

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

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

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

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

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

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Dominik Stolz

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Die Freiheit, Wissen zu schaffen zur Minderung der Last des Nichtwissens auf dem Gebiet der Gentechnik

Von Dr. Christian Bickenbach, Mainz

1

Strafrecht

Europäisierung des Umweltstrafrechts

Von RiLG Dr. Svenja Ruhs, Limburg an der Lahn/
Karlsruhe

13

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Tücken des Prozessvergleichs

Von Dr. Oliver Kontusch, Heilbronn

21

Öffentliches Recht

Aus dem Leben eines Verwaltungsakts

Von Wiss. Mitarbeiterin Dörte Herrmann, LL.M., Kiel

25

Strafrecht

Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung

Von Rechtsanwalt Timo Schmucker, LL.M., Heidelberg

30

Die Staatsanwaltschaft und der Gang an die Öffentlichkeit

Von Wiss. Mitarbeiter Andreas Raschke, LL.M. oec.,
Halle (Saale)

38

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungsfall: Der arglistige Anlagevermittler
Von Wiss. Mitarbeiterin Doris Forster, Konstanz 50

Übungsfall: Verfolgungsfahrt im Dienstwagen
Von Dr. Robert Horn, Frankfurt a.M. 55

Öffentliches Recht

Übungsklausur: Europa ohne Grenzen
Von Prof. Dr. Josef Ruthig, Mainz 63

Übungsklausur: Tagesmutter trotz Scientology-Mitgliedschaft?
Von Wiss. Mitarbeiterin Marion Wenzel, Wiss. Mitarbeiter Philipp Meinert, Jena 72

Strafrecht

Übungsfall: Politisches Lehrstück
Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Köln 81

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09
(Darlegungs- und Beweislast für das arglistige Verschweigen eines Mangels)
(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 86

Strafrecht

BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09
(Zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue)
(Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig) 88

BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 423/10
(Rücktritt vom beendeten Versuch eines Totschlags bei Erreichung eines außertatbestandmäßigen Handlungsziels)
(Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg) 93

BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09
(Beweisverwertungsverbote und Fernwirkung)
(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 98

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Irmgard Gleußner, Zivilprozessrecht, 2010
(RiLG Dr. Holger Jäckel, Nürnberg) 102

Dorothea Assmann, Fälle zum Zivilprozessrecht, – Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung, 2009
(RiLG Kim Matthias Jost, Potsdam) 104

Die Freiheit, Wissen zu schaffen zur Minderung der Last des Nichtwissens auf dem Gebiet der Gentechnik

Von Dr. Christian Bickenbach, Mainz

Die Gentechnik gehört zu den umstrittensten Technologien unserer Zeit. Sie weckt Erwartungen und schürt Ängste. Das gilt auch für die so genannte grüne Gentechnik, die auf die planmäßige Veränderung des Erbguts von pflanzlichen Organismen zielt. Die Befürworter sehen darin die Chance, Kulturpflanzen zu erzeugen, die größere Erträge abwerfen und widerstandsfähiger sind gegen klimatische Veränderungen oder tierische Schädlinge und so helfen, der weltweiten Nahrungs- und Bodenverknappung entgegenzuwirken. Die Gegner befürchten nicht wieder gutzumachende Eingriffe in die Umwelt, die unabsehbare Risiken für Pflanzen, Tiere und Menschen nach sich ziehen und daher möglichst unterbleiben sollten. Der deutsche Gesetzgeber hat versucht, dieses Spannungsverhältnis im Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz – GenTG) zu normieren und auszugleichen. Im Rahmen einer umfassenden Novelle des GenTG im Jahre 2004/2005 wurden u.a. die Bedingungen für das Freisetzen von gentechnisch veränderten Organismen deutlich verschärft.¹ Einen hiergegen gerichteten Normenkontrollantrag der Landesregierung des Landes Sachsen-Anhalt hat das BVerfG zurückgewiesen. Der Beitrag beschäftigt sich kritisch mit der Entscheidung, weil sie massive Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit und andere Grundrechte für verfassungsgemäß hält und symptomatisch ist für die Tendenz des Gerichts, risikobehaftete Verhaltensweisen als unerwünscht und aus diesem Grund weniger schutzwürdig anzusehen.

I. Einleitung

1. Das menschliche Streben nach Wissen

„Daß ich nicht mehr mit saurem Schweiß / Zu sagen brauche, was ich nicht weiß, / Daß ich erkenne, was die Welt / Im Innersten zusammenhält.“² Kaum ein literarisches Zitat sagt mehr über das Streben nach Wissen als der Auftaktmonolog im Faust. Die Suche nach Erkenntnis und Wahrheit, das Verlangen nach Antworten auf letzte Fragen beherrscht das menschliche Dasein seit jeher. Zugleich fällt aber ein Schlaglicht auf die Problematik des Wissensdurstes, auf die Gier nach Wissen. Wie weit ist der Mensch bereit zu gehen? Welche Grenzen sind ihm gesetzt oder setzt er sich selbst?

Die Geschichte der Wissenschaft ist eine Geschichte der Grenzen und ihrer Überschreitung.³ Waren es zunächst vor allem religiös motivierte Denkverbote zum Weltbild und zur Herkunft des Menschen, die in der westlichen Welt im Zuge des Humanismus und der Aufklärung größtenteils überwun-

den wurden,⁴ stehen heute ethische Fragen und Sorgen vor den Folgen neuer Techniken wie z.B. der Nanotechnologie oder der Gentechnik im Blickpunkt. Gefahren und Risiken stehen Chancen und Notwendigkeiten gegenüber. Der erforderliche Ausgleich gehört zu den ständigen Aufgaben von Staat und Gesellschaft. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe erfordert Wissen. Der moderne Staat ist daher ein Wissensstaat, die moderne Gesellschaft eine Wissensgesellschaft. In neuzeitlich rational geordneten Gemeinwesen müssen Wissen und Vernunft das Handeln bestimmen, sonst beherrschen falsche Propheten und Demagogen das Feld.⁵

Der technische Fortschritt, insbesondere die Computertechnologie, ermöglicht dem Menschen immer tiefere Einblicke in das Universum sowie in die Bausteine und die Entstehung des Lebens. Hier setzt die Gentechnik an. Die Entschlüsselung von Erbgut erlaubt heute seine Veränderung. Wissenschaftler und Unternehmen können zu Architekten und Baumeistern von Leben werden. Hierin liegt zum guten Teil die Ursache für die Ängste und die teilweise schroffe Ablehnung. Es steht die Frage im Raum, ob die Gentechnik „Ein Teil von jener Kraft, / Die stets das Böse will und stets das Gute schafft“⁶ ist. Die Ambivalenz und Widersprüchlichkeit dieses ebenso berühmten Zitats stehen stellvertretend für die rechtlichen Probleme, die die Gentechnik aufwirft. Wie soll die Rechtsordnung mit einer Technologie umgehen, deren Auswirkungen auf die Umwelt insgesamt kaum bekannt sind, weil Mutmaßungen, Verheißungen und Vorurteile an der Stelle von Wissen stehen? Wenn die gebotene Rationalität staatlichen und gesellschaftlichen Handelns auf Wissen gründet, muss die Rechtsordnung hier sowohl ihrer Ordnungs- als auch ihrer Bereitstellungsfunktion nachkommen. Wissen will gewonnen, geordnet, angewandt und weitergegeben werden.

2. Gang der Untersuchung

Der Beitrag beschäftigt sich hauptsächlich mit den Fragen, die das Urteil hinsichtlich der Wissenschaftsfreiheit aufwirft, weil die Ausführungen des BVerfG hier zu Kritik Anlass geben. Die kommerzielle Nutzung der grünen Gentechnik spielt in Deutschland keine große Rolle. Der Deutsche Bauernverband rät vom Anbau gentechnisch veränderter Pflanzen ab.⁷ Zum besseren Verständnis des Gentechnikrechts wird eingangs der Inhalt der im Verfahren umstrittenen Regelungen vorgestellt. Auch erfolgt eine überblicksartige Darstellung der Urteilsbegründung, weil anderenfalls Analyse und

¹ Zum Gentechnikrecht als staatliches und europäisches Risikorecht Calliess/Korte, DÖV 2006, 10.

² Johann Wolfgang von Goethe, Faust, Der Tragödie erster Teil, Nacht, Vers 380-384.

³ Zur Geschichte der Wissenschaftsfreiheit Zwirner, AöR 98 (1973), 313 (314 ff.).

⁴ Zum Verhältnis von Säkularität und Wissenschaftlichkeit Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 15.

⁵ Fassbender (Fn. 4), Rn. 4 f.

⁶ Johann Wolfgang von Goethe, Faust, Der Tragödie erster Teil, Studierzimmer, Vers 1335-1336.

⁷ Sonnleitner, „Wir raten den Bauern von der Gentechnik ab“, FAZ v. 28.11.2010, S. 42.

Kritik schwerer verständlich wären. Die Bedeutung des Urteils für die Wissenschaftsfreiheit kann man nur ermes- sen, wenn der Zusammenhang von Freiheit, Nichtwissen und Rechtfertigungslast samt seinem verfassungsrechtlichen Fundament in den Blick gerät. Aussagen des BVerfG zum Schutzbereich und zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit bilden den Hauptteil der Analyse und Kritik.

II. Inhalt des Urteils

1. Verfahrensgegenstand

a) Überblick über den Inhalt des GenTG, insbesondere der §§ 16a, 16b und 36a GenTG

Das GenTG dient gemäß § 1 GenTG drei Zwecken. Es soll vor schädlichen Auswirkungen gentechnischer Verfahren und Produkte schützen und Vorsorge gegen das Entstehen solcher Gefahren treffen (Nr. 1), die Möglichkeit gewährleisten, dass Produkte konventionell, ökologisch oder unter Einsatz gentechnisch veränderter Organismen erzeugt und in den Verkehr gebracht werden können (Nr. 2) und den rechtlichen Rahmen für die Erforschung, Entwicklung, Nutzung und Förderung der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der Gentechnik schaffen (Nr. 3). Es enthält neben erschöpfenden Begriffsbestimmungen in § 3 GenTG Vorschriften zur Zulassung von gentechnischen Arbeiten in gentechnischen Anlagen, über Voraussetzungen für die Freisetzung und das Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und Produkten, die solche Organismen enthalten oder daraus bestehen. Daneben enthält das GenTG u.a. Regelungen zu einem Standortregister (§ 16a GenTG), eine umfassende Vorsorgepflicht für Produkte (§ 16b GenTG) sowie Vorschriften zur Haftung des Betreibers (§ 32 GenTG) und zu Abwehr- und Ausgleichsansprüchen Dritter für Nutzungsbeeinträchtigungen (§ 36a GenTG). Letztere sind in Zusammenhang zu sehen mit §§ 906, 1004, 823 BGB.

Das Standortregister enthält u.a. Angaben über die tatsächliche Durchführung einer genehmigten Freisetzung und den Anbau von gentechnisch veränderten Organismen. Es informiert darüber, welcher gentechnisch veränderte Organismus auf welcher Fläche von welcher Person angebaut oder freigesetzt wird.⁸ Es ist in Teilen allgemein zugänglich; so kann sich jedermann über das Grundstück der Freisetzung oder des Anbaus sowie die Flächengröße informieren (§ 16a Abs. 4 S. 1 Nr. 3 GenTG). Daneben erteilt die zuständige Behörde gemäß § 16a Abs. 5 GenTG auch Auskunft über personenbezogene Daten, soweit der Antragsteller ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Auskunft hat.

Gemäß § 16b Abs. 1 GenTG trifft denjenigen, der zum Inverkehrbringen zugelassene Produkte, die gentechnisch veränderte Organismen enthalten oder daraus bestehen, an- baut, weiterverarbeitet oder gewerbsmäßig in den Verkehr

bringt, eine weitreichende Vorsorgepflicht in Bezug auf die durch § 1 Nr. 1 und Nr. 2 GenTG geschützten Rechtsgüter. Er muss Vorsorge dagegen treffen, dass es zu einer Beimi- schung oder zu sonstigen Einträgen kommt. Die Vorsorge- pflicht wird gemäß § 16b Abs. 2 durch die Einhaltung der guten fachlichen Praxis erfüllt. Hierzu zählen z.B. nach Abs. 3 Maßnahmen, die Einträge in andere Grundstücke verhindern sowie die Vermeidung von Auskreuzungen in andere Kultu- ren benachbarter Flächen und die Weiterverbreitung durch Wildpflanzen.

§ 36a Abs. 1 GenTG stellt klar, dass im Fall von Nut- zungsbeeinträchtigungen, z.B. Verkehrsverbote oder Kenn- zeichnungspflichten, durch die Übertragung von Eigenschaf- ten eines Organismus, die auf gentechnischen Arbeiten beru- hen, oder sonstige Einträge von gentechnischen Organismen eine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 906 BGB vorliegt. Die Vorschrift erleichtert so z.B. ökologisch oder konventionell anbauenden Landwirten die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB. § 36a Abs. 4 GenTG vereinfacht den Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität und sieht eine gesamtschuldnerische Haftung vor.

b) Überblick über den Vortrag der Antragstellerin

Verfahrensgegenstände waren § 36a GenTG, § 16a Abs. 1, 3- 5 GenTG,⁹ § 16b Abs. 1-4 GenTG und § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG. Die Antragstellerin rügte die Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung), Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.

Ein wesentlicher Angriffspunkt war die Modifikation des Haftungsrechts.¹⁰ Die aus § 36a GenTG resultierenden wirt- schaftlichen Risiken seien unkalkulierbar und voraussichtlich nicht versicherbar, umso mehr, als die Haftung gesamt- schuldnerisch und ohne Kausalitätsnachweis erfolge. Es handle sich um eine verdeckte und ungerechtfertigte Gefähr- dungshaftung, weil von zum Inverkehrbringen zugelassenen gentechnisch veränderten Organismen keine Gefahr ausgehe. Hierin liege ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufs- freiheit der Gentechnik verwendenden Landwirte und Saat- guthersteller, weil die Vorschrift zu einem faktischen Aus- schluss des beruflichen Einsatzes von Gentechnik führe. Sie wirke wie eine objektive Zulassungsschranke für den sich herausbildenden Berufs des „GVO-anbauenden Landwirts.“ Das in § 1 Nr. 2 GenTG genannte Ziel der Koexistenz werde daher durch § 36a GenTG verfehlt. Aus den gleichen Grün- den verletze die Vorschrift das Eigentum der Verwender von Gentechnik und den eingerichteten und ausgeübten Gewer- bebetrieb der von der Haftung betroffenen Landwirte und Saatguthersteller. Die Ungleichbehandlung verstoße zudem gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

⁸ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 160.

⁹ Das Gericht hat wegen des Regelungszusammenhangs auch § 16a Abs. 2 GenTG und § 16b Abs. 1a GenTG auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft, BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 119, 121.

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 89 ff.

Die Einwände der Antragstellerin richteten sich des Weiteren gegen das Standortregister.¹¹ § 16a GenTG verletze die Verwender von Gentechnik in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Standortregister sei weder geeignet noch erforderlich, um die Überwachung etwaiger Auswirkungen verkehrszugelassener gentechnisch veränderter Organismen auf die Umwelt, die angestrebte Transparenz und die Koexistenz der verschiedenen Anbauformen zu ermöglichen. Der teilweise öffentliche Zugang zu Daten begünstige politisch motivierte Feldzerstörungen und gefährde das Eigentum der Verwender von Gentechnik. Allein eine Geheimhaltung der genauen Standortdaten schütze die Betroffenen zuverlässig. Die Regelung genüge nicht den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten des Gesetzgebers.

Das Verfahren richtete sich auch gegen die in § 16b Abs. 1-4 GenTG geregelte Vorsorgepflicht und die gute fachliche Praxis.¹² Die Vorschriften seien mit der Berufsfreiheit aller Personen, die verkehrszugelassene gentechnisch veränderte Organismen anbauen, weiterverarbeiten oder in Verkehr brächten, unvereinbar. Es fehle an der Erforderlichkeit für den Schutz der in § 1 Nr. 1 und Nr. 2 GenTG genannten Rechtsgüter. Das in §§ 14-16 GenTG geregelte Genehmigungsverfahren für das Inverkehrbringen sei ausreichend. Vorsorgemaßnahmen bräuchten über das zur Sicherung des Koexistenzzwecks Notwendige nicht hinausgehen. Vor diesem Hintergrund sei insbesondere der viel zu unbestimmte § 16a Abs. 4 GenTG nicht nur formell, sondern auch materiell verfassungswidrig.

Schließlich waren auch die Verfassungsmäßigkeit von § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG umstritten.¹³ Die Vorschriften regeln, was im Sinne des GenTG ein gentechnisch veränderter Organismus ist, bzw. als Inverkehrbringen gilt. Je weiter die Begriffsbestimmungen gefasst sind, desto weiter ist der Anwendungsbereich des Gesetzes. Die Normen stehen daher im Zusammenhang mit den umstrittenen materiell-rechtlichen Pflichten aus dem GenTG. § 16b GenTG und § 36a GenTG knüpfen an beide Begriffe an, § 16a GenTG an das Vorhandensein eines gentechnisch veränderten Organismus. § 3 Nr. 3 GenTG stellt klar, dass auch die Ergebnisse von Auskreuzungen unter das GenTG fallen. § 3 Nr. 6 GenTG führt dazu, dass ein genehmigungspflichtiges Inverkehrbringen auch dann vorliegt, wenn (unbeabsichtigt) Erzeugnisse abgegeben oder bereitgehalten werden, die zufällig oder technisch unvermeidbar mit gentechnisch veränderten Organismen aus einer genehmigten Freisetzung vermischt worden sind. Damit ist seinerseits z.B. der Anwendungsbereich von § 36a GenTG eröffnet. Dadurch werde sowohl die Durchführung von Freisetzungsversuchen zum Zweck der Erforschung und Entwicklung transgener Pflanzen durch universitäre und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in verfassungswidriger Weise erheblich erschwert als auch die objektive Berufswahlfreiheit der beteiligten Unternehmen verletzt.

Fasst man den Vortrag der Antragstellerin zusammen, so ergeben sich im Wesentlichen zwei Argumentationslinien. Zum einen seien § 36a GenTG und § 16b GenTG zu weit gefasst, weil mit der Genehmigung zur Freisetzung oder zum Inverkehrbringen gemäß § 16 GenTG feststehe, dass von den jeweiligen gentechnisch veränderten Organismen keine Gefahr mehr für die durch § 1 Nr. 1 GenTG geschützten Rechtsgüter ausgehe. Es fehle insoweit an der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Zum anderen gewährleiste der Koexistenzbelang (§ 1 Nr. 2 GenTG) die reale Erforschung, Erzeugung und Nutzung von Produkten, die gentechnisch veränderte Organismen enthielten oder daraus bestünden. Die angegriffenen Normen würden dem nicht gerecht, weil sie einseitig die konventionelle und ökologische Landwirtschaft begünstigten, den gentechnischen Landbau aber praktisch verhinderten.

2. Die Argumentation des BVerfG

a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Aus dem Urteil geht nicht hervor, ob die Antragstellerin auch die formelle Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Vorschriften gerügt hatte. Das BVerfG hat sich dennoch veranlasst gesehen, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sowie das ordnungsgemäße Zustandekommen des Gentechnikneuordnungsgesetzes¹⁴ und des Gentechnikänderungsgesetzes¹⁵ zu prüfen.¹⁶ Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle ist die Vereinbarkeit von Normen mit dem Grundgesetz Gegenstand des Verfahrens, das Interesse der Antragstellerin oder die Reichweite des Antrags ist nicht maßgeblich.¹⁷ Inhaltlich dient es der objektiven Kontrolle. Ist das Verfahren einmal in Gang gesetzt, ist es „in seinem weiteren Verlauf der Verfügung des Antragstellers entzogen, so dass für die Gestaltung und Durchführung des Verfahrens nicht die Anträge und Anregungen des Antragstellers, sondern ausschließlich Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses maßgeblich sind.“¹⁸

In der Sache sieht das BVerfG die Gesetzgebungskompetenz beim Bund. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG (Untersuchung und künstliche Veränderung von Erbinformationen) sei aufgrund seiner Genese und seinem Sinn nach weit zu verstehen. Der Kompetenztitel decke neben der Humangentechnik auch die Gentechnik in Bezug auf Tiere und Pflanzen und begründe eine umfassende Zuständigkeit des Bundes. Die Vorschrift umfasse nicht nur Regelungen betreffend die Forschung und Entwicklung, sondern auch die Verwendung von und den Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen. Eine bundeseinheitliche Regelung sei im gesamtstaatlichen Interesse zur Wahrung der Rechtseinheit auch erforderlich (Art. 72 Abs. 2 GG). Die Novellierungen des GenTG seien auch nicht zustimmungspflichtig gewesen. Weder die Auftei-

¹⁴ BGBl. I 2005, S. 186.

¹⁵ BGBl. I 2008, S. 499.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 123 ff.

¹⁷ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 123.

¹⁸ BVerfGE 1, 396 (414).

¹¹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 96 f.

¹² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 98.

