8) rundet das erste Kapitel ab.

Das zweite Kapitel widmet sich – wie bereits angedeutet – der Einführung in die Verwaltungslehre und deckt mit den Unterabschnitten Aufgaben (§ 9), Organisation (§ 10), Personal (§ 11), Finanzen und Haushalt (§ 12) sowie zur Entscheidungslehre (§ 13) alle maßgeblichen Themen ab. Besondere Aufmerksamkeit verdienen dabei die Ausführungen zum Aufgabenbegriff (S. 147 ff.). Nicht nur Lehrbücher, sondern

auch zahlreiche umfangreichere Werke zum Verwaltungsrecht verzichten auf eine solche Begriffsbestimmung – und dies obwohl der Begriff der „Staatsaufgabe“ oder „Verwaltungsaufgabe“ in zahlreichen Kontexten verwendet wird, ihm zum Teil aber auch rechtliche Bedeutung, bspw. im Kontext der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzipien oder des Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, zukommt. Die begrifflich-dogmatische Klarstellung, die auch auf die Vorbefassung von Bull mit dieser Thematik rückführbar ist,⁹ kann nur begrüßt werden, zumal sie gerade auch verwaltungswissenschaftlichen Debatten – erinnert sei nur an die „Aufgabenkritik“ – neue Impulse geben kann.

Das 3. Kapitel zur Dogmatik des Verwaltungsrechts beginnt mit einem geschichtlichen Abriss (§ 14) und Ausführungen zur Methodik der Rechtsanwendung (§ 15). Die nachfolgende Darstellung der unbestimmten Rechtsbegriffe und des Verwaltungsermessens (§ 16) überzeugt durchweg und gibt den Studierenden klare Leitlinien zum Umgang mit beiden Instituten in der Klausurlösung. Die ausführliche Behandlung des Verwaltungsverfahrensrechts (§ 17) wird seiner Bedeutung für die Verwaltungspraxis gerecht und orientiert sich zu Recht an den Vorgaben des VwVfG. Allerdings waren bereits im Zeitpunkt des Erscheinens des Lehrbuchs Veränderungen im VwVfG (in Form des 4. VwVfÄndG¹⁰) absehbar, die zumindest als Hinweis hätten aufgenommen werden müssen. Es steht nämlich zu erwarten, dass die neu in das Verfahrensrecht integrierten Vorschriften Gegenstand verwaltungsrechtlicher Klausuren werden, so dass diese den Studierenden geläufig sein müssen. Dies gilt möglicherweise weniger für das neue „Verfahren über eine einheitliche Stelle“ der §§ 71a ff. VwVfG, umso mehr aber für die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG. Der Verweis des § 42a Abs. 1 S. 2 VwVfG auf die Vorschriften zur Bestandskraft von Verwaltungsakten, also auch auf die §§ 48 und 49 VwVfG zur Rücknahme und zum Widerruf, macht die Genehmigungsfiktion für Klausursteller „attraktiv“, da sich so bekannte Normen und Probleme verbunden mit einem neuen, unbekanntem Aufhänger – der fingierten Genehmigung – abprüfen lassen.

Das 4. Kapitel ist den Einzelheiten der Handlungsformen und Rechtsverhältnissen der Verwaltung gewidmet. Schwerpunkt ist die Darstellung des Verwaltungsaktes in drei Unterabschnitten, die den VA-Begriff, eine Typisierung sowie die Nebenbestimmungsproblematik (§ 18), Fragen der Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit, die Rechtsfehler von Verwaltungsakten im allgemeinen (§ 19) sowie im speziellen Rücknahme und Widerruf (§ 20) behandeln. Gerade diese Ausführungen sind für Studierende von besonderem Interesse, da die §§ 48, 49 VwVfG bzw. ihre landesrechtlichen Entsprechungen regelmäßig Gegenstand verwaltungsrechtlicher Klausuren sind.

⁹ Vor allem *Bull*, Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977; *ders.*, in: König (Hrsg.), Deutsche Verwaltung an der Wende zum 21. Jahrhundert, 2002, S. 77 ff.

¹⁰ BGBl I 2008, 2418; s. dazu *Schmitz/Prell*, NVwZ 2009, 1 ff.; *Schulz*, NdsVBl 2009, 97 ff.; *Windoffer*, DÖV 2008, 797 ff.;

Bull/Mehde stellen die relevanten Fragestellungen gut strukturiert, stringent und in der gebotenen Ausführlichkeit dar. Nachfolgend werden der öffentlich-rechtliche Vertrag (§ 21) sowie weitere verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse (§ 22) dargestellt. Dabei ist für die Ausbildung vor allem das „Subventionsverhältnis“ (S. 381 ff.), weniger das Dienstverhältnis und das öffentliche Sachenrecht, von Interesse. Schließlich wird die Verwaltungsvollstreckung, gegliedert in die Vollstreckung wegen Geldforderungen und zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen, dargestellt (§ 23).