¹³ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 99.

lung eines Gesetzentwurfs in einen zustimmungspflichtigen und einen nichtzustimmungspflichtigen Teil noch die Änderung von für die Landesbehörden beachtlichen Verfahrensvorschriften führten zu einer Zustimmungspflicht des Bundesrates. Letzteres ergebe sich aus einer möglichen abweichenden Gesetzgebung der Länder gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG, die der Bund nicht nach der Maßgabe von Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG ausgeschlossen habe.

b) Vereinbarkeit der angegriffenen Regelungen mit Grundrechten

aa) § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG

Aus Sicht des Gerichts sind zunächst § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG verfassungsgemäß, obwohl beide Definitionen mittelbar in die Freiheit der Berufsausübung, die Eigentumsfreiheit und in die Wissenschaftsfreiheit eingreifen.¹⁹ Angesichts der verfassungsrechtlich begründeten Schutzzwecke des GenTG sei es legitim, den Anwendungsbereich des Gesetzes möglichst umfassend zu formulieren (auch Produkte von Auskreuzungen sind gentechnisch veränderte Organismen) und das Inverkehrbringen insbesondere auch auf Zufallsnachkommen von legal freigesetzten gentechnisch veränderten Organismen zu erstrecken. Eine Beschränkung der Definition des gentechnisch veränderten Organismus würde die durch zufällige Vorgänge entstandenen Nachkommen der gentechnikrechtlichen Kontrolle entziehen. Die u.a. durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 20a GG gebotene Risikoversorge wäre damit nicht mehr in vollem Umfang gewährleistet. Angesichts der von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckten Annahme eines „Basisrisikos“ seien die mittelbaren Eingriffe in die betroffenen Grundrechte auch unter Beachtung des Grundsatzes der praktischen Konkordanz gerechtfertigt. In einer wissenschaftlich ungeklärten Situation sei ein empirischer Nachweis des realen Gefährdungspotentials der gentechnisch veränderten Organismen und ihrer Nachkommen nicht notwendig.

bb) § 16a Abs. 1-5 GenTG, § 16b Abs. 1a GenTG

Das Gericht hat auch keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Vorschriften über das Standortregister, obwohl diese in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, die Berufsfreiheit, die Eigentumsgarantie und die Wissenschaftsfreiheit eingreifen.²⁰ Im Mittelpunkt steht naturgemäß die informationelle Selbstbestimmung. Die Argumente sind aber letztlich auf alle betroffenen Grundrechte übertragbar.²¹ Der Senat stellt zunächst klar, dass die Vorschriften dem Gebot der Normklarheit und -bestimmtheit genügen. Das gelte auch für § 16a Abs. 5 GenTG. Die Regelungen seien zudem verhältnismäßig. Der Gesetzgeber verfolge vermittels § 1 GenTG die legitime Absicht, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG zu schützen und dem Staatsziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG Genüge zu tun. Die Schaf-

fung von Transparenz stelle in diesem Zusammenhang einen eigenständigen und legitimen Zweck der Gesetzgebung dar. Das Standortregister sei zur Erreichung der Ziele geeignet und erforderlich, weil die Informationsmöglichkeit insbesondere Überwachungsmaßnahmen zur Risikoversorge und die Koexistenz fördere. Unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber bei der Einschätzung der Erforderlichkeit zukommenden Beurteilungs- und Prognosespielraums sei ein ebenso wirksamer, aber die Betroffenen weniger belastender Weg der Erhebung und Verarbeitung von Daten über den Anbau von gentechnisch veränderten Organismen nicht ersichtlich. Schließlich seien die Regelungen trotz der Möglichkeit zum Missbrauch für Straftaten auch angemessen,²² weil der Gesetzgeber mit der Aufteilung des Registers in einen allgemein zugänglichen und einen nicht allgemein zugänglichen Teil einen verfassungsrechtlich tragfähigen Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Interessen gefunden habe. Durch die Einrichtung des Standortregisters werde die Wahrscheinlichkeit mutwilliger Zerstörungen von Anbaukulturen nicht erhöht. Zudem sei der Staat in diesen Fällen verpflichtet, die Betätigung der Grundrechte der betroffenen Landwirte und Unternehmen zu schützen.

cc) § 16b Abs. 1-4 GenTG

In ähnlicher Weise begründet das Gericht auch die Verfassungsmäßigkeit von § 16b Abs. 1-4 GenTG.²³ Der Schwerpunkt der Kontrolle liegt auf Art. 12 Abs. 1 GG, soweit jedoch der persönliche und sachliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit eröffnet ist,²⁴ sind die Ausführungen des Gerichts wiederum übertragbar. Als legitime Gründe sieht das Gericht einmal mehr u.a. den Schutz der in § 1 Nr. 1 GenTG genannten Rechtsgüter sowie im Hinblick auf die Koexistenz (§ 1 Nr. 2 GenTG) den Schutz der Berufs- und Eigentumsfreiheit von potentiell betroffenen Dritten. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Bestimmungen über die Vorsorgepflicht und die gute fachliche Praxis seien unter Berücksichtigung des auch hier dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungs- und Prognosevorrangs ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Notwendigkeit der Vorschriften entfalle nicht durch die Inverkehrbringensgenehmigung nach § 16 Abs. 2 GenTG, weil es darum gehe, einen möglichst umfassenden und lückenlosen Rechtsgüterschutz auch nach der Marktfreigabe zu gewährleisten.²⁵ Das Gericht sieht trotz der strengen Vorgaben auch das Erfordernis der Angemessenheit gewahrt.²⁶ So könne man beim Vollzug der gesetzlichen Vorgaben auf bereits bestehende Trennungspraktiken oder -verfahren und bisherige Erfahrungen aufbauen. Die erforderlichen Standards seien „sukzessive durch administrative und gerichtliche Vorgaben unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszubauen.“²⁷

²² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 188 ff.

²³ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 212 ff.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 240.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 229.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 230 ff.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 238.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 138 ff.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 151 ff.

²¹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 202 ff.

dd) § 36a GenTG

Schließlich hält das BVerfG § 36a GenTG für verfassungsgemäß, obwohl die Vorschrift die Freisetzung und das Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen mit beachtlichen Haftungsrisiken belastet. Von allen zur Prüfung angestellten Vorschriften dürfte § 36a GenTG die wichtigste sein, weil sie faktisch prohibitiv wirkt. Art. 14 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, weil die Vorschrift i.V.m. §§ 906, 1004 BGB eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung darstelle.²⁸ Das gelte insbesondere für Ausgleichsansprüche nach oder analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB. Auch stelle die Errichtung eines zumindest teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Haftungsfonds kein gleich geeignetes, aber weniger belastendes Mittel dar, weil für die Verwender von Gentechnik der Anreiz entfielen, „neben privaten oder betriebswirtschaftlichen Kosten negative externe Effekte bei ihren Aktivitäten zu berücksichtigen.“²⁹ § 36a GenTG stehe auch im Einklang mit der Freiheit der Berufsausübung. Gleiches gelte für die Wissenschaftsfreiheit.³⁰ Hinsichtlich der Zwecke verweist das Gericht der Sache nach auf die Ziele, die auch § 16a Abs. 1-5 GenTG, § 16b Abs. 1a GenTG legitimieren. Auch die Erwägungen zur sonstigen materiellen Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 3 GG ähneln den vorhergehenden Prüfungen, wobei auffällt, dass das Gericht keine strukturierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt.

ee) Zwischenfazit

Mit seinem Urteil stellt das BVerfG die der Gefahrenabwehr und Risikoversorge dienenden § 1 Nr. 1 und Nr. 2 GenTG samt ihrer verfassungsrechtlichen Fundierung durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 20a GG in den Mittelpunkt. Die entsprechenden Schutzzwecke rechtfertigten die angegriffenen Regelungen. § 1 Nr. 3 GenTG erscheint demgegenüber nicht als gleichrangiger Gesetzeszweck. Bezüglich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Vorschriften billigt das Gericht dem Gesetzgeber fast durchweg eine Einschätzungsprärogative zu. Der Inhalt und die Reichweite von Freisetzungs- und Inverkehrbringensgenehmigungen reichten nicht aus, um Zweifel an der Verhältnismäßigkeit zu begründen. Nur wenig in den Blick nimmt das BVerfG die realen Koexistenzmöglichkeiten für Betriebe und Forschungseinrichtungen, die mit gentechnisch veränderten Organismen arbeiten wollen.

III. Analyse und Kritik*1. Das Verteilungsprinzip zum Ersten: Prinzipiell unbegrenzte Freiheit des Einzelnen**a) Geschützt und doch nicht so geschützt*

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum GenTG macht es notwendig, an eine essentielle Grundlage des bundesrepublikanischen Verfassungsstaates zu erinnern: die sachgeprägte Selbstdefinitions-macht menschlicher Freiheit. Das Gericht hat diese zwar nicht bestritten, die Entscheidung

bewegt sich aber auf einem schmalen Grat und ist symptomatisch für die Tendenz, bestimmte Formen der Freiheitsbetätigung als grundrechtlich geschützt, aber eben doch nicht so geschützt anzusehen. In seinem Beschluss zum baden-württembergischen Spielbankgesetz hatte das Gericht dem Beruf des Spielbankenunternehmers den vollen Schutz der Berufswahlfreiheit mit dem Argument versagt, der Betrieb einer Spielbank sei „eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen.“³¹ In einem Sondervotum zum Urteil zum Nichtraucherschutz in Gaststätten wird die wirtschaftliche Seite der Ermöglichung des Rauchens durch den Gastwirt bereits nicht zum Schutzbereich der Berufsfreiheit gezählt. Wirtschaftliche Vorteile aus einem für Dritte gefährlichen Tun sind danach nicht schutzwürdig.³² Die Senatsmehrheit öffnet dem Gesetzgeber den Weg zu einem ausnahmslosen Rauchverbot. Diese Judikate bergen nicht nur die Gefahr der Vermischung von Recht und Moral, sondern eröffnen dem Gesetzgeber auch das weite Feld der „Erwachsenenerziehung.“³³

Im Urteil des BVerfG zum GenTG finden sich keine vergleichbaren Passagen. Das Gericht lässt aber ein Gesetz passieren, das gentechnische Forschungen erheblich erschwert, wenn nicht sogar faktisch fast verhindert. Der Entscheidung ist anzumerken, dass der Senat die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen und das Inverkehrbringen entsprechender Produkte für Tätigkeiten hält, die vielleicht besser unterbleiben sollten, obwohl sie grundrechtlich geschützt sind.³⁴ Diese Feststellung ist keine Unterstellung. Die maßgeblichen Ausführungen erfolgen bereits eingangs der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit des GenTG. Das Gericht erwähnt zwar die Chancen, die die Forschung und Produktion von gentechnisch veränderten Organismen eröffnet. Mit der Betonung des Eingriffs in elementare Strukturen des Lebens – dieser Punkt wird als erstes genannt –, der kaum möglichen Reversibilität und der fehlenden räumlichen Begrenzbarkeit hebt es aber die gesundheitlichen und ökologischen Risiken im Allgemeinen und für die gentechnikfreie Landwirtschaft im Besonderen hervor.³⁵

Gegen die Skepsis des Gerichts und des Gesetzgebers wäre nichts einzuwenden, wenn die Erkenntnisse über die nichtwirtschaftlichen Gefahren und Risiken, die von gentechnisch veränderten Organismen möglicherweise ausgehen, soweit fortgeschritten wären, dass sie zumindest eine gewisse empirische Grundlage hätten. Derartige Kenntnisse lassen sich aber nur durch Forschungen und Erprobungen gewinnen. Mit seinem Urteil eröffnet das BVerfG dem Gesetzgeber jedoch einen Weg, die Minderung der Last des Nichtwissens

³¹ BVerfGE 102, 197 (215).

³² BVerfGE 121, 317 (379), Sondervotum *Bryde*.

³³ Ähnlich BVerfGE 121, 317 (385 ff., 388), Sondervotum *Masing*.

³⁴ Dazu unten 2. a) cc).

³⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 135 ff.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 256 ff.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 285.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 305 ff.

zu verhindern. Es ist daher durchaus angezeigt, zunächst das Prinzip des Nichtwissens und die Umkehr der Beweislast³⁶ als Kern des (philosophischen) Liberalismus ins Gedächtnis zu rufen.³⁷ Das gilt umso mehr, als nicht allein die Berufsfreiheit, sondern das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, die Eigentumsfreiheit und mit der Wissenschaftsfreiheit ein Grundrecht der geistigen Freiheit schlechthin auf dem Spiel steht.³⁸

b) Staatstheoretische Grundlagen

Aus der Grundidee der bürgerlichen Freiheit ergibt sich „ein Verteilungsprinzip: die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist.“³⁹ Die staatstheoretischen Grundlagen dieses Prinzips hat *John Locke* gelegt. Er hat mit seiner Lehre, dass der Einzelne über unveräußerliche Rechte verfügt, die er auch durch Gesellschafts- und Herrschaftsvertrag nicht verlieren kann, maßgeblich zu der Entwicklung beigetragen, die 1776 in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung gipfelte. In Europa hat die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, speziell in Deutschland die Philosophie von *Immanuel Kant* den Boden für das Verteilungsprinzip bereitet. Es dauerte aber das ganze 19. Jhd. und bis zur Weimarer Reichsverfassung, bis der Konflikt von Fürsten- und Volkssouveränität zugunsten von Demokratie und Republik aufgelöst wurde, und erst mit Inkrafttreten des Grundgesetzes mit seinen Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG wurden der Vorrang der Verfassung und die Bindung der Gesetzgebung an die Grundrechte auch rechtlich anerkannt.

Dem Verteilungsprinzip liegen philosophisch das Prinzip des Nichtwissens und die Umkehr der Beweislast für Anforderungen an die Rechtfertigung und konkrete Formen politischer Herrschaft zu Grunde.⁴⁰ Die so verstandene Liberalität ist nicht zu verwechseln mit einem bloß politischen oder wirtschaftlichen Programm, es handelt sich vielmehr um eine Denkweise und Handlungsanleitung. Sie mündet einerseits in die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, andererseits

³⁶ Der Begriff „Beweislast“ wird hier nicht im zivilprozessrechtlichen Sinne verwandt, sondern im Sinne von Rechtfertigungslast. Diese Umkehr der Rechtfertigungslast ist nicht zu verwechseln mit der Umkehr, die nach verbreiteter Auffassung dem Vorsorgeprinzip zugrunde liegt (dazu unten 2.). Diese bewirkt, dass im Zweifel der Einzelne sein Tun rechtfertigen muss, jene legt die Rechtfertigungslast dem Staat auf.

³⁷ Dazu *Zöller*, Das Recht des Einzelnen, FAZ v. 6.1.2007, S. 13.

³⁸ Zur Wissenschaftsfreiheit als geistiger Freiheit *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 401.

³⁹ *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 126, Herv. nicht im Original; siehe auch *Volkman*, JZ 2004, 696 (698), zum liberalen Paradigma des Rechtsstaats.

⁴⁰ *Zöller*, Das Recht des Einzelnen, FAZ v. 6.1.2007, S. 13.

in das appellative Gebot der Selbstentfaltung und das rechtliche Verbot der Fremddefinition von menschlicher Freiheit.

c) Grundrechtliche Positivität des Verteilungsprinzips

Seine positiv-rechtliche Grundlage findet das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip heute in den Einzelgrundrechten i.V.m. Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG. Die Verpflichtung der Staatsgewalt auf die Grundrechte setzt einen bindenden Gehalt voraus. Inhalt und Reichweite lassen sich aber nicht allein dem Wortlaut der einzelnen Artikel entnehmen. Der Text ist Ausgangspunkt der Interpretation, er reicht aber nicht aus, um zu bestimmen, was z.B. Religion, Weltanschauung, Rundfunk, Kunst, Wissenschaft oder Beruf im Sinne des Grundgesetzes bedeutet. Eine effektive Bindung vor allem des parlamentarischen Gesetzgebers an die Grundrechte verlangt nach einer auch sachgeprägten Normativität,⁴¹ die sich je nach der Struktur des geschützten Lebensbereichs auch am Selbstverständnis der Grundrechtsträger orientiert. Grundrechte sind daher „sachgeprägte Schutzgarantien bestimmter individueller und sozialer Aktions-, Organisations- und Sachkomplexe.“⁴² Der Wortlaut der Grundrechtsartikel hebt „aus der Gesamtheit der von einer Vorschrift betroffenen tatsächlichen Gegebenheiten die für die juristische Entscheidung erheblichen Momente im Sinn einer steuernden Direktive heraus, setzt also für Fragestellung wie Gewichtung Maßstäbe verbindlicher Relevanz.“⁴³ Diese Auffassung von der Positivität der Grundrechte führt zu einem weiten Schutzbereichs- und strikten Schrankenverständnis. Grundrechtsbegrenzungen sind in der Regel rechtfertigungsbedürftig. Verbindendes Merkmal ist die Autonomie des Einzelnen,⁴⁴ die durch Art. 1 Abs. 1 GG zum Richtmaß des Grundgesetzes geworden ist. Die sachbestimmte Selbstdefinitions-macht menschlicher Freiheit findet hierin ihren Grund.

2. Die Wissenschaftsfreiheit als Freiheit, Wissen zu schaffen

a) Sachlicher Schutzbereich

aa) Wahrheitsuche, Eigengesetzlichkeit und Selbstbestimmung

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist eine wertentscheidende Grundsatznorm, die das Verhältnis von Staat und Wissenschaft regelt. Zugleich gibt sie jedem, der in diesem Bereich arbeitet, ein individuelles Freiheitsrecht. Die Wissenschaftsfreiheit schützt die freie wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe.⁴⁵ In den sachlichen Schutzbereich fallen vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe.⁴⁶ „Damit

⁴¹ Hierzu *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 6 Rn. 8.

⁴² *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, 1969, S. 11; *Hesse* (Fn. 38), Rn. 69.

⁴³ *Müller*, Recht – Sprache – Gewalt, 1975, S. 39.

⁴⁴ *Hufen* (Fn. 41), Rn. 12.

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 145.

⁴⁶ Seit BVerfGE 35, 79 (112) st. Rspr; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz,

sich Forschung und Lehre ungehindert an dem Bemühen um Wahrheit als ‚etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes‘ (Wilhelm von Humboldt) ausrichten können, ist die Wissenschaft zu einem von staatlicher Fremdbestimmung freien Bereich persönlicher und autonomer Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers erklärt worden.⁴⁷ Art. 5 Abs. 3 GG schützt jeden nach Inhalt und Form ernsthaften planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit. Forschung zielt somit darauf, „in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.“ Die Freiheit der Forschung umfasst „insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung.“⁴⁸ Diese Faktoren machen die sachgeprägte Selbstdefinitionsmacht menschlicher Freiheit auf dem Gebiet der Wissenschaft aus.⁴⁹

bb) Riskantes und ethisch zweifelhaftes Verhalten als Teil der Wissenschaftsfreiheit

Das Bemühen um Wahrheit als noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes ist nur möglich, wenn der Wissenschaftler sein Denken und Tun auf das Neue, das Unbekannte ausrichtet, ausrichten darf. Das Vordringen in Grenzbereiche gehört daher zwingend zum Wesen und zum Charakter der Wissenschaftsfreiheit, es ist Teil ihrer Innovationsfunktion.⁵⁰ Die Geschichte der Wissenschaft ist eine Geschichte von Grenzüberschreitungen. Die Wissenschaftsfreiheit schützt daher auch ethisch und rechtlich zweifelhafte sowie riskante Forschungen.⁵¹ Sachbestimmte Normativität meint nicht sachbestimmte Moralität. Aus ethischen und rechtlichen Gründen umstritten sind z.B. die Embryonenforschung,⁵² die Forschung an Nichteinwilligungsfähigen, Minderjährigen,⁵³ militärische Forschung⁵⁴ oder Versuchsord-

nungen mit Tieren.⁵⁵ In diesen Fällen sind die erkenntnisleitenden Fragestellungen von herausragender Bedeutung für den verfassungsrechtlichen Schutz. Verteilungsprinzip, Positivität der Grundrechte und Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft sprechen jedoch grundsätzlich für einen weiten sachlichen Schutzbereich. Gegenstände von für Leib oder Leben von Menschen oder die Umwelt insgesamt riskanten Forschungen sind z.B. die Nuklear- und die Nanotechnik. Insbesondere über die Eigenschaften und Wirkungen von Nanoteilchen ist noch wenig bekannt. Dennoch ist diese Technik bereits weit verbreitet.

cc) Gentechnische Forschung als Teil des sachlichen Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit

Die Folgen der Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit für die Gentechnik sind klar. „Danach ist die Erforschung von gentechnisch veränderten Organismen vom Schutzbereich erfasst, auch soweit lebende Organismen zu experimentellen Zwecken in die Umwelt – sei es im Rahmen von Freisetzungsversuchen oder im Rahmen wissenschaftlich begleiteten Erprobungsanbaus verkehrszugelassener gentechnisch veränderter Organismen – eingebracht werden und sich in dieser fortpflanzen und ausbreiten können. Art. 5 Abs. 3 GG ist also auch betroffen, wenn die Forschung außerhalb des geschlossenen Systems stattfindet und die Umwelt einschließlich der Rechtsgüter Dritter in das kontrollierte Experiment einbezieht. Das gilt jedenfalls für die experimentelle Forschung an Universitäten.“⁵⁶ Die gentechnische Forschung zählt zum Gegenstands- und Diskursbereich der Wissenschaftsfreiheit. Die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen oder ihr Anbau (als Form des Inverkehrbringens) zu wissenschaftlichen Zwecken sind durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt. Die mit der Gentechnik verbundenen Gefahren und Risiken, z.B. Auskreuzungen, Vermarktungsverbote gegenüber konventionell oder ökologisch produzierenden Landwirten oder für die Gesundheit von Menschen, ändern nichts am verfassungsrechtlichen Schutz. Mögliche Eingriffe in Rechte Dritter führen nicht per se dazu, dass die Tätigkeit außerhalb des Schutzbereichs liegt. Das ist eine Frage der Schranken.⁵⁷ Ziehen wissenschaftliche Versuche Schäden oder Nutzungsbeeinträchtigungen nach sich, ist Ersatz zu leisten oder für Entschädigung zu sorgen, Wissenschaft ist aber nicht allgemein an gesellschaftliche Verantwortungen oder Folgenverantwortungen gebunden.⁵⁸ Art. 20a GG ändert daran nichts, weil er an

Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Abs. 3 Rn. 352 f.; *Hufen* (Fn. 41), § 33 Rn. 6.

⁴⁷ BVerfGE 35, 79 (112).

⁴⁸ BVerfGE 35, 79 (112).

⁴⁹ Gegen das Merkmal „Selbstdefinition“ *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 89, der dabei aber nicht ausreichend berücksichtigt, dass das Merkmal an das Normprogramm und die Sachstrukturen des Normbereichs von Art. 5 Abs. 3 GG gebunden ist. Man kann sich daher nicht einfach selbst zum Wissenschaftler erklären, siehe *Starck* (Fn. 46), Art. 5 Abs. 3 Rn. 353.

⁵⁰ *Krüger*, in: Flämig u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 269.

⁵¹ *Hufen* (Fn. 41), § 33 Rn. 13; a.A., *Lorenz*, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 267 (S. 270 ff., insb. 277 f.).

⁵² Ablehnend z.B. *Hillgruber*, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 561 (S. 569).

⁵³ Ausführlich *Michael*, Forschung an Minderjährigen: verfassungsrechtliche Grenzen, 2004.

⁵⁴ Die Vereinbarkeit von sog. Zivilklauseln in Hochschulgesetzen oder Grundordnungen mit der Wissenschaftsfreiheit ist sehr umstritten.

⁵⁵ Siehe nur VG Bremen DVBl. 2010, 1044, Forschung an Makaken.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 146.

⁵⁷ *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. III (Wissenschaft) Rn. 30.

⁵⁸ *Scholz* (Fn. 49), Art. 5 Abs. 3 Rn. 99; a.A. wohl *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10. Was es bedeutet, Hochschulen gesellschaftliche Verantwortung politisch oder rechtlich zuzuweisen, zeigt sich an ihrer Indienstnahme für die Wirtschaft, die

den Staat adressiert ist. Gerade weil der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben ein Wissensstaat sein und auf gesellschaftliches Wissen zurückgreifen muss, ist die Gentechnik ein Teil der Kraft, die Wissen schafft, der Wissenschaft.

b) Persönlicher Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit schützt nicht nur die Forschung an Hochschulen und die außeruniversitäre Forschung, sondern auch die in der Industrie, wenn dort trotz einer Zweckbindung mit der gebotenen inhaltlichen Unabhängigkeit ernsthaft, planmäßig und methodisch geordnet gearbeitet werden kann.⁵⁹ Aus diesem Grund ist nicht nur die experimentelle gentechnische Forschung an Universitäten oder außeruniversitären Instituten geschützt. Auf Art. 5 Abs. 3 GG können sich daher z.B. auch Saatguthersteller berufen. Das ist aber in jedem Einzelfall zu ermitteln, weil die Wissenschaftsfreiheit ihrem Wesen und Charakter nach ein voraussetzungsreiches Grundrecht ist. Das BVerfG hatte im vorliegenden Fall keinen Anlass, auf diese Problematik näher einzugehen, weil dem Verfahren keine Verfassungsbeschwerde eines Unternehmens zu Grunde lag. Es konnte daher seine Aussagen zur Wissenschaftsfreiheit auf die experimentelle Forschung an Universitäten beschränken,⁶⁰ ohne damit eine abschließende Aussage zu treffen.

c) Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit

Die angegriffenen Regelungen greifen (un-)mittelbar in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG ein. Mit § 3 Nr. 3 und Nr. 6 GenTG „hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass wissenschaftliche Freilandversuche und ihre unbeabsichtigten Folgen den Kontroll- und Eingriffsbefugnissen des Staates und der Folgenverantwortung der Forschung nach Maßgabe des Gentechnikgesetzes unterfallen. Er hat die Rahmenbedingungen der Forschung abgesteckt und auf die praktische Durchführung, Fragestellung und Methodik von Forschungsprojekten Einfluss genommen.“⁶¹ Was in den Worten des Gerichts beiläufig klingt, ist rechtlich gesehen ein Eingriff in den Gegenstandsbereich – in der Terminologie der Kunstfreiheit: in den Werkbereich – der Wissenschaftsfreiheit. Die Vorschriften zum Standortregister in §§ 16a Abs. 1, Abs. 3-5 und 16b Abs. 1a GenTG betreffen „auch die Bedingungen für die Durchführung des Forschungsprojekts und berührt damit den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.“⁶² Die Regelungen belasten somit universitäre und institutionelle Forschungseinrichtungen sowie Erzeuger von Saatgut, die ihrerseits forschen. § 16b Abs. 1-3 GenTG greift in die „Freiheit ein, Fragestellung und Methodik einschließlich der praktischen Durchführung eines Forschungsprojekts frei zu be-

stimmen.“⁶³ § 36a GenTG betrifft das Haftungsrisiko sowie die Folgen eines Haftungsfalls und nimmt so Einfluss auf die Aufwendungen für Vorsorgemaßnahmen. Diese Faktoren beeinflussen maßgeblich „Fragestellung, Umfang und praktische Ausführung eines Forschungsprojekts.“⁶⁴ Insgesamt ist zu konstatieren, dass jede Regelung für sich genommen bereits einen Eingriff darstellt, das Zusammenspiel von Begriffsbestimmungen, materiellen Pflichten, strukturellen Eigentümlichkeiten der Wissenschaftsfreiheit und realen Folgen insbesondere der §§ 16a, 36a GenTG aber den Schutzgehalt von Art. 5 Abs. 3 GG in seinem Kern trifft.

3. Das Verteilungsprinzip zum Zweiten: Prinzipiell begrenzte Machtbefugnis des Staates

a) Das Übermaßverbot als Ausdruck der begrenzten Machtbefugnis des Staates

Eingriffe in Grundrechte können gerechtfertigt, wollen aber auch gerechtfertigt sein. Inhaltlich stehen sie insbesondere unter dem Vorbehalt des Übermaßverbots, sprich dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁶⁵ Das Übermaßverbot ist Ausdruck der begrenzten Machtbefugnis des Staates. Seine Herausbildung und Anerkennung verläuft nicht zufällig mit der Entwicklung des Freiheitsrechts.⁶⁶ Ausgehend vom Polizeirecht entwickelte es sich zunächst als Maßstab im Verwaltungsrecht,⁶⁷ unter der Geltung des Grundgesetzes und durch die Rechtsprechung des BVerfG wurde es zur allgemeinen Maxime hoheitlichen Handelns. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.“⁶⁸

Die inhaltlichen Anforderungen folgen aus dem Rationalitätsgebot staatlichen Handelns und aus den Bedingungen, unter denen grundrechtsgebundene Gesetzgebung stattfindet. Rechtsnormen müssen rational begründbar sein. Ein Gesetz ist nur verfassungsgemäß, wenn und soweit es legitime Zwecke verfolgt. Des Weiteren widerspricht es der Vernunft, ein Gesetz als verfassungsgemäß anzusehen, obwohl es untauglich und somit unnötig ist. Aus dem Gedanken heraus, dass der Gesetzgeber die Freiheit der Bürger nicht stärker in Anspruch nehmen darf als nötig, folgt die fehlende Erforderlichkeit, soweit die Zwecke gleichermaßen mit mildereren Mitteln verwirklicht werden können. Schließlich stellt sich die Frage nach der Angemessenheit staatlicher Maßnahmen, weil andernfalls trotz Art. 1 Abs. 3 GG die Gefahr besteht, dass von

überwiegend an Ausbildung und weniger an Bildung interessiert ist.

⁵⁹ Starck (Fn. 46), Art. 5 Abs. 3 Rn. 355; Scholz (Fn. 49), Art. 5 Abs. 3 Rn. 99; Krüger (Fn. 50), S. 264 f. und S. 278 f.; Hufen (Fn. 41), § 33 Rn. 7.

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 146.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 147.

⁶² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 210.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 242.

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 304.

⁶⁵ Dazu Hufen (Fn. 41), § 9 Rn. 14 ff.

⁶⁶ Zur historischen Entwicklung Remmert, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995, passim.

⁶⁷ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/2, 1994, § 84 I 2.

⁶⁸ BVerfGE 19, 342 (348 f.).

der Freiheit des Einzelnen nichts bleibt. Die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele sind daher in Relation zu sehen zu den Auswirkungen für das jeweilige Grundrecht und seinen Träger. Das Übermaßverbot gilt für alle Formen und Maximen staatlichen Handelns, damit auch für das Vorsorgeprinzip.

b) Risikovorsorge und GenTG

aa) Legitimität von Risikovorsorge

Das Gentechnikrecht ist, wie viele Materien des Umwelt- und Technikrechts, Gefahrenabwehr- und Risikovorsorgerecht. Angesichts unbekannter Wirkungszusammenhänge und drohender Schäden hat das Vorsorgeprinzip als Leitprinzip große Bedeutung.⁶⁹ Es dient der Risikovermeidung und -minimierung. Nach einer Definition des Sachverständigenrates für Umweltfragen (SRU) liegt ein Risiko im Rechtssinne vor, „wenn ein Schaden möglich oder nicht auszuschließen ist. Während die Gefahr [...] eine hinreichend große Schadenswahrscheinlichkeit voraussetzt, reicht beim Risiko bereits die bloße Möglichkeit eines Schadens. Im Gegensatz zur Gefahr erfasst das Risiko also auch die Fälle der Ungewissheit und der subjektiven Nichtkenntnis einzelner Faktoren oder Wirkungszusammenhänge.“⁷⁰ Insbesondere letzteres ist kennzeichnend für das Gentechnikrecht. Entscheidungen über Freisetzungen und Inverkehrbringen erfolgen in einer Situation der Unsicherheit,⁷¹ die Folgen für die Schutzgüter des GenTG sind ungewiss. Die staatliche Pflicht zum Schutz von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und der natürlichen Lebensgrundlagen legitimieren daher verfassungsrechtlich im Grundsatz die Anwendung des Vorsorgeprinzips auf das Gentechnikrecht,⁷² wobei das BVerfG im 2. Leitsatz insbesondere die Bindung des Gesetzgebers an Art. 20a GG betont.

bb) Risiken des Vorsorgeprinzips

Die Legitimität von Risikovorsorge darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass das Streben nach Prävention das liberale Paradigma mehr und mehr erodieren lässt. Mehr noch, jede Freiheitsbetätigung erscheint als Risiko.⁷³ Dem Vorsorgeprinzip liegt, ausgehend vom Staatsverständnis über das Staatsaufgabenverständnis bis zu Gesetzesformulierungen und Handlungsformen,⁷⁴ ein Sicherheitsdenken zu Grunde, das seinerseits zur Gefahr für die Freiheit werden kann. Diese Entwicklung lässt sich anhand der Rechtsprechung des BVerfG zeigen. Die Antragstellerin hatte im Hinblick auf die

Berufsfreiheit der an der Forschung beteiligten Unternehmen vorgetragen, es liege der Sache nach eine objektive Regelung der Berufswahl vor, „ohne dass nachweisbare oder höchstwahrscheinliche, schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut erkennbar seien.“⁷⁵ Die Formulierung stammt aus dem berühmten Apothekenurteil des BVerfG. Die Entscheidung ist bis heute bemerkenswert, weil das Gericht die Prognose des Gesetzgebers, ohne eine Beschränkung der Apothekenzahl seien die Volksgesundheit und die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gefährdet, mangels ausreichender tatsächlicher Grundlagen verworfen hat.⁷⁶ Diese strengen Anforderungen hat das Gericht seit dem ersten Mühlenbeschluss aufgegeben.⁷⁷ Der Gesetzgeber darf daher nach der Rechtsprechung auch zur Bekämpfung von Risiken, die von Forschungsprojekten ausgehen, vorbeugend bzw. vorsorglich tätig werden. Aus der rechtsstaatlichen Verteilungslogik wird eine gegenläufige Vorsorgegeometrie.⁷⁸

Eine vorausschauende Gesetzgebung ist prinzipiell zu begrüßen. Ein „auf Sicht fahren“ würde allzu schnell zu noch größerem Aktionismus führen, als dies ohnehin der Fall ist. Die „Haltbarkeit“ von Gesetzen ist in den letzten Jahrzehnten deutlich gesunken. Die Gesetzes- und Verordnungsblätter enthalten eine Vielzahl von Maßnahmegesetzen, die auf einen kurzfristigen Erfolg zielen. Der Gesetzgeber ist aber gut beraten, zwischen den verschiedenen Lebensbereichen zu differenzieren. Das gilt bereits innerhalb des Umwelt- und Technikrechts. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge setzen zum einen voraus, dass es sich um Gefahren und Risiken handelt. So sind die gesundheits- und umweltschädlichen Wirkungen von Kernbrennstoffen oder sonstigen radioaktiven Stoffen ausreichend erforscht, die Auswirkungen gentechnisch veränderter Organismen dagegen kaum bekannt. Hier lässt sich weder der Eintritt bestimmter Ereignisse ohne weiteres prognostizieren noch lassen sich allgemeine Aussagen zur Schädlichkeit für die Umwelt oder die menschliche Gesundheit machen. Anders verhält es sich mit den Wirkungen für die konventionelle und ökologische Landwirtschaft. Kennzeichnungspflichten und eventuell fehlende Vermarktungsmöglichkeiten führen hier zu wirtschaftlichen Risiken. § 1 Nr. 2 GenTG ist aber so formuliert, dass auch die Existenz von landwirtschaftlichen Betrieben, die mit gentechnisch veränderten Organismen arbeiten wollen, möglich sein muss. Genau das ist aber unter den gegenwärtigen Bedingungen sehr problematisch.

Zum anderen birgt eine Gesetzgebung, die am Gedanken der Vorsorge ausgerichtet ist, die bereits beschriebenen Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte insgesamt, weil der Verwaltung – wie z.B. im Polizeirecht – entweder Befugnisse eingeräumt werden, um zu ermitteln, ob Gefahren oder Risiken vorliegen oder – wie im Fall des GenTG – die Erforschung von Gefahren und Risiken stark

⁶⁹ Volkmann, JZ 2004, 696 (701): Vorsorge-Paradigma des Rechtsstaats.

⁷⁰ SRU-Sondergutachten „Umwelt und Gesundheit – Risiken richtig einschätzen“, BT-Drs. 14/2300 v. 15.12.1999, S. 53.

⁷¹ Hierzu demnächst ausführlich *Spiecker genannt Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2011, passim.

⁷² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 149 f.; *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (11).

⁷³ Volkmann, JZ 2004, 696 (701).

⁷⁴ Zu diesem Zusammenhang *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 47.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 99.

⁷⁶ BVerfGE 7, 377 (415 ff.).

⁷⁷ BVerfGE 25, 1 (17); zuletzt BVerfGE 121, 317 (350) – Nichtrauchererschutz; BVerfGE 119, 59 (83) – Hufbeschlagnahme; BVerfGE 117, 163 (183) – Erfolgshonorare.

⁷⁸ Volkmann, JZ 2004, 696 (701).

erschwert wird. In beiden Fällen erlauben Gesetze gravierende Eingriffe in Grundrechte, weil die Befugnisse zeitlich nach vorn verlagert werden; der Unterschied der betroffenen Normbereiche ist aber erheblich. Die Gefahr für Leib und Leben durch terroristische Anschläge lässt sich kaum prognostizieren, sondern ist abstrakt vorhanden und kann schnell sehr konkret werden. Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung, das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Fernmeldegeheimnis sind daher unvermeidbar, sofern man Gefahren- und Risikolagen ermitteln will. Die Risiken für Leib und Leben durch gentechnisch veränderte Organismen lassen sich mangels ausreichender Kenntnisse der Kausalverläufe ebenfalls kaum prognostizieren. Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit verstärken aber dieses Defizit, die Frage ihrer Vermeidung ist daher von größter Bedeutung. Die Legitimität von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit ist daher zweifelhaft.

cc) Das Basisrisiko im Gentechnikrecht

Das Urteil des BVerfG beruht letztlich auf der Annahme, dass von gentechnisch veränderten Organismen ein „Basisrisiko“ ausgeht.⁷⁹ Der Begriff lässt aufhorchen. Als Quelle führt das Gericht mehrere verwaltungsgerichtliche Entscheidungen an, die ihrerseits auf Äußerungen in der Literatur zum Grundkonzept des GenTG und damit insbesondere auf das in § 1 Nr. 1 GenTG verankerte Vorsorgeprinzip verweisen.⁸⁰ Aus dem Umwelt- und Technikrecht – vor allem aus dem Atom- und Immissionsschutzrecht – kennt man die Begriffstrias Gefahr, Risiko und Restrisiko.⁸¹ Die rechtliche Abgrenzung zwischen Gefahr und Risiko einerseits und Risiko und Restrisiko andererseits ist umstritten.⁸² Ein einheitliches Begriffsverständnis gibt es weder innerhalb noch außerhalb der Rechtswissenschaft. Das gängigste Abgrenzungskriterium zwischen Gefahr und Risiko ist die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens, so dass eine Gefahr letztlich ein qualifiziertes Risiko ist. Den Unterschied zwischen Risiko und Restrisiko markiert die praktische Vernunft als Grenze des menschlichen Erkenntnisvermögens.⁸³ In beiden Fällen handelt es sich um ein Risiko. Ob ein Restrisiko vorliegt und als solches der Nachbarschaft oder der Allgemeinheit zugemutet werden darf, ist zwar auch eine politische Entscheidung, die aber bei Fragen der Möglichkeit der Risikoerforschung in Art. 5 Abs. 3 GG ihre Grenzen findet.

Die rechtliche Einordnung des Basisrisikos fällt nicht leicht. Grundlage hierfür müssen die gesetzlichen Regelungen in § 1 Nr. 1 GenTG und § 16 GenTG sein. § 1 Nr. 1 GenTG ist dem Vorsorgeprinzip verpflichtet. Geht man aber gleichzeitig von einem Basisrisiko und strengen Schutzpflichten des Gesetzgebers aus, wie es das BVerfG tut, ist

die Zuordnung des Basisrisikos zum Risiko nicht unproblematisch, weil damit feststünde, dass trotz möglicherweise schwerwiegender und irreversibler Folgen, die gentechnisch veränderte Organismen für die Umwelt und die menschliche Gesundheit vielleicht haben könnten, Freisetzung und ein Inverkehrbringen möglich sind. § 16 Abs. 1 Nr. 2 GenTG verstärkt diese Zweifel noch, weil Genehmigungen für Freisetzung an den Stand von Wissenschaft und Technik, also an neueste wissenschaftliche Erkenntnisse gebunden sind.⁸⁴ § 16 Abs. 2 GenTG verweist für Inverkehrbringensgenehmigungen sogar auf den Stand der Wissenschaft.⁸⁵ Beide Vorschriften dienen somit ersichtlich dazu, Risiken soweit als möglich vorzubeugen. Wenn das nicht möglich ist, dürfte eine Genehmigung eigentlich nicht ergehen.⁸⁶ Das GenTG lässt aber die kommerzielle und experimentelle Nutzung von gentechnisch veränderten Organismen grundsätzlich zu.⁸⁷ Die Zuordnung des Basisrisikos zum Restrisiko dürfte jedoch nicht der Auffassung des BVerfG entsprechen, sonst hätte der Vortrag der Antragstellerin zur fehlenden Erforderlichkeit der §§ 16b Abs. 1-4, 36a GenTG verfangen müssen, weil der Gesetzgeber mit den tatbestandlichen Voraussetzungen in § 16 Abs. 1 und Abs. 2 GenTG bereits an die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens gegangen ist, und Vorschriften jenseits der praktischen Vernunft einem der Rationalität verpflichteten Gesetzgeber nicht anstehen. Für eine Zuordnung zum Restrisiko spricht freilich, dass das Schadenspotential von gentechnisch veränderten Organismen und die Eintrittswahrscheinlichkeit von Schäden ungewiss sind.⁸⁸ Insgesamt wirft der Begriff „Basisrisiko“ daher mehr Fragen auf, als er beantwortet.

c) Das Verbot übermäßiger Eingriffe

aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Für die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Vorschriften räumt das BVerfG dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative ein, spricht einen Prognose- und Wertungsspielraum bezüglich der Frage, inwieweit die Regelungen die Gesetzeszwecke real fördern, bzw. es weniger belastende, aber gleichermaßen geeignete Mittel gibt.⁸⁹ Der Umfang dieses Spielraums ist in einer Verfassungsordnung, die eine voll ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit kennt, von zentraler Bedeutung, weil er die Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip sowie den Grundrechtsschutz berührt. Der

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 142.

⁸⁰ Siehe nur VG Hannover NuR 2009, 67 (72); *Mecklenburg*, NuR 2006, 229 (232); *Dederer*, NuR 2001, 64.

⁸¹ Grundlegend BVerfGE 49, 89 (137 ff.) – Kalkar; *Breuer*, DVBl. 1978, 829 (836 f.).

⁸² Siehe nur *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), 264 (268 f.); *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), 214 (219 ff.).

⁸³ BVerfGE 49, 89 (143).

⁸⁴ So zumindest die Definition für das Atomrecht, siehe BVerfGE 49, 89 (136); § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG verweist zusätzlich für den Zweck der Freisetzung auf den Stand der Wissenschaft.

⁸⁵ Zum Stufenprinzip im Gentechnikrecht *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (14).

⁸⁶ Für das Atomrecht BVerfGE 49, 89 (136).

⁸⁷ Gleiches gilt für das Europarecht, siehe *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (14).

⁸⁸ Zum Begriff „Restrisiko“ SRU-Sondergutachten BT-Drs. 14/2300, S. 53.

⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 142, 183, 228, 283.

mehr und mehr ubiquitäre Einsatz der Argumentationsfigur in der Rechtsprechung des BVerfG stellt aber partiell die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers – jedenfalls ihre Kontrolle – in Frage. Wohl ist es nicht Sache des Verfassungsgerichts, sich „an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen, sondern nur zu prüfen, ob der Gesetzgeber die verfassungsmäßigen Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens beachtet hat.“ Die These, dass „für eine gerichtliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des gesetzgeberischen Handelns“ nicht „Wissen desselben Umfanges notwendig“ ist, wie für Handlungen des Gesetzgebers, steht aber auf tönernen Füßen,⁹⁰ wenn dieser selbst nicht über entsprechendes Wissen verfügt. Liegen allgemein zu wenig gesicherte Erkenntnisse für Prognosen vor, kann es zwar nicht Aufgabe des Gerichts sein, Unmögliches im Prozess nachzuholen, umso mehr wäre es aber seine Aufgabe gewesen, dem Verteilungsprinzip Rechnung zu tragen und die Reduzierung des Nichtwissens zu erleichtern. Soll vom rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip etwas übrig bleiben, muss auch für das Vorsorgeprinzip die Rechtfertigungslast des Staates gelten.⁹¹ Der materielle Kern dieser Rechtfertigungslast ist zumindest in der Rechtsprechung des BVerfG bisher immer das Übermaßverbot/Verhältnismäßigkeitsprinzip gewesen. Als Kontrollmaßstab kann es seine Funktion aber nur erfüllen, wenn die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht überhandnimmt.

bb) Angemessenheit

Ausgangspunkt für die Bewertung der Zweck-Mittel-Relation ist einerseits die rechtliche Tragweite der Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit.⁹² Die Regelungen wirken sich auf Fragestellung, Methodik und Durchführung von Forschungsprojekten aus und treffen damit den Normbereich in seinem strukturellen Kern. Andererseits sind die Gefahren und Risiken gentechnisch veränderter Organismen für die menschliche Gesundheit, die Umwelt und die wirtschaftliche Existenz insbesondere von Nachbarbetrieben zu berücksichtigen.

Die größten Zweifel an der Angemessenheit bestehen hinsichtlich § 36a GenTG, weil drohende Entschädigungsansprüche in unbegrenzter Höhe faktisch prohibitiv wirken und gerade nicht zu mehr Rechts- und Planungssicherheit für die Verwender von Gentechnik führen.⁹³ Die Regelung dient daher nicht nur als präventives Instrument zur Förderung der Entwicklung, Anwendung und Durchsetzung einer guten fachlichen Praxis,⁹⁴ sondern wirkt ganz allgemein präventiv, weil bei einer Freisetzung zu Forschungszwecken bereits Einträge ab der Nachweisgrenze zu einer wesentlichen Beein-

trächtigung und damit zur Haftung führen. Das gilt umso mehr, als Gentransfers möglicherweise kaum zu vermeiden sind.⁹⁵ Das Argument, die Verwender von Gentechnik könnten ihrerseits Beeinträchtigungen von gentechnikfrei bewirtschafteten Feldern abwehren,⁹⁶ geht ins Leere, weil entsprechende Einträge keine vergleichbaren Folgen haben. Eine mögliche Verfälschung von Forschungsergebnissen kann zwar auch finanzielle Auswirkungen haben, diese sind aber nicht vergleichbar mit kaum abschätzbaren Entschädigungsforderungen.