Das 5. Kapitel behandelt Fragen des Rechtsschutzes und des Folgeausgleiches und dient insoweit auch der Darstellung der typischen „Klausuraufhänger“ für verwaltungsrechtliche Prüfungsaufgaben. Schwerpunkt ist daher sachgerecht der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz (§ 24) und hier im Besonderen die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (S. 418 ff.) sowie die Anfechtungsklage (S. 428 ff.). Anschließend wird zunächst ein Überblick über den Folgeausgleich gegeben (§ 25), um nachfolgend den Amtshaftungsanspruch detailliert (§ 26) sowie die übrigen Ansprüche im Überblick (§ 27) darzustellen.

Das 6. Kapitel widmet sich unter dem Titel „Verwaltung im Wandel“ neuen Tendenzen im Verwaltungsrecht, wobei angesichts des verwaltungswissenschaftlichen Anspruchs des Werkes eigentlich von neuen Tendenzen in der Verwaltung und deren rechtlicher Behandlung gesprochen werden sollte.

Kritisch anzumerken ist vor allem die Gliederung des Werkes von *Bull/Mehde*, die nicht in allen Einzelheiten überzeugt. So bleibt bspw. die Zuordnung der „Geschichte der Verwaltung und des Verwaltungsrechts“ (§ 14) zu der „Dogmatik des Verwaltungsrechts“ (3. Kapitel) unklar; gleiches gilt für die „Methodik der Rechtsanwendung“ (§ 15). Zudem erschließt sich bspw. die Differenzierung zwischen verfassungsrechtlichen Grundnormen der Verwaltungsrechts (§ 4) und dem Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes (§ 5) nicht, zumal diese lediglich spezielle Ausprägungen dieser Grundnormen sind. Schließlich erscheint auch die Aufteilung der Ausführungen zu den Handlungsformen der Verwaltung in einen „Überblick“ (§ 7) und die Detailausführungen (§§ 18 bis 21) nicht ganz stringent.

Alles in allem bietet das Werk von *Bull/Mehde* einen gelungenen Überblick über die Rechtsmaterie des allgemeinen Verwaltungsrechts und hebt sich von vergleichbaren Werken vor allem durch die Einbeziehung der Verwaltungslehre ab. Es handelt sich um ein Lehrbuch von ausgezeichneter Qualität mit einem konsequent didaktischen Ansatz, das daher allen Studierenden zur Erarbeitung der Grundlagen des allgemeinen Verwaltungsrechts sowie darüber hinaus Interessierten, bspw. aus dem Schwerpunktbereich „Staat und Verwaltung“, als Einstieg in verwaltungswissenschaftliche Fragestellungen zu empfehlen ist.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Sönke E. Schulz, Kiel

Tagungsbericht: Vertrauen und Kontrolle im Zivilrecht

21. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler vom 1.-4.9.2010 in Wien

Von Akad. Rat **Hans Martin Schellhase**, Augsburg

Die von der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler regelmäßig veranstaltete Tagung ist seit nunmehr 20 Jahren ein fester Bestandteil des fachlichen Austauschs. Dabei vermitteln die vielfältigen Themen und die Präsenz der Rechtskulturen Österreichs, der Schweiz und Deutschlands immer wieder Anregungen, den Blick auf das eigene Forschungsgebiet zu weiten. Das Thema „Vertrauen und Kontrolle im Zivilrecht“ – so auch der Titel des bei Boorberg erscheinenden Tagungsbands – weckte, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Auswirkungen der Finanzkrise, zahlreiche Assoziationen und eignete sich hervorragend dazu, aktuelle Probleme, aber auch Verbindungslinien bei Wertungsfragen auf unterschiedlichen Gebieten aufzuzeigen.

Beim Eröffnungsabend in der Österreichischen Akademie der Wissenschaften sprach Frau Prof. *Dr. Susanne Kalss* (Wien) zum Thema „Der Vertrauensgrundsatz im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“. Es ging dabei vor allem um das Vertrauen auf Auskünfte im Verhältnis von Gesellschaftsorganen und die Informationspflichten bei Wertpapieremissionen.

Der Folgetag begann mit zwei Vorträgen zu einem etwaigen Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen. *Dr. Stephan Balthasar* (München) beleuchtete das Thema von rechtsvergleichender Seite und nahm letztlich gegen eine Gewährung von Vertrauensschutz Stellung. *Dr. Adam Sagan* (Köln) machte deutlich, wie seiner Meinung nach die gemeinschaftsrechtliche Sphäre auf den Vertrauensschutz einwirkt. Mit Beispielen aus der EuGH-Rechtsprechung erläuterte er die Grenzen rückwirkender Rechtsprechungsänderungen, die sich teils aus nationalem Verfassungsrecht, teils aus gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen ergäben.