Entgegen der Auffassung des BVerfG dürfte § 36a GenTG daher im Licht von Art. 5 Abs. 3 GG unzumutbar sein.⁹⁷ Es geht nicht darum, (außer-)universitäre Forschungseinrichtungen nicht als Störer anzusehen, sondern die Höhe der Ansprüche müsste ähnlich wie in § 33 GenTG begrenzt oder die Zahlungspflicht auf einen solventen Schuldner, z.B. einen Haftungsfonds, übergeleitet werden. Der Ausgangspunkt des Urteils, auch Forschungseinrichtungen als Störer im Sinne des privaten Nachbarrechts anzusehen, ist konsequent. Kommt es zu wesentlichen Beeinträchtigungen und in deren Folge zu Nutzungsausfällen, muss es für Geschädigte einen monetären Ausgleich geben. Ob es sich allerdings, wie das BVerfG meint,⁹⁸ nicht um eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung für rechtmäßiges Tun handelt, erscheint insofern zweifelhaft, als Ansprüche gemäß oder analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ebenfalls nicht von einem Verschulden abhängig sind.⁹⁹ Das BVerfG kann seine Einordnung aber auf die Rechtsprechung des BGH zum nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB stützen. Der Anspruch dient als Ausgleich für rechtswidrige, aber aus tatsächlichen Gründen zu dulden Störungen (z.B. nicht rechtzeitige Erkennbarkeit einer Beeinträchtigung) aus einer bestimmungsgemäßen Grundstücksnutzung.¹⁰⁰ Er geht nicht allein zurück auf das rechtmäßige Vorhandensein einer Anlage oder auf eine erlaubte Tätigkeit. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch setzt allerdings nach der Rechtsprechung des BGH eine privatwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks voraus, von dem die Störung ausgeht.¹⁰¹ Dieser Punkt trifft zumindest auf universitäre Forschungseinrichtungen nicht zu.

Die Problematik von § 36a GenTG ist die fehlende, aber aus verfassungsrechtlicher Sicht angezeigte Privilegierung wissenschaftlicher Einrichtungen. Wenn das BVerfG urteilt, dass eine Freistellung der Verwender von gentechnisch veränderten Organismen von der verschuldensunabhängigen

⁹⁰ Alle Zitate aus *Fassbender* (Fn. 4), § 76 Rn. 19.

⁹¹ *Volkman*, JZ 2004, 696 (702), der skeptisch hinsichtlich der Wirksamkeit ist; a.A. *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (12), die sich für eine Umkehr der Beweislast (Rechtfertigungslast) aussprechen, der Gesetzgeber darf dann von der Gefährlichkeit ausgehen, solange nicht das Gegenteil durch den Risikoverursacher nachgewiesen wird.

⁹² Die vom BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 304, durchaus gesehen wird.

⁹³ So aber BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 288.

⁹⁴ So aber BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 295.

⁹⁵ Das BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 310, sieht das ganz richtig und hätte aus diesem Grund zu einem anderen Ergebnis kommen müssen; siehe zur Nichtvermeidbarkeit von Einträgen auch den Vortrag der Bundesregierung, BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 109.

⁹⁶ So BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 288.

⁹⁷ A.A. *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (21).

⁹⁸ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 263.

⁹⁹ Siehe auch *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (21).

¹⁰⁰ BGHZ 155, 99 (102 ff.), der sich dort auch mit Stimmen aus der zivilrechtlichen Literatur auseinandersetzt, die darin eine Gefährdungshaftung sehen.

¹⁰¹ BGHZ 155, 99 (102).

Haftung im Nachbarrecht im Ergebnis zu einer Besserstellung führen würde, sieht es das richtig, hält aber eine Gleichbehandlung für angemessen. Dabei bleibt es das Geheimnis des Gerichts, warum ausgerechnet die haftungsrechtliche Gleichstellung des Anbaus gentechnisch veränderter Pflanzen mit dem normalen Anbau (§ 36 Abs. 3 GenTG) den Einsatz gentechnisch veränderter Kulturen fördert.¹⁰² Die Gleichbehandlung folgt zwar der Vorsorgelogik.¹⁰³ Wie aber soll bei einer Umkehr der Rechtfertigungslast unter den gegebenen rechtlichen Bedingungen die wissenschaftliche Forschung geleistet werden, die notwendig wäre, um die (Un-)Gefährlichkeit zu beweisen? Hält man diesen Nachweis für erforderlich, muss man Forschungseinrichtungen privilegieren. Das gilt besonders für Hochschulen, wenn und weil diese nicht unbedingt wirtschaftliche Interessen verfolgen. Das Urteil folgt trotz dieser Widersprüchlichkeit der Vorsorgelogik. Dieser ist es geschuldet, dass das BVerfG zu seinem Ergebnis kommt, obwohl es die Bedeutung der Sicherheitsforschung, Entwicklungsforschung und Begleitforschung auf dem Gebiet der grünen Gentechnik ebenso sieht wie den Umstand, dass derartige Forschungen und Aussagen zu Wechselwirkungen mit dem umgebenden Ökosystem nicht möglich sind ohne Freisetzungen und entsprechende Feldversuche.¹⁰⁴

Insgesamt mag sich der Gesetzgeber um einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Rechtspositionen bemüht haben.¹⁰⁵ Gelingen ist er ihm in diesem Fall nicht. Gleiches gilt für das BVerfG. Die Urteilsbegründung stützt es sich zu sehr auf § 1 Nr. 1 GenTG,¹⁰⁶ liest § 1 Nr. 2 GenTG einseitig und vernachlässigt § 1 Nr. 3 GenTG.¹⁰⁷ Auch für die Wissenschaftsfreiheit gilt: Freiheit ist ohne Risiko nicht zu haben. Den „alten Traum vom Triumph über die Gefährlichkeit des Lebens“¹⁰⁸ sollte der Mensch besser nicht träumen.

IV. Fazit

Das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des geltenden GenTG ist, soweit ersichtlich, überwiegend begrüßt worden. Zustimmung ist aber nicht mit Überzeugungskraft zu verwechseln. Die normative Kraft von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG hat einmal mehr gelitten.¹⁰⁹ Diesmal ging es nicht um Hochschulstrukturen, den Einfluss von Gruppen oder Studienbedingungen, sondern um Inhalt und Realisierbarkeit von Forschungsvorhaben und damit um den Kern der Wissenschaftsfreiheit. Die Frage nach den Bedingungen für gentechnische

Forschungen betrifft nur vordergründig den „Forschungsstandort Deutschland.“ Die Frage reicht viel tiefer, weil der Umgang mit der Wissenschaftsfreiheit ein Gradmesser für die Liberalität eines Gemeinwesens ist. Die Möglichkeit des Einzelnen, von seiner Freiheit Gebrauch zu machen, ist von rechtlichen und tatsächlichen Umständen abhängig. Wer Freiheiten wahrnimmt, ist für sein Tun verantwortlich – gerade auch mit Blick auf die Zukunft. Die Frage, ob der Schutz der Lebensgrundlagen künftiger Generationen besser durch eine Bewahrung des status quo oder durch Veränderungen gelingt, muss aber erlaubt sein. Es gibt gute Gründe, mit der Gentechnik vorsichtig umzugehen, vielleicht sogar auf sie zu verzichten. Die Verantwortung für diese Entscheidung sollte aber auf Wissen oder zumindest belastbaren Prognosen beruhen. Beides gewinnt man nicht durch „staatliche Bevormundung, Lenkung oder Beeinträchtigung [...] wissenschaftlicher Tätigkeit.“¹¹⁰

¹⁰² BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 282.

¹⁰³ Dazu allgemein *Calliess/Korte*, DÖV 2006, 10 (12).

¹⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 311.

¹⁰⁵ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 307.

¹⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 174, 206, überragendes Gewicht der Gemeinwohlziele.

¹⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 310.

¹⁰⁸ *Volkman*, JZ 2004, 696 (702).

¹⁰⁹ Siehe nur BVerfGE 111, 333 – Brandenburg. Immerhin hat das BVerfG in seinem Beschluss zum hamburgischen Hochschulgesetz dem Gesetzgeber wieder Grenzen aufgezeigt, Beschl. v. 20.7.2010 – 1 BvR 748/06. Allgemein zur normativen Kraft der Verfassung *Hesse* (Fn. 38), Rn. 41 ff.; allgemein *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

¹¹⁰ *Hesse* (Fn. 38), Rn. 401.

Europäisierung des Umweltstrafrechts

Von Richterin am Landgericht Dr. **Svenja Ruhs**, Limburg an der Lahn/Karlsruhe*

Wir haben europäisch gesprochen. Das ist eine neue Sprache, die man wird lernen müssen.

Aristide Briand (1862-1932)

I. Einleitung

Die Ölkatastrophe im Golf von Mexiko hat es wieder eindrücklich gezeigt – die Umwelt folgt ihren eigenen Gesetzen und nimmt keine Rücksicht auf Ländergrenzen. Längst haben die Verantwortlichen erkannt, dass Klima- und Umweltschutz eine globale Aufgabe darstellen. Demzufolge bestehen bereits seit Jahrzehnten auf internationaler Ebene vielfältige Bemühungen, Maßnahmen zum Umweltschutz zu koordinieren und Schutzstandards anzuleichen. Auf rechtlicher Ebene existiert inzwischen eine Reihe von internationalen Abkommen, die sich mit grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen und ihrer Vermeidung befassen.¹ Die EG ist seit den 1970er Jahren zahlreichen multilateralen Umweltübereinkommen beigetreten, so etwa der Konvention über den Schutz des Mittelmeeres gegen Verschmutzung², dem Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverschmutzungen³, dem Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht⁴ und dem Basler Übereinkommen über die Kontrolle grenzüberschreitender Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung⁵. Seitdem hat die Union zum Schutz der Umwelt einige hundert Rechtsakte erlassen⁶ und sich um die Harmonisierung des Umweltrechts bemüht. Die Bedeutung, die dem Umweltschutz auf Unionsebene zukommt, zeigt sich auch darin, dass der Umweltschutz nach Art. 191 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 174 Abs. 1 EGV) ein eigenständiges Vertragsziel darstellt. Art. 3 Abs. 3 EUV (ex-Art. 2 EUV) und Art. 191 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 174 Abs. 2 EGV) schreiben zudem ein hohes Maß an Umweltschutz und an Verbesserung der Qualität der Umwelt als Aufgabe der Union ausdrücklich fest. Dem Strafrecht kommt hierbei die unverzichtbare Funktion zu, das vorhandene privat- und verwaltungsrechtliche Instrumentarium zum Schutz der Umwelt mit repressiven Mitteln zu flankieren, um einen effektiven Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Inzwischen hat die Union auch auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts von dem ihr zur Verfügung stehenden Instrumentarium zur Rechtsangleichung Gebrauch

gemacht, um der Globalität von Umweltbeeinträchtigungen Rechnung zu tragen. Dies impliziert immer auch die Grundsatzfrage danach, wie weit das nationale Strafrecht von Unionsrecht beeinflusst werden darf. Im Folgenden soll daher der Harmonisierungsstand des Strafrechts nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 am Beispiel des Umweltstrafrechts aufgezeigt werden.

II. Harmonisierung auf europäischer Ebene

Ausgangspunkt jeder Überlegung zur Europäisierung des Strafrechts ist die Feststellung, dass der Union keine Rechtssetzungskompetenz auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts zusteht.⁷ Auch der Vertrag von Lissabon, der die Möglichkeiten zur Strafrechtsangleichung deutlich erweitert hat, hat lediglich auf dem Gebiet der EU-Betrugsbekämpfung eine Grundlage für den Erlass supranationaler Straftatbestände geschaffen.⁸ Die Zurückhaltung bei der Schaffung von Kompetenzgrundlagen zum Erlass europäischer Strafnormen liegt nicht zuletzt in der besonderen Kultur- und Traditionsnähe und der hohen Eingriffsintensität des Strafrechts begründet. Das Strafrecht gilt als wichtiger Kernbestand nationalstaatlicher Souveränität und nationaler Identität und ist Spiegel grundlegender sozialer, kultureller und politischer Wertentscheidungen.⁹ Gleichwohl verfügt das Unionsrecht über ver-

* Die Verf. ist Richterin am Landgericht Limburg an der Lahn, derzeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an den Bundesgerichtshof abgeordnet. Zudem ist sie Lehrbeauftragte der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ Vgl. hierzu die exemplarische Übersicht bei Hecker, in: Sieber/Satzger (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Strafrechts, 2011, § 28 Rn. 2.

² ABl. EG 1977 Nr. L 240 und ABl. EG 2004 Nr. L 261.

³ ABl. EG 1981 Nr. L 171.

⁴ ABl. EG 1988 Nr. L 297.

⁵ ABl. EG 1993 Nr. L 39.

⁶ Breier, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2003, § 13 Rn. 55.

⁷ Ambos, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor §§ 3-7 Rn. 9; Dannecker, in: Eser/Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 4/3, 1995, S. 40; Eisele, JZ 2001, 1157; Gröblichhoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 141; Jokisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, S. 63; Satzger, in: Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der EU, 2002, S. 72; Zimmermann, Jura 2009, 844 (845).

⁸ Der Wegfall der in ex-Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV enthaltenen Vorbehaltsklausel, wonach die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege unberührt bleibe, sowie die Offenheit des Art. 235 Abs. 4 AEUV für die Wahl der Handlungsform (Richtlinie oder Verordnung) lassen den Schluss zu, dass der Weg für ein supranationales Europäisches Strafrecht auf dem Gebiet der EU-Betrügereien geöffnet ist. So auch Fromm, EG-Rechtssetzungsbefugnis im Kriminalstrafrecht, 2009, S. 61 ff., 73; Hecker, IurRatio 2009, 81 (85); Hecker (Fn. 1), § 10 Rn. 26; Heger, ZIS 2009, 406 (416); Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (18); Meyer, NStZ 2009, 657 (658); Rosenau, ZIS 2008, 9 (16); Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 18 ff.; Satzger, KritV 2008, 17 (25); Sieber, ZStW 121 (2009), 1 (59); Zimmermann, Jura 2009, 844 (845 f.).

⁹ Hecker, JA 2002, 723 (729); Kudlich, JA 1999, 525 (525); Kühl, in: Köbler/Heinze/Hromadka (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, 2000, S. 613 (S. 616); Perron, ZStW 109 (1997),

schiedene Instrumente, um auf das nationale Strafrecht Einfluss zu nehmen.

1. Konvention zum Schutz der Umwelt vom 4.11.1998

Den Beginn der Bemühungen um eine Harmonisierung des Umweltstrafrechts auf europäischer Ebene markiert die Konvention des Europarates zum Schutz der Umwelt durch Strafrecht vom 4.11.1998¹⁰. In diesem Übereinkommen werden umweltstrafrechtliche Tatbestände formuliert, die von den beitretenden Staaten in nationales Recht umzusetzen sind. Bisher ist jedoch die zum Inkrafttreten der Konvention erforderliche Mindestzahl von drei Ratifikationen nicht zustande gekommen, da bislang lediglich Estland das Übereinkommen ratifiziert hat.

2. Vorschlag einer Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 13.3.2001

Am 13.3.2001 legte die Kommission erstmals einen auf ex-Art. 175 EGV gestützten Richtlinienvorschlag über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt¹¹ vor. Nach Auffassung der Kommission reichten die bestehenden nationalen Sanktionsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten nicht aus, um die Einhaltung des gemeinschaftlichen Umweltrechts zu gewährleisten. Der Vorschlag enthielt daher Sanktionsverpflichtungen, die sicherstellen sollten, dass vorsätzliche oder grob fahrlässige Verstöße gegen bestimmte Umweltschutzvorschriften der Gemeinschaft oder gegen harmonisiertes Umweltrecht von den mitgliedstaatlichen Justizbehörden mit hinreichend wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen geahndet werden. Damit stellte sich die vielfach diskutierte Grundsatzfrage, ob der früheren EG eine Anweisungskompetenz auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts überhaupt zustand und wie weit diese ggf. reichte. Vereinzelt wurde der EG eine strafrechtliche Anweisungskompetenz vor allem unter Hinweis auf die nationale Souveränität im Bereich der Kriminalstrafgesetzgebung schlechthin abgesprochen.¹² Polemisch wurde von einer beginnenden Einverleibung des Strafrechts durch die „Brüsseler Krake“ gesprochen und die Befürchtung geäußert, hiermit werde der Weg für eine „Totalharmonisierung des Strafrechts“ geebnet und der nationale Gesetzgeber zum „Brüsseler Lakaien“ degradiert.¹³ Demgegenüber erkannte die ganz h.L. eine strafrechtliche Anweisungskompetenz – ungeachtet von Meinungsverschie-

denheiten hinsichtlich ihrer Reichweite – im Grundsatz an.¹⁴ Die im Rat vertretenen Mitglieder befürchteten jedoch ebenfalls seit jeher, durch die Verabschiedung einer Richtlinie mit kriminalstrafrechtlichen Anweisungen einen zu großen Teil ihrer nationalen Souveränität einzubüßen. Auch die deutsche Bundesregierung sprach sich mit diesen Erwägungen gegen eine Anweisungsbefugnis der EG auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts aus.¹⁵ Entsprechend seiner früheren Praxis lehnte der Rat daher mit überwältigender Mehrheit die Annahme der Richtlinie ab.

3. Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht vom 27.1.2003

Am 27.1.2003 verabschiedete der Rat stattdessen einen Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, der am 6.2.2003 in Kraft getreten ist.¹⁶ Inhaltlich lehnte sich der Rahmenbeschluss weitgehend an das Übereinkommen des Europarates vom 4.11.1998 an. Dieses Vorgehen im Bereich der dritten Säule, der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit (PJZS) auf der Grundlage von ex-Art. 29, 31 lit. e, 34 Abs. 2 lit. b EUV, hatte den Vorteil, dass sich die Harmonisierung außerhalb des Gemeinschaftsrechts bewegte und ein Widerspruch zu der Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten von vornherein nicht auftreten konnte. Die Kommission vertrat jedoch die Auffassung, ein gemeinschaftsrechtlicher Besitzstand bei Umweltkriminalität könne nur durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt werden. Dies gelte insbesondere für den in dem Rahmenbeschluss enthaltenen Katalog umweltkrimineller Handlungen, die bei vorsätzlicher und fahrlässiger Vornahme mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Strafen bedroht werden sollten. Die Kommission reichte daher Klage auf Nichtigerklärung des Rahmenbeschlusses beim EuGH ein. Mit Urteil vom 13.9.2005 erklärte der EuGH den Rahmenbeschluss für nichtig.¹⁷ Damit ist der EuGH dem Ansatz der h.L. gefolgt, die eine strafrechtliche Anweisungskompetenz der EG bejaht. Der EuGH hat ausgeführt, dass das Strafrecht zwar ebenso wie das Strafprozessrecht grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft falle. Dies hindere den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die erforderlich seien, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen

281 (282); Tiedemann, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung des Strafrechts, 1997, S. 134.

¹⁰ ETS Nr. 172.

¹¹ KOM (2001) 139 endg. (ABl. EG 2001 Nr. C 180 E, S. 238).

¹² Braum, KritV 1998, 460 (471 f.); Moll, Europäisches Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung, 1998, S. 207 ff., 215 ff., 224; Oehler, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 1399 (S. 1408); Ritter, ZStW 105 (1993), 30 (42).

¹³ Hefendehl, ZIS 2006, 161 (167); in diese Richtung auch Schünemann, StV 2003, 531 (533); Wegener/Greenawald, ZUR 2005, 585 (588).

¹⁴ Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 30 ff.; Böse, Strafe und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 61 ff.; Dannecker, Jura 2006, 95 (97 f.); Dannecker, Jura 1998, 79 (81 ff.); Gröbblinghoff (Fn. 7), S. 91 ff.; Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 8 Rn. 30; Hugger, Strafrechtliche Anweisungen, 1998, S. 54; 62 ff.; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 407 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu BT-Drs. 14/4991, S. 9.

¹⁶ ABl. EG 2003 Nr. L 29.

¹⁷ EuGH Slg. 2005, I-7879 – Umweltstrafrecht.

der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstelle. Die etwa in ex-Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV enthaltenen Vorbehaltsklauseln, wonach die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege unberührt bleiben, stünden der Annahme einer strafrechtlichen Anweisungskompetenz der EG im Bereich der Umweltpolitik nicht entgegen. Aufgrund der Subsidiarität der mitgliedstaatlichen Befugnisse im Rahmen der 3. Säule nach ex-Art. 29, 47 EUV lag nach Auffassung des EuGH in der Verabschiedung der Rahmenrichtlinie eine unzulässige Beschränkung sekundärrechtlicher Kompetenzen der EG. Seinen Standpunkt, wonach angesichts der Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten kein Bereich des nationalen Rechts – auch nicht das nationale Strafrecht – per se den Harmonisierungsbefugnissen der EG entzogen sei, hat der EuGH nochmals in seinem Urteil vom 23.10.2007¹⁸ bekräftigt, mit dem er den Rahmenbeschluss des Rates vom 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe für nichtig erklärt hat. Auch hier äußerte der EuGH die Auffassung, die Vorschriften des Rahmenbeschlusses hätten auf der Grundlage der Bestimmungen über die gemeinsame Verkehrspolitik (ex-Art. 70 ff. EGV, Art. 90 ff. AEUV) erlassen werden können.

4. Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 19.11.2008

Unter dem Eindruck des Urteils des EuGH vom 13.9.2005 legte die Kommission am 9.2.2007 einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt¹⁹ vor. Nach jahrelangen Kompetenzstreitigkeiten trat die Richtlinie 2008/99/EG des EP und des Rates vom 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt²⁰ in Kraft. Die Richtlinie legt strafrechtliche Maßnahmen fest, die einem wirksameren Umweltschutz dienen sollen. Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, in ihren nationalen Rechtsvorschriften strafrechtliche Sanktionen für schwere Verstöße gegen das gemeinschaftliche Umweltschutzrecht vorzusehen. Die Richtlinie erreicht dabei keine Vollharmonisierung, sondern gibt lediglich einen Mindestschutzstandard vor, der von den Mitgliedstaaten überschritten werden darf.

Art. 3 der Richtlinie enthält einen Katalog mit umweltschädlichen rechtswidrigen Handlungen, die bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Begehungsweise unter Strafe gestellt werden müssen. Anhand der Schutzrichtung lassen sich neun Typen umweltrechtlicher Verstöße unterscheiden:

- Art. 3 lit. a erfasst verschiedene Arten der Freisetzung schädlicher Stoffe oder ionisierender Strahlung,
- Art. 3 lit. b und c verpflichten zur Kriminalisierung diverser abfallrechtlicher Verstöße,
- Art. 3 lit. d hat den Betrieb von Anlagen zum Gegenstand,

- Art. 3 lit. e befasst sich mit dem Umgang mit radioaktiven Stoffen,
- Art. 3 lit. f und g haben den Artenschutz zum Ziel,
- Art. 3 lit. h dient der Bewahrung natürlicher Lebensräume in besonders geschützten Gebieten,
- Art. 3 lit. i zielt auf den Schutz der Ozonschicht ab, indem den Mitgliedstaaten aufgegeben wird, bestimmte Formen des Umgangs mit für diese schädlichen Stoffen zu kriminalisieren.

Die Richtlinie sucht eine Bestrafung bloßen Verwaltungsunrechts zu vermeiden, indem sie an bestimmte Erheblichkeitsschwellen und Eignungserfordernisse anknüpft. Auf diese Weise soll dem ultima-ratio-Gedanken des Strafrechts Rechnung getragen werden, um den Einsatz des Kriminalstrafrechts auf Umweltrechtsverstöße zu beschränken, die zu einer Gefährdung oder Verletzung umweltbezogener Rechtsgüter führen. Ihrem Wortlaut nach sind die im Katalog des Art. 3 aufgelisteten Taten als Allgemeindelikte ausgestaltet, pönalisieren jedoch regelmäßig Handlungen, die von Anlagenbetreibern und ihren Mitarbeitern vorgenommen werden. Daher ergibt sich keine nennenswerte Divergenz zu den Sonderdelikten der §§ 324 ff. StGB. Die Katalogtaten sind mit Ausnahme von Art. 3 lit. f als schlichte Tätigkeitsdelikte konzipiert, die grundsätzlich keinen Taterfolg voraussetzen. Der Richtliniengeber geht davon aus, dass das Unterlassen einer gesetzlich vorgeschriebenen Handlung dieselbe Wirkung entfaltet wie aktives Handeln.

Als rechtswidrig definiert Art. 2 lit. a Verstöße gegen die im Anhang A aufgeführten Rechtsakte der Gemeinschaft oder gegen nationale Gesetze, verwaltungsrechtliche Vorschriften oder Entscheidungen einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats, die der Umsetzung der vorgenannten Rechtsakte dienen. Auf diese Weise wird die europarechtsakzessorische Tatbestandsstruktur des europäischen Umweltstrafrechts deutlich²¹. Art. 4 der Richtlinie ordnet an, dass Anstiftung und Beihilfe zu den in Art. 3 genannten vorsätzlichen Handlungen unter Strafandrohung gestellt werden. Art. 5 verlangt den Mitgliedstaaten die Einführung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen ab. In Art. 6 und 7 finden sich Anordnungen über die Haftung juristischer Personen, wobei die Androhung nichtkriminalstrafrechtlicher Sanktionen als ausreichend erachtet wird. Art. 8 enthält die Verpflichtung, die Richtlinie bis zum 26.12.2010 in nationales Recht umzusetzen. Der deutsche Gesetzgeber ist bemüht, dem nachzukommen, wobei die Umweldelikte des deutschen Strafrechts den Harmonisierungsvorgaben der Richtlinie bereits weitgehend entsprechen.²² Derzeit liegt ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums zur Änderung der §§ 324 ff. StGB vor.

¹⁸ EuGH Slg. 2007, I-9097 – Meeresverschmutzung.

¹⁹ KOM (2007) 51 endg.

²⁰ ABl. EU 2008 Nr. L 328, S. 28.

²¹ Hecker (Fn. 1), § 28 Rn. 16; Heger, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, 2009, S. 296 ff.

²² Zum Änderungsbedarf vgl. Hecker (Fn. 1), § 28 Rn. 21 ff.; Heger (Fn. 21), S. 275 ff.; Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor §§ 324 ff. Rn. 7e; Zimmermann, ZRP 2009, 74 (76 f.).

III. Europäisierung nationalen Strafrechts am Beispiel des Umweltstrafrechts

1. Annexkompetenz

a) Rechtsgrundlage

Wie bereits ausgeführt, hat der EuGH in Übereinstimmung mit der h.L. bereits auf der Grundlage des EGV eine Anweisungskompetenz der früheren EG auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts anerkannt, was den Erlass der Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt überhaupt ermöglichte. Der Vertrag von Lissabon enthält in Art. 83 Abs. 2 AEUV nunmehr ausdrücklich eine strafrechtliche Anweisungskompetenz der Union als Rechtsnachfolgerin der EG. De facto normiert diese Bestimmung eine Befugnis der Union zur Angleichung des mitgliedstaatlichen Strafrechts, soweit sich dieses als Annex zu einem bereits harmonisierten Politikbereich darstellt. Danach können durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen festgelegt werden, soweit die Angleichung der Strafnormen der Mitgliedstaaten für die wirksame Durchsetzung der Unionspolitik in einem harmonisierten Bereich unerlässlich ist. Hierbei sind nicht nur die Strafbarkeitsvoraussetzungen, sondern auch die Strafen auf der Rechtsfolgen-seite einer Mindestangleichung zugänglich. Zentrale Voraussetzung für die Begründung einer strafrechtlichen Anweisungskompetenz ist jedoch nach wie vor der Nachweis einer entsprechenden Rechtsgrundlage im Primärrecht. Dies beruht darauf, dass die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten auf dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung nach Art. 5 Abs. 1, 2 EUV, Art. 7 AEUV (ex-Art. 5 Abs. 1, 7 Abs. 1, 249 Abs. 1 EGV) beruht. Danach wird die Union nur innerhalb der ihr zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig. Die Organe der Union bedürfen daher für jeden Rechtsakt einer ausdrücklichen oder zumindest im Wege der Auslegung ermittelbaren Ermächtigungsgrundlage im AEUV. Dieses Erfordernis besteht auch nach Schaffung des Art. 83 Abs. 2 AEUV fort, da eine Annexkompetenz zur Strafrechtsangleichung angenommen werden kann, wenn sie bereits in einer den betreffenden Politikbereich regelnden Vertragsbestimmung enthalten ist. Art. 83 Abs. 2 AEUV knüpft lediglich an diese strafrechtlichen Harmonisierungsbefugnisse der Union an und präzisiert diese. Anders als Art. 83 Abs. 1 AEUV, der eine originäre Kompetenz zur Strafrechtsangleichung in Fällen besonders schwerwiegender grenzüberschreitender Kriminalität enthält, bedarf die aus der strafrechtlichen Annexkompetenz resultierende Anweisungsbefugnis einer zusätzlichen Grundlage im Primärrecht. Für den Bereich des Umweltstrafrechts ist Art. 192 Abs. 1 AEUV die einschlägige Rechtsgrundlage. Streng hiervon zu trennen ist die Frage einer Rechtssetzungskompetenz, die unmittelbar geltende Strafrechtsnormen schafft und die der Union auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts gerade nicht zusteht. Die strafrechtliche Anweisung zeichnet sich dadurch aus, dass sie – typischerweise mit dem Instrument der Richtlinie – lediglich eine an die Mitgliedstaaten adressierte gesetzgeberische Handlungspflicht vorschreibt. Den nationalen Gesetzgebern wird im Ziel verbindlich vorgeschrieben, nationales Strafrecht zu schaffen. Dem trägt die

Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt Rechnung, indem sie den Mitgliedstaaten durch die bloße Vorgabe von Mindestanforderungen an einen strafrechtlichen Schutz der Umwelt einen hinreichenden legislativen Umsetzungsspielraum belässt.

b) Grenzen

Die Frage der Ermächtigung zu einer strafrechtlichen Anweisungsbefugnis impliziert auch die Frage nach den Grenzen einer solchen Kompetenz. Begrenzt wird sie zunächst durch das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 UAbs. 1 EUV. Danach darf die Union in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können. Das Subsidiaritätsprinzip hat seinen Niederschlag in Art. 83 Abs. 2 AEUV gefunden, wonach die Anweisungsbefugnis unter dem Primat der Unerlässlichkeit der Angleichung von Strafvorschriften steht. Das BVerfG hat sich in seinem Urteil vom 30.6.2009²³, mit dem es das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und das diesbezügliche Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt hat, auch intensiv mit Art. 83 AEUV auseinandergesetzt. Grundsätzlich hat es zur Harmonisierung des Strafrechts ausgeführt, dass die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für dahingehende Schritte wegen der empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Verfahrensnormen keinesfalls extensiv auszulegen seien. Ihre Nutzung bedürfe besonderer Rechtfertigung. Das Strafrecht diene in seinem Kernbestand nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern stehe für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum. In Bezug auf die Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV legt das BVerfG²⁴ das Unerlässlichkeitserfordernis dahingehend aus, dass eine Strafrechtsangleichung nur bei – empirischem – Nachweis eines gravierenden Vollzugsdefizits erfolgen dürfe, welches nur durch eine Strafandrohung beseitigt werden könne. Dies erscheint jedoch problematisch. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts können sich die Grenzen der strafrechtlichen Anweisungsbefugnis nur aus dem Unionsrecht selbst ergeben. Aus unionsrechtlicher Sicht dient Art. 83 Abs. 2 AEUV dem Schutz der Unionsinteressen und der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts. Dieser aus dem Prinzip der Unionstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV abzuleitende Schutzauftrag würde bei nicht leistbaren Anforderungen – etwa dem Nachweis von Vollzugsdefiziten – letztlich leer laufen.²⁵ Verfehlt ist daher auch der Vorschlag, die strafrecht-

²³ BVerfG NJW 2009, 2267.

²⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2288); zustimmend *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397 (403); *Satzger* (Fn. 8), § 9 Rn. 1; *Suhr*, ZEuS 2009, 687 (713); *Zimmermann*, Jura 2009, 844 (850).

²⁵ *Hecker* (Fn. 14), § 8 Rn. 48; in diese Richtung auch *Kubiściel*, GA 2010, 99 (105); *Reiling/Reschke*, wistra 2010, 47 (49).

liche Annexkompetenz in Analogie zu Art. 83 Abs. 1 AEUV auf den Bereich schwerer Kriminalität zu beschränken.²⁶ Auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts dürfte die Erforderlichkeit der Rechtsvereinheitlichung zur Durchsetzung von Harmonisierungsmaßnahmen i.S.v. Art. 83 Abs. 2 AEUV regelmäßig zu bejahen sein, da die typischerweise grenzüberschreitende Problematik von Umweltbeeinträchtigungen entsprechend einen grenzüberschreitenden, einheitlichen Schutz der Umwelt fordert, der Divergenzen im Schutzniveau der beteiligten Länder möglichst vermeidet. Diesem Ziel trägt die Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt durch die Schaffung von verbindlichen Mindeststandards Rechnung.

Flankiert wird das Subsidiaritätsprinzip von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der durch Art. 5 Abs. 4 UAbs. 1 EUV auf das Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten ausgedehnt wird. Voraussetzung ist damit, dass die Maßnahme zur Erreichung des Unionsziels geeignet, erforderlich und angemessen ist. Bei mehreren geeigneten Maßnahmen muss die für die Mitgliedstaaten am wenigsten belastende ausgewählt werden.

Das in Art. 4 Abs. 2 EUV verankerte Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten und die in Art. 5 EUV enthaltenen Schranken der Kompetenzen der Union bilden ein strafrechtsspezifisches Schonungsgebot.²⁷ Dieses beinhaltet in Bezug auf das im Kontext des Umweltstrafrechts zentrale Harmonisierungsinstrument der Richtlinie, dass diese die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Strafvorschriften weder auf der Tatbestands- noch auf der Rechtsfolgenseite detailliert vorgeben darf. Die Richtlinie muss es den nationalen Gesetzgebern ermöglichen, die zu schaffende Strafnorm unter Wahrung der Kohärenz ihres Sanktionensystems in die nationale Rechtsordnung zu integrieren. Die Richtlinie 2008/99/EG entspricht diesen Anforderungen, zumal sie lediglich einen Mindeststandard schafft, der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, einen hierüber hinausgehenden Schutz vor Umwelteingriffen zu gewährleisten.

Art. 82 Abs. 3 AEUV räumt den Mitgliedstaaten ein Vetorecht ein. Danach kann ein Mitgliedstaat, der durch den Erlass einer der Strafrechtsangleichung dienenden Richtlinie grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berührt sieht, das ordentliche Gesetzgebungsverfahren blockieren und sich der Rechtsharmonisierung entziehen. Die übrigen Mitgliedstaaten können die Richtlinie jedoch im Wege einer verstärkten Zusammenarbeit erlassen, so dass sie nur ihnen gegenüber Wirkung entfaltet.

c) Annexkompetenz und Umweltstrafrecht

Der Umweltschutz wird heute maßgeblich durch die Umweltpolitik der Union geprägt. Eine Aufwertung erfuhr der gemeinschaftliche Umweltschutz 1987 durch die Einfügung

²⁶ So aber *Bacigalupo*, ZStW 116 (2004), 326 (329); *Walter*, ZStW 177 (2005), 912 (929); dagegen ebenfalls *Böse*, ZIS 2010, 76 (87); *Hecker* (Fn. 14), § 8 Rn. 48.

²⁷ *Böse*, ZIS 2010, 75 (86); *Eisele*, JZ 2001, 1157 (1163); *Hecker* (Fn. 14), § 8 Rn. 55; *Satzger* (Fn. 14), S. 166 ff.; *Satzger* (Fn. 8), § 9 Rn. 9, 27.

eines besonderen Umweltkapitels in den ex-EGV. Nach der Zielsetzung des Art. 191 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 174 Abs. 1 EGV) dient die Umweltpolitik der Erhaltung und dem Schutz der Umwelt sowie einer Verbesserung ihrer Qualität, dem Schutz der menschlichen Gesundheit, der umsichtigen und rationellen Verwendung der natürlichen Ressourcen und der Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler und globaler Umweltprobleme. Schwerpunkte der bisherigen Harmonisierungsbemühungen bildeten die Bereiche Abfallwirtschaft, Chemikaliensicherheit, Gewässer-, Natur- und Klimaschutz. Damit ist bereits abzusehen, welche Bestimmungen des mitgliedstaatlichen Strafrechts von einer Rechtsangleichung gemäß Art. 83 Abs. 2 AEUV erfasst sein können. Eine Angleichung des mitgliedstaatlichen Umweltstrafrechts erscheint im Interesse einer effektiven Flankierung der Umweltpolitik der Union dringend geboten. Wie bereits oben ausgeführt, ist Art. 192 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 175 Abs. 1 EGV) die einschlägige Rechtsgrundlage auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts. Denkbar ist ebenfalls ein Rückgriff auf Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EGV), da divergierende umweltstrafrechtliche Standards in den Mitgliedstaaten zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, die das Binnenmarktziel konterkarieren.

2. Richtlinienkonforme Auslegung

a) Begründung

Das Institut der unionsrechtskonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften erweist sich auch auf dem Gebiet des Strafrechts als einer der wichtigsten Europäisierungsfaktoren. Bedeutsamster Unterfall ist die richtlinienkonforme Auslegung. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die nationalen Gerichte gehalten, insbesondere ein speziell zur Umsetzung einer Richtlinie erlassenes Gesetz im Lichte ihres Wortlauts und Zwecks auszulegen, um das in Art. 288 UAbs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 2 EGV) genannte Ziel zu erreichen. Den Gerichten obliege mithin die Pflicht, das zur Durchführung einer Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des ihnen vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.²⁸ Seine unionsrechtliche Grundlage hat das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nach der Rechtsprechung des EuGH²⁹ wie auch der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung³⁰ und der h.L.³¹ in dem Loyalitätsgebot des Art. 4

²⁸ EuGH Slg. 1984, 1891 (1909 Rn. 26 ff.) – von Colson und Kamann; EuGH Slg. 1984, 1921 (1942 Rn. 26 ff.) – Harz.

²⁹ EuGH Slg. 1986, 1651 (1690); EuGH Slg. 1987, 3969 (3986); EuGH Slg. 1992, I-131(148); EuGH Slg. 2004, I-8835 (8916 Rn. 110, 8917 Rn. 113); EuGH Slg. 2006, I-6057 (6127 Rn. 93, 6131 Rn. 108); EuGH NJW 2010, 427 (429).

³⁰ BVerfGE 75, 223 (237); BVerfG NJW 1988, 2173 (2173); BGH NJW 1998, 2208 (2210); BGH NJW 2006, 497 (497); BGH NJW 2009, 427 (428).

³¹ *Ambos* (Fn. 14), § 11 Rn. 42 ff.; *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 256 ff.; *Dannecker*, Jura 2006, 173 (175); *Heise*, Europäisches Gemeinschaftsrecht

Abs. 3 UAbs. 2, 3 EUV (ex-Art. 10 EGV) und der Umsetzungsverpflichtung des Art. 288 UAbs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 3 EGV).

b) Grenzen

Nach zutreffender Auffassung³² darf sich die unionskonforme Auslegung nur im Rahmen der nationalen Auslegungsgrenzen bewegen. Die Gegenansicht³³, wonach die unionskonforme Auslegung hierüber hinausgehen darf, verkennt, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht eine Kollisionsregel darstellt, die nur im Falle eines Widerspruchs zwischen unmittelbar geltendem Unionsrecht und nationalem Recht zum Zuge kommt. Darüber hinaus lässt sich diesem Prinzip kein Postulat einer nationalen Auslegungsgrenzen durchbrechenden unionsrechtskonformen Interpretation entnehmen. Wäre der Wortlaut einer Norm nicht mehr äußerste Auslegungsgrenze, würden die Grenzen zwischen Legislative und Judikative in unzulässiger Weise vermischt, da die Rechtsprechung dann faktisch die Rolle des Normgebers übernehme.

Eine Begrenzung der richtlinienkonformen Auslegung findet sich auch in zeitlicher Hinsicht. Zu Recht vertritt die h.L. die Auffassung, dass Richtlinien erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist rechtliche Relevanz zukommt und eine richtlinienkonforme Auslegung erst nach Fristablauf zulässig ist³⁴. Die Ansicht, die eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bereits vorher annimmt, übersieht, dass die Regelungs- und Bindungswirkung, die der Richtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist zukommt, im Gegensatz zu der richtlinienkonformen Auslegung nicht auf die materielle Umsetzung der Richtlinienvorgaben gerichtet ist. Da die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch in der Umsetzungsverpflichtung gemäß Art. 249 Abs. EGV begründet ist, kann eine Bindung der nationalen Gerichte und Behörden an die materiellen Vorgaben der Richtlinie folgerichtig auch erst mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist bejaht werden.

und nationales Strafrecht, 2. Aufl. 1999, S. 92 ff.; *Satzger* (Fn. 14), S. 527 ff.; *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 336 ff.; *Veelken*, JuS 1993, 265 (271).

³² So auch *Everling*, ZGR 1992, 376 (388); *Gstaltmeyr*, Bewehrung von EG-Richtlinien, 1998, S. 211 ff.; *Hecker* (Fn. 14), § 10 Rn. 26 f.; *Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 26; *Jarass*, EuR 1991, 211 (218); *Köhne*, Die richtlinienkonforme Auslegung im Umweltstrafrecht, 1997, S. 93; *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777 (784).

³³ *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 103; *Heise* (Fn. 31), S. 99 f.; *Franzheim/Kreß*, JR 1991, 402 (403); *Lutter*, JZ 1002, 593 (604); *Spetzler*, DB 1993, 553 (554).

³⁴ So auch *Bach*, JZ 1990, 1108 (1111); *Böse* (Fn. 14), S. 427; *Brechmann* (Fn. 31), S. 264 f.; *Ehricke*, RabelsZ 59 (1995), 598 (621 f.); *Gstaltmeyr* (Fn. 29), S. 206 ff.; *Klein*, in: *Due/Lutter/Schwarze* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, S. 647; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121 (125); *Schröder* (Fn. 31), S. 461 ff.; *Weiß*, DVBl 1998, 568 (575).

Zur Frage der richtlinienkonformen Auslegung im Strafrecht hat der EuGH in der Entscheidung „Kolpinghuis Nijmegen“ grundlegend Stellung genommen. Danach findet diese „ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, und insbesondere in dem Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot“³⁵. In der Entscheidung „Strafverfahren gegen X“³⁶ hat der EuGH dies präzisiert und klargestellt, dass der Bestimmtheitsgrundsatz die richtlinienkonforme Auslegung beschränkt, so dass das strafbare Verhalten hinreichend präzise umschrieben und für jedermann vorhersehbar sein muss. Hieran anknüpfend ist auch das Analogieverbot zu beachten, dass eine über den Wortlaut hinausgehende Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer Strafnorm zu Lasten des Täters untersagt.

c) Richtlinienkonforme Auslegung im Umweltstrafrecht

Der BGH hat die richtlinienkonforme Auslegung erstmals im Kontext des Umweltstrafrechts in der „Pyrolyse“-Entscheidung vom 26.2.1991³⁷ angewandt, in der es um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Abfall“ i.S.v. § 326 Abs. 1 StGB ging. Dieses umfasst sowohl Stoffe, derer sich der Besitzer entledigen will („gewillkürter Abfall“) als auch Stoffe, deren geordnete Entsorgung zur Wahrung des Gemeinwohls, insbesondere zum Schutz der Umwelt, geboten ist („Zwangsabfall“). Das Landgericht vertrat die Auffassung, dass es sich bei den von den Angeklagten in Tankwagen abgefüllten kontaminierten Ölen nicht um gewillkürten Abfall gehandelt habe, da die Angeklagten beabsichtigt hätten, das Öl der Wiederverwertung zuzuführen. Dieser Auslegung, die damals mit der h.M. durchaus in Einklang stand, trat der BGH entgegen. Er stellte zunächst auf § 1 Abs. 1 AbfG a.F. ab, der unter „Abfallverwertung“ auch das Gewinnen von Stoffen oder Energie verstand. Hieraus leitete der BGH ab, dass auch solche Stoffe, die nach ihrer Wiederaufarbeitung als Wirtschaftsgut zu qualifizieren sind, Abfall darstellen können. Entscheidend für die Einordnung als gewillkürter Abfall sei nicht die Vorstellung des Besitzers über die Möglichkeit der Wiederverwertung, sondern der Umstand, dass er sich des Stoffes als für ihn wertlos entledigen wolle, um ihn der Entsorgung zuzuführen oder zuführen zu lassen. Auf diese Weise gelangte der BGH zunächst zu dem Ergebnis, dass das nationale Recht eine Qualifizierung der Öle als Abfall zuließ. Erst im Anschluss an diese Feststellung zog er den unionsrechtlichen Hintergrund als Bestätigung seiner bereits allein nach nationalen Auslegungskriterien ermittelten Interpretation des Abfallbegriffs heran. Unionsrechtlich war der Abfallbegriff durch zwei Abfallrichtlinien besetzt. Der EuGH hatte hierzu entschieden, dass diesen Richtlinien eine nationale Regelung widerspreche, wenn sie Stoffe oder Gegenstände von dem Abfallbegriff ausnehme, die einer wirt-

³⁵ EuGH Slg. 1987, 3969 (3986 Rn. 13) – Kolpinghuis Nijmegen.