Im Anschluss daran sprach *Dr. Stephan Madaus* (Rosstock) über die Einführung einer europäischen Gruppenklage, die von der Kommission als neues Instrument zur besseren Kontrolle unternehmerischen Handelns im Wettbewerbs- und Verbraucherrecht in Betracht gezogen wird. Kernfrage war, die richtige Balance zwischen wirtschaftlichen Prozessanreizen und Vorbeugung gegen missbräuchliche Klagen herzustellen. Das darauffolgende Referat von *Dr. Jan Lieder* (Jena) über „Abstraktes Vertrauen und potentielle Kausalität“ formulierte ein gemeinsames Erklärungsmodell für die konkreten Eingrenzungskriterien der Vertrauensstatbestände in Handelsregister, Grundbuch, Erbschein und Gesellschafterliste.

Zu Beginn des zweiten Tages untersuchte *Dr. Florian Eichel* (Passau) Grundlagen und Umfang einer materiellen Kognitionsbefugnis des Gerichts bei Feststellung eines Prozessvergleichs. Er leitete aus § 278 Abs. 6 S. 5 ZPO eine gerichtliche Kontrollbefugnis bei offensichtlichen, schweren ordre-public-Verstößen durch die Vergleichsvereinbarungen ab. Die folgende Referentin, *Dr. Brigitte Schneider* (Trier), befasste sich mit der Frage, ob die durch Art. 6 der Durchsetzungs-RL gebotene Offenlegung von Beweismitteln in Streitigkeiten über Rechte des „geistigen Eigentums“ im Interesse des Geheimnisschutzes durch ein in-camera-Verfahren zu

ergänzen sei und bejahte dies. Die arbeitsrechtlichen Grenzen bei der Ermittlung von Compliance-Verstößen waren dann das Thema von *Dr. Lena Rudkowski* (Berlin), die die aktuelle Diskussion um den Arbeitnehmerdatenschutz mit der Frage nach einer sinnvollen gesetzlichen Ausgestaltung der vertraglichen Ermittlungsbefugnisse verband. Ebenfalls arbeitsrechtlich geprägt war das Referat von *Christian Picker* (Freiburg), der über eine auf Vertrauensstatbestände gegründete Erfüllungshaftung im Fall der betrieblichen Übung sprach. Der Referent lehnte den verbreiteten vertrauensrechtlichen Erklärungsversuch ab und deutete die betriebliche Übung etwa im Fall von Gratifikationen als bedingte Entgeltzusage.

Ein Vortrag von *Dr. Andreas Geroldinger* (Linz) zum Irrtum des Kommittenten machte das Problem der Willensmängel in Dreiecksverhältnissen deutlich. Mit Blick auf andere Fälle der Mitwirkung mehrerer bei der Willensbildung sei auch bei der mittelbaren Stellvertretung teilweise ein Durchschlagen des Willensmangels auf das Ausführungsgeschäft anzunehmen. *Marianne Micha* (Mannheim) sprach darauf zur AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Sie befürwortete in Korrektur der derzeitigen BGH-Rechtsprechung eine Beschränkung des Kontrollumfangs, die vorwiegend bei einem weiteren Begriff des Aushandelns gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ansetzen müsse. Über Informationspflichten in Vertragsnetzwerken referierte *Moritz Hennemann* (Freiburg). Er stellte die besondere Bedeutung des Informationsaustauschs in derartigen Verhältnissen heraus und formulierte Voraussetzungen für das Entstehen von Informationsansprüchen. Das Referat von *Dr. Sebastian Omlor* (Saarbrücken) widmete sich der Europäischen Privatgesellschaft als neuer Gesellschaftsform und untersuchte dabei das problematische Zusammenspiel der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen mit dem gemeinschaftsrechtlichen Regelbestand im Hinblick auf die Gewährleistung von Verkehrsschutz.

Am Schlusstag standen noch die Vorträge von *Dr. Stefanie Sendmeyer* (Münster), *Dr. Thomas Jaeger* (München) und *Dr. Andreas Dieckmann* (Hannover) auf dem Programm. *Sendmeyer* untersuchte die methodischen Unterschiede zwischen Internationalem Privatrecht und Internationalem Zivilverfahrensrecht im Verhältnis zu dem in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung formulierten Anerkennungsgrundsatz bezüglich fremder Rechtslagen, dessen generelle Ausdehnung auf das IPR sie ablehnte. *Jaeger* stellte anhand des geplanten Europäischen Übereinkommens über Patentstreitigkeiten Überlegungen zu Vertrauen und Akzeptanz des neuen Spruchkörpersystems an. *Dieckmann* sprach über die Rolle von Rating- und Zertifizierungsagenturen bei der Schaffung von Marktvertrauen im Wege der Selbstregulierung.

Die 22. Tagung wird unter dem Generalthema „Realitäten des Zivilrechts – Grenzen des Zivilrechts“ vom 7.-10.9.2011 in Augsburg stattfinden.