³⁶ EuGH Slg. 1996, I-6609.

³⁷ BGHSt 37, 333.

schaftlichen Wiederverwertung zugeführt werden könnten.³⁸ In einer zweiten Entscheidung vertrat der EuGH die Auffassung, die Anwendung des Richtlinienrechts könne nicht von den Vorstellungen des Besitzers der Stoffe im Hinblick auf ihre Wiederverwertung abhängen.³⁹ Diese Auslegung stützte die Ansicht des BGH, der mit der „Pyrolyse“-Entscheidung die unionskonforme Auslegung in den Kanon der strafrechtlichen Auslegungsmethoden aufnahm.

3. Assimilierungsprinzip

a) Begründung

Das in Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EGV) verankerte Loyalitätsgebot verpflichtet die Mitgliedstaaten, ihre Strafrechtssysteme zum Schutz und zur Durchsetzung von Unionsinteressen zu funktionalisieren (sog. Assimilierungsprinzip). Der EuGH hat in der Entscheidung „Griechischer Mais“⁴⁰ die Verpflichtung der Mitgliedstaaten postuliert, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um Verstöße gegen Unionsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln zu ahnden wie gleichartige Verstöße gegen nationales Recht. Den Mitgliedstaaten verbleibe zwar die Wahl der Sanktionen. Diese müssten jedoch wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (sog. „Mindesttrias“).

b) Assimilierung im Umweltstrafrecht

Bezogen auf das Umweltstrafrecht bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten dementsprechend verpflichtet sind, ihr nationales Strafrecht in den Dienst einer effektiven Durchsetzung unionsrechtlicher Umweltschutzziele zu stellen. Die Anwendbarkeit deutscher Umweltstraftatbestände muss daher auch in den Fällen gewährleistet sein, in denen unionsrechtlich geschützte Umweltrechtsgüter beeinträchtigt werden. Teilweise wird insofern für die Schaffung von Gleichstellungsklauseln nach dem Vorbild von §§ 162, 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB plädiert, durch die klargestellt wird, dass auch dem Verstoß gegen Umweltrecht der Union Tatbestandsrelevanz zukommt.⁴¹ Der Sache nach kann dies bereits durch eine unionskonforme Auslegung der Umweltdelikte erreicht werden. Einfallstor für die Implementierung des unionsrechtlichen Umweltschutzes ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ sowie das Rechtswidrigkeitsmerkmal „unbefugt“. Zu den nach der Legaldefinition des § 330d Nr. 4 lit. a StGB tatbestandsrelevanten „Rechtsvorschriften“ gehören nicht nur die deutschen Umweltgesetze, sondern auch alle umweltrelevanten Verordnungen der Union sowie das gesamte harmonisierte Umweltrecht des Mitgliedstaates, auf dessen Gebiet die tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen wird. Betreibt beispielsweise ein Täter in Frankreich eine luftverunreinigende Anlage, die infolge bestimmter Windlagen zu Um-

weltbeeinträchtigungen auf deutschem Boden führen, liegt – sofern der Betrieb der Anlage gegen französisches Umweltrecht verstößt – eine Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten i.S.v. § 325 StGB vor.⁴² Eine dahingehende unionsrechtskonforme Auslegung verwandelt die deutschen Umweltstrafvorschriften der §§ 324 ff. StGB in europarechtsakzessorische Tatbestände.⁴³ Besonders deutlich wird dies am Beispiel des § 326 Abs. 2 StGB, mit dessen Schaffung eine europäische Richtlinie zur Verhinderung von Mülltourismus umgesetzt wurde. „Ohne die erforderliche Genehmigung“ i.S.v. § 326 Abs. 2 StGB handelt, wer ohne die nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 1013/2006⁴⁴ vorgeschriebene behördliche Freigabe bzw. einer dieser gleichgestellten Freigabefiktion Abfälle grenzüberschreitend verbringt.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die unionskonforme Auslegung – bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 3-7, 9 StGB – die Anwendung deutschen Umweltstrafrechts auf Fälle grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen ermöglicht. Allerdings ist insoweit zu beachten, dass Tatbestandsrelevanz nur den harmonisierten Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zukommt. Bei der Prüfung, ob verwaltungsrechtliche Pflichten i.S.v. § 330d Nr. 4 StGB verletzt wurden oder das Handeln ohne Genehmigung, Planfeststellung oder sonstige Zulassung i.S.v. § 330d Nr. 5 StGB erfolgte, ist ein Rückgriff auf ausländisches, nicht harmonisiertes Verwaltungsrecht nicht zulässig. Eine solche über die Unionsrechtsakzessorietät hinausgehende umfassende Auslandsrechtsakzessorietät kann nur durch eine Änderung des § 330d StGB erfolgen, wie sie Art. 1 Nr. 5 des von der Bundesregierung vorgelegten Entwurfs eines StrÄG zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses vom 27.1.2003 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht vorsah. § 330d Abs. 2 StGB-E lautete wie folgt:

„Im Fall der §§ 311, 324a, 325, 326, 327 sowie des § 328 stehen einer verwaltungsrechtlichen Pflicht, zugelassenen Anlage, Genehmigung, Untersagung und Planfeststellung, einem vorgeschriebenen oder zugelassenen Verfahren und einem Verbot eine entsprechende ausländische verwaltungsrechtliche Pflicht, zugelassene Anlage, Genehmigung Untersagung und Planfeststellung, ein entsprechendes ausländisches vorgeschriebenes oder zugelassenes Verfahren und ein entsprechendes ausländisches Verbot gleich. Im Fall des § 327 Abs. 2 Nr. 1 und 3 stehen den dort genannten Gesetzen entsprechende ausländische Rechtsvorschriften gleich.“

IV. Fazit

Der Erlass der Richtlinie 2008/99/EG hat durch die Schaffung von Mindeststandards einen weitreichenden Schritt zur Harmonisierung des Umweltstrafrechts unternommen. Mit der Einführung von Art. 82 Abs. 3 AEUV ist durch den Lisabonner Vertrag nunmehr explizit eine Grundlage für eine dahingehende Anweisungskompetenz der Union geschaffen

³⁸ EuGH Slg. 1990, I-1509 (1518 ff.) – Strafverfahren gegen E. Zanetti u.a.

³⁹ EuGH Slg. 1990, I-1461 (1474 ff.) – Strafverfahren gegen G. Vessoso und G. Zanetti.

⁴⁰ EuGH Slg. 1989, 2965 – Kommission/Griechenland.

⁴¹ So etwa Hecker (Fn. 1), § 28 Rn. 18.

⁴² Vgl. hierzu den Beispielsfall bei Hecker, ZStW 115 (2003), 880 (901 ff.).

⁴³ Hecker (Fn. 1), § 28 Rn. 19; Heine (Fn. 22), § 330d Rn. 12, 19a.

⁴⁴ ABl. EG 2006 Nr. L 190, S. 1.

worden. Das Assimilierungsprinzip trägt seinerseits dazu bei, das strafrechtliche Schutzgefälle zwischen nationalen und vergleichbaren unionsrechtlichen Interessen abzubauen. Mit Blick auf den grenzüberschreitenden Charakter der Umweltkriminalität kann der derzeitige Harmonisierungsstand jedoch nur ein Zwischenziel auf dem Weg zur Schaffung eines einheitlichen unionsweiten strafbewehrten Schutzes der Umwelt sein. Divergierende Schutzstandards führen zu Wettbewerbsverzerrungen, wenn gleichartige Handlungen von Marktteilnehmern in einem Mitgliedstaat mit Kriminalstrafe bedroht, in einem anderen als bloße Ordnungswidrigkeit eingestuft und in einem weiteren als straffrei gewertet werden. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Einsicht in die Notwendigkeit supranationalen Strafrechts – insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten wie etwa im Umweltstrafrecht – die Bedenken gegen den damit einhergehenden Verlust nationalstaatlicher Souveränität künftig überwiegen wird und der nach dem Vertrag von Lissabon nun mögliche Erlass von supranationalen Strafnormen auf dem Gebiet der EU-Betrügereien bald auch in den übrigen unionsrelevanten Bereichen des Strafrechts möglich sein wird.

Tücken des Prozessvergleichs

Von Dr. Oliver Kontusch, Heilbronn*

Der folgende Beitrag, der sich an Studierende aller Semester und Referendare richtet, behandelt eine die Auslegung von § 127a BGB betreffende Frage, die in der Schnittmenge von Zivilprozessrecht und BGB-AT liegt und sich – etwa als Zusatzaufgabe – in einer Examensklausur oder auch als Thema einer gehobenen mündlichen Prüfung stellen könnte. Es geht darum, ob auch der schriftliche Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO die Form der notariellen Beurkundung wahrt.

I. Einleitung

Dem Vergleich kommt rechtstatsächlich große Bedeutung zu. Neben dem Urteil, der Klagerücknahme (§ 269 ZPO) und der übereinstimmenden Erledigung nach § 91a ZPO ist er einer der Möglichkeiten, einen Rechtsstreit zu beenden. Ein Vergleich ist mit und ohne gerichtliche Unterstützung möglich. Als „außergerichtlich“ bezeichnet man die Vergleiche, die ohne Beteiligung der Justiz geschlossen werden. Sie gewähren wegen ihres materiellen Inhalts dem Prozessgegner eine Einrede gegen den anhängigen prozessualen Anspruch.¹ Die Einigung vor einem Gericht wird Prozessvergleich genannt. Der Prozessvergleich ist durch seine Doppelnatur² geprägt. Er ist – nicht anders als der außergerichtliche Vergleich – durch ein wechselseitiges Nachgeben der Streitparteien gekennzeichnet (§ 779 BGB). Daneben beendet er den Prozess bei Einhaltung der notwendigen Protokollierungsformalitäten (§§ 160 Abs. 3 Nr. 1, 162 Abs. 1, 163 Abs. 1 ZPO). Neben dem klassischen Vergleich, geschlossen in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht, besteht seit 1.1.2002 die Möglichkeit der Einigung im „schriftlichen Verfahren“, § 278 Abs. 6 ZPO.³ Ein Prozessvergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. § 278 Abs. 6 ZPO folgt insofern dem Vorbild des § 106 S. 2 VwGO, der seit 1991 den schriftlichen Vergleich vor dem Verwaltungsgericht regelt.⁴

II. Problemstellung

Das Gesetz sieht in verschiedenen Fällen, etwa dem Grundstückskauf, als Formerfordernis die notarielle Beurkundung vor (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB). Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag ist nichtig (§ 125 S. 1 BGB). Die Form wird eingehalten, wenn das Vertragsangebot und die Vertragsannahme von einem Notar beurkundet werden (§ 128 BGB). Maßgeblich hierfür sind die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes. Die notarielle Beurkundung wird bei

einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in das Sitzungsprotokoll ersetzt (§ 127a BGB). Mit einem Prozessvergleich, geschlossen in mündlicher Verhandlung kann folglich wirksam ein Grundstückskaufvertrag beurkundet werden. Ein solcher Vergleich stellt einen Titel dar, auf dessen Basis der Erwerber notfalls die Zwangsvollstreckung betreiben kann (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).⁵ Dabei muss nicht zwingend vor einem Zivilgericht protokolliert werden. Auch vor der Instanz einer anderen deutschen Gerichtsbarkeit kann die Grundstücksübertragung vergleichsweise geregelt werden.⁶

Ersetzt der Vergleich aber auch dann die notarielle Beurkundung, wenn die schuldrechtliche Vereinbarung zur Grundstücksübertragung nicht in einem Prozessvergleich, sondern in einem schriftlichen Beschlussvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO erfolgt?

1. Fallbeispiel

Zur Illustration dient folgender Fall: K und B streiten sich vor dem Landgericht um eine Werklohnforderung über 200.000 €. Im frühen ersten Termin (§ 275 ZPO) und Güetermin (§ 278 Abs. 2 ZPO) bemüht sich das Gericht vergeblich um einen Vergleich (§ 278 Abs. 1 ZPO). B ist zwar grundsätzlich einigungsbereit, derzeit aber nicht „flüssig“ und kann K kein akzeptables Zahlungsangebot unterbreiten. Das Gericht terminiert einen Fortsetzungs- und Beweisaufnahmetermin nebst Ladung von Zeugen (§§ 275 Abs. 2, 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO). In der Zwischenzeit verhandeln die Parteien weiter. Man einigt sich. B überträgt K sein Grundstück (Wert: 150.000 €) und erledigt den Rechtsstreit im Übrigen bei Kostenteilung $\frac{3}{4}$ zu $\frac{1}{4}$ zu Lasten B. Da die Bevollmächtigten den Prozess schnell abschließen wollen, teilen sie dem Gericht einen abgestimmten Vergleichstext mit und nehmen diesen dem Gericht gegenüber an (§ 278 Abs. 6 S. 1, 1. Alt. ZPO). Später kommt es erneut zum Streit zwischen K und B. K will wissen, ob ein formwirksamer Grundstücksübertragungsvertrag geschlossen worden ist, und ob er daraus die Auflassung verlangen kann.

2. Streitstand

Ob ein Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO die Form des § 127a BGB wahrt, wird unterschiedlich beurteilt.

a) Analogie zu § 127a BGB

Teile der Literatur⁷ befürworten eine analoge Anwendung des § 127a BGB auf den schriftlichen Prozessvergleich. Wie der protokollierte Vergleich sei auch der Feststellungsbeschluss nach § 278 Abs. 6 ZPO „gerichtlicher“ Natur, er „ersetze“ die

* Der Verf. ist Richter und AG-Leiter am Landgericht Heilbronn.

¹ BGH NJW 2002, 1503 (1504).

² BGHZ 86, 186 (190).

³ Grundlegend Nungeßner, NZA 2005, 1027.

⁴ Ortloff, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, Kommentar zur VwGO, 20. EL 2010, § 106 Rn. 1.

⁵ Hertel, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 127a Rn. 38.

⁶ BVerwG NJW 1995, 2179 (2179).

⁷ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 127a Rn. 2; Deckenbrock/Dötsch, MDR 2006, 1325.

Protokollierung.⁸ Vielfach wird auf ein Urteil des BAG vom 23.11.2006⁹ zurückgegriffen. Dieser Rechtsstreit ging um eine im Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Beendigungsvereinbarung bedarf nach § 623 BGB der Schriftform. Die Schriftform regelt § 126 BGB. § 126 Abs. 1 und Abs. 2 BGB sind von vornherein nicht einschlägig, da ein Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO weder eigenhändig unterzeichnet ist, noch eine Zeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgt. Formwährend könnte allenfalls die notarielle Beurkundung nach § 127a BGB sein, die gemäß § 126 Abs. 4 BGB die Schriftform ersetzt.

Das BAG lehnt eine unmittelbare Anwendung des § 127a BGB auf Vergleiche nach § 278 Abs. 6 ZPO (i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG) zwar ab unter Verweis darauf, eine schriftliche Einigung werde nicht protokolliert i.S.d. §§ 159 ff. ZPO. Es befürwortet indes die analoge Anwendung des § 127a BGB auf schriftliche Prozessvergleiche. Durch die nachträgliche Einführung des § 278 Abs. 6 ZPO sei eine bei § 127a BGB vom Gesetzgeber nicht gesehene Lücke entstanden. Gleichwohl ähneln sich die Vergleichsformen, da in beiden Fällen das Gericht mitwirke. Die sinnentsprechende Anwendung entspreche auch der gesetzgeberischen Intention, da eine vollständige Gleichstellung von Protokollvergleich in der Sitzung und Beschlussvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO beabsichtigt sei. Im Ergebnis erwies sich damit die vergleichsweise Auflösung des Arbeitsverhältnisses als wirksam. Die Rechtsprechung des BAG wird im arbeitsrechtlichen Schrifttum praktisch ausnahmslos begrüßt.¹⁰

b) Formnichtigkeit

Die Anwendung des § 127a ZPO auf Vergleiche gemäß § 278 Abs. 6 ZPO wird dagegen im zivilistischen Schrifttum¹¹ überwiegend abgelehnt. Rechtsprechung findet sich dazu kaum. Das Brandenburgische OLG¹² hält den Beschlussvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO nicht für ausreichend, um eine Versorgungsausgleichsvereinbarung wirksam zu regeln, die nach § 1587o Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB a.F. i.V.m. § 127a BGB der notariellen Beurkundung bedurfte. Ohne näheres Eingehen auf die Problematik des § 127a BGB stellt

das OLG Naumburg¹³ dagegen einen praktisch identisch gelagerten Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO fest. Argument für die Unanwendbarkeit des § 127a BGB beim Beschlussvergleich sind fehlende Verfahrensgarantien. Während der Notar nach § 17 BeurkG verpflichtet sei, die Parteien über die rechtliche Tragweite des beabsichtigten Rechtsgeschäftes zu belehren, finde beim Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO keine Betreuung der Parteien statt,¹⁴ ganz besonders im amtsgerichtlichen Verfahren ohne anwaltliche Beteiligung.¹⁵ Das Deutsche Notarinstitut teilt diese Einschätzung.¹⁶ Sie entspricht im Übrigen dem, was im verwaltungsrechtlichen Schrifttum¹⁷ ausnahmslos zur Parallelvorschrift des § 106 S. 2 VwGO vertreten wird.

III. Bewertung

Der Prozessvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO ersetzt die notarielle Beurkundung des Grundstückkaufvertrages nicht.

1. Lösungsansatz

§ 127a BGB ist bezüglich des Beschlussvergleichs lückenhaft. Eine Analogie scheitert aber an fehlender Strukturgleichheit der beiden Vergleichsmöglichkeiten.

a) Gesetzeslücke

Eine direkte Anwendung des § 127a BGB auf den Beschlussvergleich kommt von vornherein nicht in Betracht. § 127a BGB spricht von einem „nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichteten Protokoll“. Das nimmt die §§ 159 ff. ZPO in Bezug.¹⁸ An einem geführten Protokoll in diesem Sinn fehlt es bei einem Vorgehen nach § 278 Abs. 6 ZPO.¹⁹ Hier wird kein Sitzungsprotokoll errichtet, sondern vielmehr ein Beschluss mit feststellendem Charakter erlassen.²⁰

b) Interessenlage

Für die analoge Anwendung des § 127a BGB sprechen verfahrensökonomische Gesichtspunkte. Gerade dann, wenn im landgerichtlichen Verfahren die Parteien und Anwälte weit entfernt vom Prozessgericht wohn- und geschäftsansässig sind, ist der Beschlussvergleich kostensparend. An- und Abfahrtswege zum eigens angesetzten Protokollierungstermin entfallen. Im Übrigen will der Gesetzgeber die Gleichstellung

⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Kommentar zur ZPO, 67. Aufl. 2009, § 278 Rn. 44.

⁹ BAG NJW 2007, 1831.

¹⁰ Brecht-Heitzmann, EzA § 278 ZPO 2002 Nr. 1; Dahleml/Wiesner, AP Nr. 8 zu § 623 BGB; Kuckuk, ArbRB 2006, 61.

¹¹ Geisler, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2010, § 278 Rn. 17; Zimmermann, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2008, § 278 Rn. 6; Palm, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 127a Rn. 3 („zweifelhaft“); Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 127a Rn. 2; Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 18, Stand: 1.2.2010, § 127a Rn. 4; Knauer/Wolf, NJW 2004, 2857; Foerste, NJW 2001, 3103 (3105).

¹² Brandenburgisches OLG FamRZ 2008, 1192.

¹³ OLG Naumburg FamRZ 2009, 617 mit ablehnender Anmerkung Pilati, jurisPR-FamR 22/2008 Anm. 4.

¹⁴ Foerste, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 278 Rn. 18.

¹⁵ Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 28. Aufl. 2010, § 278 Rn. 31; Knauer/Wolf, NJW 2004, 2859.

¹⁶ DNotI-Report 2008, 75.

¹⁷ Brüning, in: Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, Ed. 15, Stand. 1.10.2010, § 106 Rn. 10; Lüke, NJW 1994, 233 (234).

¹⁸ Ellenberger (Fn. 7), § 127a Rn. 3.

¹⁹ Hertel (Fn. 5), § 127a Rn. 20.

²⁰ Foerste (Fn. 14), § 278 Rn. 18.

beider Vergleichsformen. Die Gesetzesmaterialien²¹ lassen nicht erkennen, dass der Beschlussvergleich i.S.v. § 278 Abs. 6 ZPO in seinen Rechtswirkungen hinter dem Protokollvergleich zurückbleiben soll. Deutlich wird dies auch in § 278 Abs. 6 S. 3 ZPO, der auf die Protokollberichtigung nach § 164 ZPO Bezug nimmt. Damit ist die Verbindung zum „Protokollierungsrecht“ hergestellt.

Neuerdings dokumentiert auch § 36 Abs. 3 FamFG die Gleichsetzung, indem der schriftliche Vergleich gleich neben den Prozessvergleich gestellt wird. Allerdings lässt sich eine unterschiedliche Ausgangslage beider Einigungsformen nicht leugnen. Beim Protokollvergleich ist mit der Beteiligung des Gerichts die Mitwirkung einer unabhängigen Stelle gewährleistet. Im landgerichtlichen Verfahren und vor den übergeordneten Instanzen wird man auf die richterliche Kontrolle zwar verzichten können. Immerhin besteht hier Anwaltszwang (§ 78 Abs. 1 ZPO). Die anwaltliche Beteiligung auf beiden Seiten sorgt für qualifizierte Beratung und Betreuung. Gerade im amtsgerichtlichen Verfahren ohne notwendige Beteiligung von Rechtsanwälten ist die Gefahr der Übervorteilung einer Partei aber nicht von der Hand zu weisen. Machen die Parteien von § 278 Abs. 6 S. 1, 1. Alt. ZPO Gebrauch und reichen einen gemeinsam erarbeiteten Vorschlag bei Gericht ein, dann prüft das Gericht vor Beschlussfassung zwar die Einigung der Parteien und materiellrechtlich die Einhaltung der Grenzen nach den §§ 134, 138 BGB (Gesetzes- und Sittenkonformität)²² bzw. verfahrensrechtlich die Vollstreckungsfähigkeit des Titels.²³ Eine echte Kontrolle ist allerdings kaum möglich. Die Hintergründe der Vereinbarung bleiben in der Regel im Dunkeln.

Selbst im landgerichtlichen Verfahren verbleiben Schutzlücken, etwa wenn die Übertragung des Grundstücks durch eine dritte, nicht direkt am Rechtsstreit beteiligte Person erfolgt. Hier ist Stand der Rechtsprechung,²⁴ dass deren Beitritt zum Vergleich nicht dem Anwaltszwang unterliegt. Ist ein lückenloser Schutz nicht garantiert, dann verbietet sich die sinngemäße Anwendung des § 127a BGB auf den Beschlussvergleich. Deswegen ist auch dem Ansinnen, de lege ferenda § 127a BGB oder § 278 Abs. 6 ZPO dahingehend zu ergänzen, den Beschlussvergleich dem protokollierten Vergleich bei der Beurkundungswirkung gleichzustellen,²⁵ eine Absage zu erteilen. Jedenfalls im zivilgerichtlichen Verfahren würde dadurch die Schutz-, Fürsorge- und Betreuungsfunktion des Gerichts unzulässig ausgehöhlt.

Im Übrigen ähnelt der Beschlussvergleich auf Eingabe der Parteien (§ 278 Abs. 6 S. 1, 1. Alt. ZPO) strukturell eher dem Anwaltsvergleich nach § 796a ZPO als dem Protokollvergleich vor Gericht. Beim Anwaltsvergleich ist anerkannt, dass er gerade keine Einigung i.S.d. § 127a BGB darstellt.²⁶

Dem trägt eine vermittelnde Ansicht Rechnung, die § 127a BGB nur dann als erfüllt betrachten will, wenn der Vergleichsvorschlag vom Gericht stammt (§ 278 Abs. 6 S. 1 2. Alt. ZPO).²⁷ Zum einen lässt sich dies aber vielfach nicht genau feststellen. Oftmals greift der Richter lediglich schon geäußerte Vorstellungen der Parteien auf und verfeinert diese. Zum anderen sind bei originärer richterlicher Entwicklung des Einigungsvorschlages zwar die Bedenken an der inhaltlichen Ausgewogenheit ausgeräumt. Indes ergeht mit Verfahrensabschluss lediglich der schon beschriebene feststellende Beschluss über den Vergleich und dessen Inhalt („Die Parteien haben folgenden Vergleich gemäß § 278 Abs. 6 ZPO geschlossen: [...]“). Zumindest hieran kann man nicht ohne weiteres erkennen, ob die Einigung auf die Parteien oder einen Anstoß des Gerichts zurückgeht. § 127a BGB lässt sich auf dieser Basis im Rechtsverkehr nicht verlässlich anwenden.

c) Sonderfall § 126 Abs. 4 BGB

Schlussendlich mag die unter II. 2. a) erwähnte Rechtsprechung der Gerichte für Arbeitsachen zum Beschlussvergleich und § 127a BGB durch spezifisch arbeitsrechtliche Besonderheiten bei Auflösungsverträgen und § 126 Abs. 4 BGB gerechtfertigt sein. Immerhin steht beim Verweis auf § 127a BGB die Beweis-²⁸ und nicht die Kontrollfunktion im Vordergrund. Auf den Grundstückskauf ist das aber nicht übertragbar. Die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen ist klassisches Betätigungsfeld der Notare (§ 1 BeurkG). Die gerichtliche Befassung nach § 127a BGB muss eine ähnlich befähigte Betreuung, möglichst unter Anwesenheit des Richters, garantieren. Anders liegen die Dinge beim Auflösungsvertrag des Arbeitnehmers. Hier ist lediglich § 623 BGB (Schriftform) zu beachten. Eine umfassende Beratung wie durch den Notar erfolgt bei Beendigungsvereinbarungen vielfach nicht. Deshalb ist es im Rahmen von § 623 BGB (und § 14 Abs. 4 TzBfG) vertretbar, den Beschlussvergleich als gerichtlichen Vergleich nach § 127a BGB anzuerkennen.

2. Konsequenz

Bezüglich des eingangs geschilderten Fallbeispiels führt dies zu folgendem Ergebnis: Der Vergleich wahrt nicht die Form des § 311b Abs. 1 BGB. Die Grundstücksübertragung ist formnichtig (§ 125 S. 1 BGB). Die Auflassung kann daraus nicht verlangt werden. Die Nichtigkeit der materiellen Einigung schlägt nach § 139 BGB auf den prozessualen Teil des Prozessvergleichs durch („Doppelnatur“, s.o.).²⁹ Der Prozess vor dem Landgericht ist nicht beendet und wird auf Antrag des oder der Parteien fortgesetzt.³⁰ Das Grundbuchamt wird die Eintragung der Rechtsänderung – gesetzt den Fall im

²¹ BT-Drs. 14/4722, S. 82 linke Spalte.

²² Greger (Fn. 15), § 278 Rn. 30.

²³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Fn. 8), § 278 Rn. 44.

²⁴ BGHZ 86, 160. Allerdings streitig, vgl. Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 127a Rn. 7.

²⁵ Dahlem/Wiesner, NZA 2004, 530.

²⁶ Ahrens (Fn. 11), § 127a Rn. 2.

²⁷ Reichold, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2008, § 278 Rn. 17; Deckenbrock/Dötsch, MDR 2006, 1325.

²⁸ Foerste (Fn. 14), § 278 Rn. 18.

²⁹ BGH NJW 1985, 1962.

³⁰ Stöber, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 28. Aufl. 2010, § 794 Rn. 15a.

Vergleich ist neben dem Grundstückskauf zusätzlich die dingliche Einigung geregelt – im Übrigen wegen § 29 Abs. 1 GBO schon deshalb ablehnen, da die Auflassung nicht wirksam erklärt wurde. Für die Auflassung nach § 873 Abs. 1 BGB gilt § 925 Abs. 1 S. 2 BGB, der die Entgegennahme der dinglichen Erklärung von einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien verlangt. Ersetzt werden kann die Notarbefassung zwar auch durch einen gerichtlichen Vergleich (§ 925 Abs. 1 S. 3 BGB). Im Rahmen eines Vorgehens nach § 278 Abs. 6 ZPO fehlt aber in jedem Fall die notwendige Anwesenheit der Parteien.³¹ Hier zeigt sich wieder einmal, dass dingliches und schuldrechtliches Rechtsgeschäft streng voneinander zu trennen sind.

IV. Fazit

Der Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO ist ein in der Justizpraxis etabliertes Instrument, um schnell und ohne großen Aufwand für eine befriedende Beendigung des Rechtsstreits zu sorgen. BGH³² und BAG³³ tun gut daran, dies zu fördern, indem den Anwälten bei Vergleichen nach § 278 Abs. 6 ZPO die Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG zugestanden wird. Wie gezeigt ist der schriftliche Vergleich aber nicht immer einschränkungslos zu empfehlen. Muss bei Grundstücksgeschäften die Form der notarielle Beurkundung gewahrt werden, dann führt de lege lata an der Protokollierung in mündlicher Verhandlung vor dem erkennenden Gericht kein Weg vorbei. Gerade Anwälte müssen den „sichersten Weg“³⁴ der Protokollierung vor dem Prozessgericht wählen, um sich nicht ohne Not Haftungsansprüchen nach § 280 Abs. 1 BGB auszusetzen.

³¹ OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1609. Grundlegend hierzu auch *Deimann*, RpfLStud 2003, 38.

³² BGH NJW 2006, 157.

³³ BAG NJW 2006, 3022.

³⁴ BGH NJW-RR 1990, 204 (205).

Aus dem Leben eines Verwaltungsakts

Von Wiss. Mitarbeiterin **Dörte Herrmann**, LL. M., Kiel*

I. Einleitung

Der Verwaltungsakt stellt trotz der zunehmenden Verwendung von Verwaltungsverträgen und anderen Kooperationsformen noch immer eine zentrale normative Handlungsform der Verwaltung dar.¹ Er spielt dementsprechend auch in der Klausurbearbeitung während des Studiums und im Examen eine nicht zu unterschätzende Rolle.² Dessen ungeachtet bereiten vor allem die mit ihm verbundenen grundlegenden Fragestellungen (Ist die Maßnahme als Verwaltungsakt wirksam geworden? Welche Auswirkungen hat es, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist?) den Studierenden oftmals bis in die Examensvorbereitung hinein Schwierigkeiten.³ Gerade in diesem Bereich ist aber eine präzise Formulierung der eigenen Ausführungen erforderlich, damit nicht an sich richtige Erörterungen zur „Rechtswidrigkeit“ eines Verwaltungsakts durch unbedachte oder zu schnell gezogene Schlussfolgerungen zur „Unwirksamkeit“ an Überzeugungskraft einbüßen.

Hier soll der vorliegende Beitrag ansetzen und einen Überblick über die verschiedenen Stadien der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts⁴ geben sowie das entscheidende Kriterium der Bekanntgabe näher erläutern. Weiterhin soll die Abgrenzung zwischen den Begriffspaaren Wirksamkeit/Unwirksamkeit und Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit dieser Handlungsform beleuchtet werden. Als Ausgangspunkt für die Darstellung dient § 43 VwVfG.⁵ Dabei zeigt sich oft, dass

* Die *Autorin* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht (Prof. Dr. Gerhard Igl), Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

¹ Ehlers, in: Krebs (Hrsg.), *Liber Amicorum*, Hans-Uwe Erichsen zum 70. Geburtstag am 15. Oktober 2004, 2004, S. 1.

² Mit weiteren Nachweisen *Schnapp/Henkenötter*, JuS 1998, 524 (524).

³ Die *Autorin* spricht hier zum einen aus den Erfahrungen als Korrekturassistentin und Leiterin verschiedener Arbeitsgemeinschaften im Verwaltungsrecht, aber auch aus solchen „am eigenen Leib“: Als Bemerkung in ihrer Zwischenprüfung im Allgemeinen Verwaltungsrecht fand sich angesichts fehlerhafter Ausführungen zum Verhältnis zwischen Rechtswirksamkeit und Rechtswidrigkeit der wohlwollende Hinweis, doch bitte „das gesamte Verständnis des Verwaltungsakts noch einmal gründlich zu überdenken“.

⁴ *Gröpl*, JA 1995, 904 und 983 spricht insoweit sehr anschaulich von der „Geburt“ und vom „Sterben“ eines Verwaltungsakts.

⁵ Entsprechende Vorschriften finden sich auch in den Verfahrensgesetzen der Länder und in besonderen Verfahrensgesetzen, vgl. § 43 LVwVfG BW, § 43 BayVwVfG, § 43 BremVwVfG, § 43 HmbVwVfG, § 43 HVwVfG, § 43 VwVfG M-V, § 43 VwVfG NRW, § 43 SaarlVwVfG, § 112 LVwG SH, § 43 ThürVwVfG, § 124 AO, § 39 SGB X, § 1 BVwVfG, § 1 VwVfG Bbg, § 1 NVwVfG, § 1 LVwVfG Rh-

bereits eine sorgfältige Anwendung dieser Vorschrift verhindert, dass der/die Bearbeiter/in eines Sachverhalts oder einer konkreten Fragestellung wichtige und daher in aller Regel punkteträchtige Problemfelder übersieht. § 43 VwVfG bzw. seine Entsprechungen sollten daher in einer Fallbearbeitung – zumindest gedanklich – stets für die Frage der (fortbestehenden) Wirksamkeit eines Verwaltungsakts berücksichtigt werden.

Nach § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG wird ein Verwaltungsakt mit seiner Bekanntgabe zumindest an einen Beteiligten wirksam. Er bleibt dies gem. § 43 Abs. 2 VwVfG bis zu einer eventuellen Rücknahme, einem Widerruf, einer anderweitigen Aufhebung oder seiner Erledigung. Weitere Negativvoraussetzung für die Wirksamkeit ist seine fehlende Nichtigkeit i.S.d. § 43 Abs. 3 VwVfG.

II. Beginn der Wirksamkeit des Verwaltungsakts

Die Regelung des § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG trägt dem rechtsstaatlichen Gebot von Bestimmtheit und Klarheit sowie der Publikationspflicht hoheitlicher Maßnahmen mit Rechtswirkungen gegenüber dem Bürger Rechnung. Sie stellt eine positivrechtliche Normierung dessen dar, was vor der Verabschiedung des VwVfG bereits im Schrifttum und in der Rechtsprechung anerkannt war.⁶

1. Unterscheidung unterschiedlicher Wirksamkeitsebenen

Untersucht man die Frage, ob eine Maßnahme der Verwaltung als Verwaltungsakt wirksam geworden ist, lassen sich drei verschiedene Ebenen unterscheiden: die rechtliche Existenz, die äußere Wirksamkeit sowie die innere Wirksamkeit des Verwaltungsakts.⁷ Diese Ebenen fallen nur in seltenen Fällen auseinander. Dennoch ist es zum besseren Verständnis des Vorgangs, wie genau ein Verwaltungsakt rechtlich „in Erscheinung tritt“, sinnvoll, sie im Einzelnen zu untersuchen.

a) Rechtliche Existenz

Ein Verwaltungsakt wird zunächst rechtlich existent, wenn eine Maßnahme ergeht, die der Verwaltung zurechenbar ist,⁸ die Begriffsmerkmale des Verwaltungsakts erfüllt⁹ und zumindest *einem* Adressaten oder Betroffenen bekannt gegeben

Pf., § 1 SächsVwVfZG und § 1 VwVfG LSA schreiben die Anwendbarkeit des VwVfG des Bundes vor.

⁶ *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659 m.w.N.

⁷ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 9 Rn. 66. Anders z.B. *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659, oder *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 13 Rn. 2, die die Ebenen der rechtlichen Existenz und der äußeren Wirksamkeit zu einer zusammenfassen.

⁸ *Wolf/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 49 Rn. 14.

⁹ Vgl. die Legaldefinition in § 35 S. 1 VwVfG. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Maurer* (Fn. 7), § 9 Rn. 6 ff.

wird.¹⁰ Der Verwaltungsakt verlässt in diesem Moment den verwaltungsinternen Bereich und ist „in der Welt“. Die Feststellung der rechtlichen Existenz erfolgt demnach unabhängig von der Kenntnis *aller* möglichen Adressaten und Betroffenen von der Maßnahme; es reicht die Bekanntgabe ausschließlich an einen von ihnen.

Bsp.: Eine Person, die unter keinem denkbaren Gesichtspunkt autorisiert ist, für die Verwaltung zu sprechen, erlässt eine Maßnahme, die von ihr als „Verwaltungsakt“ bezeichnet wird. In einem solchen Fall handelt es sich um einen sog. „Nichtakt“, der aus Sicht des Verwaltungsrechts mangels Zurechenbarkeit kein Verwaltungshandeln bzw. keinen rechtlich existenten Verwaltungsakt darstellt.¹¹

b) Äußere Wirksamkeit

Für denjenigen Adressaten oder Betroffenen, dem gegenüber die Bekanntgabe erfolgt, wird der Verwaltungsakt gem. § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG in diesem Moment auch äußerlich wirksam. Für alle anderen, die zumindest der Zweckrichtung der Maßnahme zufolge ebenfalls Adressaten oder Betroffene sind, denen gegenüber aber (noch) keine Bekanntgabe erfolgte, tritt keine Wirksamkeit ein. Dahinter steht die Erwägung, dass niemand durch einen Verwaltungsakt verpflichtet werden kann, dessen Inhalt ihm nie mitgeteilt wird.¹²

Der Eintritt der äußeren Wirksamkeit mit der Bekanntgabe ist unstreitig entscheidend für den Beginn von Widerspruchs- und Klagefristen gegenüber dem Adressaten oder Betroffenen, der gegen einen belastenden Verwaltungsakt vorgehen möchte.¹³ Schwieriger zu beurteilen ist, ob die äußere Wirksamkeit auch zwingende Voraussetzung dafür ist, überhaupt gegen einen Verwaltungsakt vorgehen zu können oder ob hierfür die bloße rechtliche Existenz ausreicht.¹⁴ Letztere Annahme lässt sich mit dem Argument bejahen, dass der Verwaltungsakt ab diesem Zeitpunkt jedenfalls in der Welt ist und ein Adressat oder Betroffener trotz fehlender individueller Bekanntgabe, aber bei anderweitiger Kenntnisaufnahme nicht zum Nichtstun verurteilt sein sollte. Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Rechtsbehelf im Übrigen mangels individueller Betroffenheit bzw. fehlender möglicher Rechtsverletzung unzulässig sein kann.¹⁵

¹⁰ *Erbguth* (Fn. 7), § 13 Rn. 2.

¹¹ Beispiel nach *Ehlers* (Fn. 1), S. 3 f.

¹² *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659; *Maurer* (Fn. 7), § 9 Rn. 65.

¹³ Vgl. § 73 Abs. 1 S. 1 und § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO. Hierzu auch *Wolff/Decker*, Studienkommentar VwGO, VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 43 Rn. 3.

¹⁴ Das Ausreichen der rechtlichen Existenz bejahend *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659 (660); *Gröpl*, JA 1995, 904 (906); *Wolff/Decker* (Fn. 13), § 43 Rn. 6; *Ruffert*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 22 Rn. 15; *Maurer* (Fn. 7), § 9 Rn. 66; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Kommentar, 11. Aufl. 2010, § 43 Rn. 4; *Ehlers* (Fn. 1), S. 2 f.

¹⁵ So auch *Kopp/Ramsauer* (Fn. 14), § 43 Rn. 4.

Bsp.: Dem Nachbarn N wird eine Baugenehmigung, die dem Bauherrn B erteilt wird, trotz seiner Stellung als „Betroffener“ nicht amtlich bekannt gegeben. Jedenfalls mit dem offensichtlichen Baubeginn auf dem Nachbargrundstück erlangt N jedoch positive Kenntnis von den entsprechenden Vorgängen. Als er nach über zwei Jahren (Dritt-) Widerspruch gegen die Baugenehmigung des B einlegen will, muss er sich entgegenhalten lassen, „dass der Widerspruch deshalb verspätet war, weil der Kläger gegen die Grundsätze von Treu und Glauben dadurch verstieß, dass er sich bei der Einlegung seines Widerspruchs [...] trotz vorheriger Kenntnis von der Bauerlaubnis darauf berief, dass ihm diese Bauerlaubnis nicht amtlich bekanntgegeben worden sei.“¹⁶ Hier läuft für N zwar keine Rechtsbehelfsfrist, auch nicht § 58 Abs. 2 VwGO, allerdings spricht einiges dafür, dass die Voraussetzung für eine Verwirkung der Verfahrensrechte seitens des N gegeben ist.

c) Innere Wirksamkeit

Unter der inneren Wirksamkeit versteht man den Eintritt der im Verwaltungsakt genannten Regelungswirkungen, d.h. der beabsichtigten Rechtsfolgen. In der Regel fällt die innere mit der äußeren Wirksamkeit zusammen. In manchen Fällen tritt die innere Wirksamkeit allerdings durch Befristungen oder inhaltliche Bedingungen erst zu einem späteren Zeitpunkt ein oder fällt nachträglich weg.

Bsp.: Dem Beamten B wird seine Beamtenurkunde am 26. Juni ausgehändigt, nach welcher er zum 1. Juli befördert wird. In diesem Fall treten die äußere Wirksamkeit am 26. Juni, die innere Wirksamkeit und die mit der Beförderung verknüpften Rechtsfolgen jedoch erst am 1. Juli ein.¹⁷ Der Eintritt der äußeren Wirksamkeit hat aber u.a. zur Folge, dass die Behörde, wenn sie die Beförderung nachträglich aus der Welt schaffen möchte, bereits die Regelungen über den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte berücksichtigen muss.¹⁸

2. Maßgebliches Kriterium der Bekanntgabe

Das maßgebliche Kriterium für den Eintritt der rechtlichen Existenz und der äußeren Wirksamkeit ist die Bekanntgabe. Sie schließt das Verwaltungsverfahren ab und stellt das Medium dar, durch welches der Verwaltungsakt den verwaltungsinternen Bereich verlässt.¹⁹ Die „Zielpersonen“ der Bekanntgabe richten sich nach § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Die Bekanntgabe muss durch die zuständige Behörde amtlich veranlasst worden sein, sodass eine anderweitige Kenntniserlangung, z.B. durch zufällige Kenntnisaufnahme oder eine priva-

¹⁶ BVerwGE 44, 294 (298) = NJW 1974, 1260 (1261).

¹⁷ BVerwGE 55, 212 (216) = JuS 1978, 788 (788).

¹⁸ *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659 (660); *Ehlers* (Fn. 1), S. 3 f.; *Schmalz*, Allgemeines Verwaltungsrecht und Grundlagen des Verwaltungsrechtsschutzes, 3. Aufl. 1998, Rn. 416.

¹⁹ *Maurer* (Fn. 7), § 9 Rn. 65.

te Mitteilung, nicht genügt.²⁰ Der Verwaltungsakt stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, d.h. er muss dem Empfänger zugehen. Für schriftliche Verwaltungsakte kann dabei § 130 BGB parallel herangezogen werden.²¹ Nicht erforderlich hingegen ist die Annahme der verwaltungsrechtlichen Willenserklärung durch den Adressaten oder Betroffenen.²²

Bsp.: A erwartet bereits länger einen nachteiligen Bescheid. Als er schließlich ein formell aussehendes Schreiben der Behörde in seinem Briefkasten findet, beschließt er, es nach der bekannten „Vogel-Strauß-Taktik“ einfach zu ignorieren und nicht zu öffnen. Hier sind der Zugang des Schreibens und damit seine Bekanntgabe trotz des Verhaltens des A zu bejahen, weil das Schriftstück in den Machtbereich des A gelangt ist und mit seiner Kenntnisnahme unter normalen Umständen und bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge auch gerechnet werden dürfte.

Eine besondere Form der Bekanntgabe bildet die förmliche Zustellung nach § 41 Abs. 5 VwVfG i.V.m. dem Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG) bzw. den Zustellungsgesetzen der Länder. Sie ist dann zu wählen, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist (vgl. z.B. § 69 Abs. 2 S. 1 VwVfG oder § 73 Abs. 3 S. 1 VwGO) oder die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen die förmliche Zustellung für geboten hält.²³ Eine weitere Sonderform stellt die öffentliche Bekanntgabe gem. § 41 Abs. 3, 4 VwVfG dar, die ebenfalls in bestimmten Fällen zulässig ist (vgl. z.B. § 41 Abs. 3 S. 2, § 69 Abs. 2 S. 3, § 74 Abs. 5 S. 1 VwVfG, § 10 Abs. 1 S. 1 VwZG).

Fraglich ist, wie sich die Verletzung von Formvorschriften bei der Bekanntgabe auf die Existenz bzw. das Wirksamwerden des Verwaltungsakts auswirkt. Hierbei muss die Formwidrigkeit der Bekanntgabe präzise von derjenigen des Verwaltungsakts unterschieden werden. Sofern der Verwaltungsakt einer speziellen Bekanntgabeform wie etwa der Zustellung nach dem VwZG bedarf, hat die Nichteinhaltung dieser Anforderung grundsätzlich das Fehlen der rechtlichen Existenz und der Wirksamkeit zur Folge. Anders zu beurteilen ist der Fall, in dem der Verwaltungsakt selbst eine bestimmte Form erfüllen, etwa schriftlich ergehen muss. Wird er in einem solchen Fall nur mündlich mitgeteilt, liegt ebenfalls ein Formfehler vor. Dieser erstreckt sich aber lediglich auf den Verwaltungsakt als solchen, nicht hingegen auf die Bekanntgabe. Demzufolge wird durch einen solchen Fehler nicht das Wirksamwerden bzw. die Existenz des Verwaltungsakts, sondern ausschließlich seine Rechtmäßigkeit berührt.²⁴

²⁰ BVerwGE 44, 294 (297) = NJW 1974, 1260 (1261); *Erbguth* (Fn. 7), § 13 Rn. 7.

²¹ *Gröpl*, JA 1995, 904 (905).

²² *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659 (661).

²³ *Maurer* (Fn. 7), § 9 Rn. 70.

²⁴ *Ehlers* (Fn. 1), S. 6; a.A. *Erbguth* (Fn. 7), § 13 Rn. 13. Mit einer ähnlichen Differenzierung *Erichsen/Hörster*, Jura 1997, 659 (664), die darauf abstellen, ob die Bekanntgabe zwar in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, aber unter Verletzung

Bsp.: Nach § 73 Abs. 1 S. 2 LBO SH²⁵ bedarf eine Baugenehmigung der Schriftform. Wird diese nicht eingehalten, so hat dies keine Folgen für die Existenz und Wirksamkeit der Genehmigung, sondern lediglich für deren Rechtmäßigkeit.

Ein Verwaltungsakt, der nach § 69 Abs. 2 S. 1 VwVfG in förmlichen Verwaltungsverfahren ergeht, bedarf hingegen zwingend einer Zustellung nach dem VwZG. Hier werden Anforderungen an die Bekanntgabe aufgestellt, deren Nichteinhaltung die rechtliche Existenz und das Wirksamwerden des Verwaltungsakts entfallen lassen.

III. Ende der Wirksamkeit des Verwaltungsakts

Die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts dauert gem. § 43 Abs. 2 VwVfG bis zu seiner Rücknahme, seinem Widerruf,²⁶ seiner anderweitigen Aufhebung oder seiner Erledigung, z.B. durch Zeitablauf, an. Als Maßnahmen der anderweitigen Aufhebung kommen die Aufhebung im Widerspruchsverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO, im Zuge des wieder aufgenommenen Verfahrens gem. § 51 VwVfG oder die gerichtliche Aufhebung im Zusammenhang mit einer Anfechtungsklage gem. §§ 42 Abs. 1 Alt. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO in Betracht.²⁷

IV. Anfängliche Unwirksamkeit des Verwaltungsakts

Von vorneherein unwirksam ist der nichtige Verwaltungsakt gem. § 43 Abs. 3 VwVfG. Die Nichtigkeit als schwerwiegendste Fehlerfolge und Abweichung vom Grundsatz der Bestandskraft ist allerdings nur in Ausnahmefällen zu bejahen. Trotz bestehender Uneinigkeiten in Rechtsprechung und Literatur über den genauen Inhalt des Begriffes ‚Bestandskraft‘ ist allgemein anerkannt, dass die durch den Verwaltungsakt einmal getroffene hoheitliche Regelung möglichst von Dauer sein und damit Rechtssicherheit entfalten soll.²⁸

Bei der Ausarbeitung der Regelungen zur anfänglichen Unwirksamkeit im VwVfG fiel die Entscheidung darüber, anhand welcher Kriterien über die Nichtigkeit zu entscheiden

der für dieses Verfahren einzuhaltenen Vorgehensweise erfolgt (= Heilungsmöglichkeit in entsprechender Anwendung des damaligen § 9 VwZG, heute § 8 VwZG) oder ob die Bekanntgabe insgesamt in anderer als der gesetzlich vorgeschriebenen Art und Weise erfolgt ist, also z.B. durch einfachen Brief statt durch förmliche Zustellung (= Unwirksamkeit des Verwaltungsakts).

²⁵ Vgl. ebenso § 58 LBO BW, § 68 BayBO, § 71 BauO Bln, § 67 BbgBO, § 72 BremLBO, § 58 HBauO, § 64 HBO, § 72 LBauO MV, § 75 NBauO, § 75 BauO NRW, § 70 BauO RhPf, § 73 SaarLBO, § 72 SächsBO, § 71 BauO LSA, § 70 ThürBO.

²⁶ Im Überblick zu Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten *Ehlers/Kallerhoff*, Jura 2009, 823 (Rücknahme) und *Ehlers/Schröder*, Jura 2010, 503 und 824 (Widerruf).

²⁷ Mit einer entsprechenden Übersicht *Erbguth* (Fn. 7), § 13 Rn. 4.

²⁸ *Schmalz* (Fn. 18), Rn. 414; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 43 Rn. 9.

ist – wiederum im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes – zugunsten des sogenannten Evidenzprinzips.²⁹ Letzteres hat seinen Niederschlag in § 44 Abs. 1 VwVfG gefunden. Danach muss zu einem besonders schwerwiegenden Fehler der Maßnahme auch dessen Offensichtlichkeit kommen. Der Verwaltungsakt muss seinen Fehler bildlich gesprochen „auf der Stirn tragen“.³⁰ Spezielle Fehlerarten, die stets die Nichtigkeit zur Folge haben, sind abschließend in § 44 Abs. 2 VwVfG genannt, ebenso wie in § 44 Abs. 3 VwVfG Mängel, die für sich betrachtet nicht zur Nichtigkeit führen.³¹ Ist keiner der aufgezählten Mängel einschlägig, können diese Aufzählungen jedenfalls als Wertungsmaßstab für die Einordnung des Schweregrads eines nicht benannten Fehlers herangezogen werden und so als Orientierungspunkte dienen. Insbesondere helfen sie bei der Beurteilung von Fehlern i.S.d. Generalklausel in § 44 Abs. 1 VwVfG.³²

Bsp.: Das BVerwG hat zu einem Sachverhalt, in dem ein Gewerbetreibender aufgrund einer individuellen Absprache mit einer Gemeinde ohne alljährliche Prüfung, ohne Antrag und ohne weiteren Bescheid über mehrere Jahre von der Steuer freigestellt blieb, folgendes ausgeführt: „Dieser Grundsatz, dass die Steuererhebung nur nach Maßgabe der Gesetze und nicht abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen auf Grund von Vereinbarungen zwischen Steuergläubiger und Steuerschuldner erfolgen kann, ist für einen Rechtsstaat so fundamental und für jeden rechtlich Denkenden so einleuchtend, dass seine Verletzung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zu betrachten ist, das Nichtigkeit zur Folge hat.“³³

Grundsätzlich erscheint es sinnvoll, die Frage nach der Fehlerhaftigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme erst zu stellen, nachdem festgestellt wurde, dass dieselbe überhaupt wirksam in die Welt getreten ist.³⁴ Im Rahmen der Untersuchung der Nichtigkeitsgründe nach § 44 VwVfG ergibt sich aufbautechnisch allerdings das Problem, dass bereits im Prüfungspunkt „Wirksamkeit des Verwaltungsakts“ letztlich seine Rechtswidrigkeit untersucht werden muss. Sollten im zu bearbeitenden Sachverhalt Hinweise auf Rechtmäßigkeitsmängel existieren, die eine Nichtigkeit der Maßnahme erwarten lassen, erscheint es daher angemessen, die Nichtigkeit ausnahmsweise erst nach der Rechtmäßigkeit zu prüfen, um allzu verschachtelte Ausführungen zu vermeiden.³⁵

Aus dem Wortlaut von § 43 Abs. 3 VwVfG ergibt sich, dass auch ein nichtiger und damit unwirksamer Verwaltungs-

akt jedenfalls ein Verwaltungsakt ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird seine erkannte Nichtigkeit entweder obligatorisch auf Betreiben eines Adressaten oder Betroffenen mit berechtigtem Interesse (§ 44 Abs. 5 Hs. 2 VwVfG) oder fakultativ aus eigener Motivation der Behörde heraus (§ 44 Abs. 5 Hs. 1 VwVfG) förmlich festgestellt.

Vor dem Verwaltungsgericht ist in diesem Zusammenhang eine Nichtigkeitsfeststellungsklage gem. § 43 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 VwGO statthaft.³⁶ Eine Gestaltungsklage wie die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO könnte dagegen zunächst mit dem Argument abgelehnt werden, dass zur Gestaltung ja mangels Wirksamkeit der Maßnahme keine Möglichkeit und auch kein Bedarf bestehe.³⁷ Allerdings hat neben der Feststellungsklage auch die Anfechtungsklage in dieser Konstellation eine eigenständige Berechtigung. Sie dient der Rechtssicherheit, weil auch der Rechtsschein „wirksamer Verwaltungsakt“³⁸ einer separaten Aufhebung zugänglich ist.³⁹

V. Abgrenzung der Folgen von Unwirksamkeit und Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts

Der wichtigste Merksatz zu Beginn dieses Abschnitts muss in Verdeutlichung und Zusammenfassung des oben Gesagten lauten: Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts stellt keine notwendige Wirksamkeitsvoraussetzung dar. Mit anderen Worten: Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts zieht nicht zwangsläufig seine Unwirksamkeit nach sich.

Ein rechtswidriger Verwaltungsakt entfaltet durchaus Rechtswirkungen gegenüber seinem Adressaten bzw. den von ihm Betroffenen. Er muss von Bürgern und staatlichen Organen gleichermaßen beachtet werden.⁴⁰ Dieser Befund erscheint zunächst angesichts des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 3 GG bedenklich. Er lässt sich allerdings erklären, wenn man bedenkt, dass er der Aufrechterhaltung einer effektiven Verwaltung und nicht zuletzt dem Vertrauensschutz der Adressaten und der Betroffenen, insbesondere im Zusammenhang mit begünstigenden Verwaltungsakten, dient.⁴¹ Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts hat allerdings, sofern nicht eine Umdeutung (§ 47 VwVfG) oder die Heilung der die Rechtswidrigkeit auslösenden Fehler (§ 45 VwVfG) in Betracht kommen oder der Mangel als unbeachtlich gem. § 46 VwVfG anzusehen ist, seine Aufhebbarkeit zur Folge. Der Bürger kann mithilfe eines Widerspruchs und ggf. einer Anfechtungsklage innerhalb der gesetzlichen Fristen Rechtsschutz gegen belastende Verwaltungsakte ersuchen. Auch die Verwaltung hat ihrerseits Mittel zur Aufhe-

²⁹ Schnapp/Cordewener, JuS 1999, 39 (40); Wolf/Bachof/Stober (Fn. 8), § 49 Rn. 7.

³⁰ Wolf/Bachof/Stober (Fn. 8), § 49 Rn. 8.

³¹ Näheres zu den Nichtigkeitsgründen bei Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 685 ff.

³² Wolf/Bachof/Stober (Fn. 8), § 49 Rn. 10.

³³ BVerwGE 8, 329 (330) = DVBl 1959, 710 (710).

³⁴ So auch Schnapp/Henkenötter, JuS 1998, 524 (526).

³⁵ Ibid.

³⁶ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 18 Rn. 28 ff.

³⁷ Vgl. Hufen (Fn. 36), § 18 Rn. 27.

³⁸ Vgl. Schnapp, DVBl. 2000, 247 (249).

³⁹ BVerwGE 18, 154 (155) = DÖV 1964, 346 (346); OVG Koblenz NVwZ 1987, 899 (899); Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 183.

⁴⁰ Zu den verschiedenen Wirkungen vgl. Erbguth (Fn. 7), § 13 Rn. 3.

⁴¹ Wolf/Bachof/Stober (Fn. 8), § 48 Rn. 5.

bung rechtswidriger Verwaltungsakte zur Hand.⁴² Unter diesen Gesichtspunkten stellt sich die Fortgeltung unbeanstandener rechtswidriger Verwaltungsakte letztlich als Kompromiss zwischen uneingeschränkter Rechtsbindung, Effektivitätsgesichtspunkten und Vertrauensschutzaspekten dar.

Ein rechtsunwirksamer Verwaltungsakt hingegen vermag gegenüber dem Adressaten oder Betroffenen nicht die intendierten Rechtswirkungen hervorzubringen. Der Bürger muss ihn nicht innerhalb bestimmter Fristen beanstanden, sondern darf ihn ignorieren.⁴³

Bestehen aber, wie es praktisch der Regelfall sein dürfte, Zweifel, ob der Verwaltungsakt tatsächlich nichtig oder nicht vielleicht doch lediglich rechtswidrig ist, sollte der Adressat oder Betroffene stets zur Sicherheit Widerspruch einlegen und ggf. eine Anfechtungsklage erheben. Ansonsten liefe er Gefahr, dass im ungünstigsten Fall eine Nichtigkeitsfeststellungsklage in Leere geht, weil der Fehler die Nichtigkeitschwelle nicht überschreitet, die Widerspruchs- und Anfechtungsfristen jedoch verstrichen sind.⁴⁴ Das Verwaltungsgericht wird in einem Zweifelsfall die Anfechtungsklage nicht als unzulässig abweisen, sondern ggf. auf eine Umstellung zur Nichtigkeitsfeststellungsklage hinwirken.

⁴² Vgl. zur Möglichkeit der Aufhebung oben unter III.

⁴³ Zu den Möglichkeiten der Nichtigkeitsfeststellung oben unter IV.

⁴⁴ *Schnapp/Cordewener*, JuS 1999, 39 (41).

Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht **Timo Schmucker**, LL.M., Heidelberg

Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung zählt zu den Kernfragen des Wirtschaftsstrafrechts. Der Beitrag widmet sich neben der normtheoretischen Funktion und den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 StGB auch der Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sog. faktischer Organe, insbesondere der des faktischen Geschäftsführers einer GmbH.

I. Problemstellung

Juristische Personen, z.B. die GmbH oder die AG, können trotz ihrer Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (= Rechtsfähigkeit), selbst nicht handeln. Sie nehmen am Rechtsverkehr mit der Hilfe von natürlichen Personen teil, die die Organe der juristischen Person bilden.¹ Entsprechend sieht das Gesellschaftsrecht die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch ihre Organe und Vertreter vor. Die GmbH wird beispielsweise durch einen oder mehrere Geschäftsführer vertreten, die AG regelmäßig durch ihren Vorstand (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG, §§ 76 ff. AktG). Die bei der Ausübung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in Betracht kommenden Straftatbestände richten sich hinsichtlich ihres Adressatenkreises aber nicht immer eindeutig an die jeweils natürliche Person des jeweiligen Organs.

So formulieren die §§ 82, 84 und 85 GmbHG eine Strafbarkeit noch allein für den Geschäftsführer einer GmbH. Damit zählen diese Strafvorschriften zu den sog. Sonderdelikten, sind also Tatbestände, die nicht von jedermann, sondern nur von bestimmten, näher bezeichneten Tätern verwirklicht werden können.² Schon weiter gefasst, aber immer noch unproblematisch bestimmbar, ist der Täterkreis z.B. bei dem durch das MoMiG³ eingeführten § 15a Abs. 1 InsO. Unabhängig von der Rechtsform der juristischen Person sind es ganz allgemein die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler, die zur Stellung eines Insolvenzantrages verpflichtet sind.

Deutlich problematischer sind demgegenüber etwa die §§ 283-283d StGB formuliert, obwohl auch sie regelmäßig zu den Sonderdelikten gehören.⁴ Täter des Bankrotts ist gem. § 283 Abs. 6 StGB nur derjenige, der „seine“ Zahlungen einstellt oder gegen den sich die Insolvenzeröffnung bzw. der abgewiesene Eröffnungsantrag richtet.⁵ Diese weite Formulierung ist darauf zurückzuführen, dass diese Tatbestände

auch juristische Personen als solche ansprechen,⁶ weil auch einer GmbH oder AG gem. § 238 Abs. 1 HGB als juristischer Person die Verpflichtung als „Kaufmann“ Handelsbücher zu führen (vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB) oder gem. § 242 Abs. 1 HGB Bilanzen aufzustellen (vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB) obliegt. Dies folgt als Konsequenz daraus, dass juristische Personen aus der Perspektive des Zivil-, insbesondere des Gesellschaftsrechts, einer natürlichen Person gleichgestellt sind.⁷

Für das Strafrecht sind indes allein Handlungen natürlicher Personen Gegenstand der Betrachtung. Nach geltendem deutschen Strafrecht können sich juristische Personen nicht in einem kriminalstrafrechtlichen Sinne strafbar machen. Es können zwar Geldbußen gegen Unternehmen verhängt werden (vgl. § 30 OWiG), nicht jedoch Unternehmensstrafen.⁸

Es würden also erhebliche Strafbarkeitslücken entstehen, wenn eine typischerweise auf das Handeln natürlicher Personen zugeschnittene Strafvorschrift deshalb nicht zur Anwendung kommt, weil einer organschaftlich handelnden Person ein besonderes persönliches Merkmal fehlt, welches nur bei der von ihr vertretenen juristischen Person vorliegt.⁹ So ist etwa, um im eben genannten Beispiel zu bleiben, der Geschäftsführer einer GmbH nach Maßgabe des HGB kein Kaufmann.¹⁰ Hingegen ist die von ihm vertretene GmbH ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens eine Handelsgesellschaft und somit schon kraft ihrer Rechtsform Formkaufmann nach § 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. § 6 Abs. 2 HGB. Unterlässt es der Geschäftsführer, bei Überschuldung oder bei drohender bzw. eingetretener Zahlungsunfähigkeit die Handelsbücher der GmbH ordnungsgemäß zu führen, so begeht er die in § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB unter Strafe gestellte Handlung. Gleichwohl – so scheint es – könne er strafrechtlich nicht verantwortlich sein, weil ihm die gesetzliche Verpflichtung eines Kaufmanns zur Führung der Handelsbücher ja gerade nicht obliegt.¹¹

Im Fortgang dieser Überlegung soll aufgezeigt werden, wie diese und vergleichbare Problemstellungen durch die Grundsätze der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung aufzulösen sind.

¹ Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 14. Aufl. 2009, § 2 II. 2. Rn. 16.

² Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 33; Schulz, StraFo 2003, 155.

³ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

⁴ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 283 Rn. 38.

⁵ Vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 283 Rn. 65.

⁶ Vgl. Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2006, 1. Teil C. II. Rn. 42 (m.w.N.).

⁷ Raum, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 4 Rn. 1 ff.

⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat sich bislang allen Forderungen nach Einführung von Unternehmensstrafen widersetzt. Vgl. aber auch „Diskussionsentwurf“ des Landes Hessen zur Ergänzung des StGB (vgl. dazu Hamm, NJW 1998, 662).

⁹ Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. II. Rn. 43; Rogall, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 145 m.w.N.

¹⁰ Vgl. Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. II. Rn. 42.

¹¹ Vgl. Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. II. Rn. 43.

II. Organ- und Vertreterhaftung

Ausgangspunkt für die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung ist § 14 StGB. Im Bereich der Ordnungswidrigkeiten enthält § 9 OWiG eine entsprechende Regelung.¹²

1. Funktion und normtheoretische Struktur des § 14 StGB

Handelt jemand in seiner in § 14 StGB näher bezeichneten Eigenschaft als Vertreter oder Beauftragter, so ordnet § 14 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 StGB dem Wortlaut nach an, dass ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf ihn anzuwenden ist. Dies gilt dann, wenn diese besonderen persönlichen Merkmale nicht bei ihm, aber bei dem von ihm Vertretenen vorliegen.

Die Funktion der Vorschrift wird daher in der Literatur als „Strafausdehnungsgrund“¹³, „Tatbestandsergänzungsvorschrift“¹⁴ oder als „Tatbestandserweiterung“¹⁵ angesehen. Zu Recht kritisiert Rogall¹⁶ diese Begrifflichkeiten als zu undifferenziert und zu ungenau. Um zunächst ein dogmatisches¹⁷ Verständnis für die Funktionsweise dieser Vorschrift zu entwickeln, ist ihrer normtheoretischen Struktur und Funktion hier ein Stück weit¹⁸ auf den Grund zu gehen.

Bereits aus der Stellung im Allgemeinen Teil des StGB ergibt sich, dass § 14 StGB kein eigenständiger Straftatbestand ist.¹⁹ Wenn § 14 Abs. 1 und Abs. 2 StGB sich dem Wortlaut nach auf ein „Gesetz“ bezieht, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, so kann damit nur ein Strafgesetz gemeint sein.²⁰ Vor diesem Ausgangspunkt stellt sich dann aber die Frage, wie der Normbefehl des § 14 StGB zu verstehen ist, dass dieses Strafgesetz auch auf den Vertreter oder Beauftragten „anzuwenden“ ist. Dies lässt mehrere Deutungs- und Interpretationsmöglichkeiten zu:

a) Rechtsfolgenverweisung

Man könnte § 14 StGB als eine Rechtsfolgenverweisung interpretieren.²¹ Liegen die Voraussetzungen des § 14 StGB vor, so wäre auf den handelnden Vertreter oder Beauftragten die Rechtsfolge des in Bezug genommenen Strafgesetzes anzuwenden. Der Vertreter oder Beauftragte wäre wie der Normadressat des Strafgesetzes zu sanktionieren, würde aber nicht selbst zum Adressaten der Strafvorschrift.

¹² Vgl. Többens, NStZ 1999, 1 (2 ff.).

¹³ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 14 Rn. 1; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 85.

¹⁴ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 14 Rn. 1 (m.w.N.).

¹⁵ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/10.

¹⁶ Rogall (Fn. 9), S. 154.

¹⁷ Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift vgl. Rogall (Fn. 9), S. 147 ff.

¹⁸ Eine vertiefte und umfassende Erläuterung der Normlogik findet sich bei Kawan, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB) in ihrem normlogischen Begründungszusammenhang, 1992.

¹⁹ Rogall (Fn. 9), S. 154.

²⁰ Rogall (Fn. 9), S. 154.

²¹ Rogall (Fn. 9), S. 154.

b) Rechtsgrundverweisung – begrifflich akzessoritätsfreie Lösung

Sieht man in der Vorschrift des § 14 StGB dagegen die Anforderung das in Bezug genommene Strafgesetz auch in allen seinen tatbestandlichen Voraussetzungen auf den Vertreter anzuwenden, so ist von einer Rechtsgrundverweisung auszugehen.²² Über das Bindeglied des § 14 StGB wäre die in Frage stehende Person von Anfang an selbst Normadressat des in Bezug genommenen Straftatbestandes. Doch wie ist dies zu bewerkstelligen, wenn gerade die täterschaftsbegründenden Merkmale des Tatbestandes bei ihm nicht vorliegen? Erreichen ließe sich dies nur, indem man konstruktiv auch diese Sachverhalte unter die im Tatbestand verwendeten Statusbegriffe (z.B. „Kaufmann“, „Arbeitgeber“ etc.) subsumieren könnte. Dies läuft i.E. aber auf eine eigenständige strafrechtliche Begriffsbildung unter Aufgabe von vorhandenen begrifflichen und rechtlichen Akzessorietäten hinaus.²³ So würde etwa der Geschäftsführer einer GmbH aus dem obigen Beispiel bei Bankrotthandlungen aus strafrechtlicher Sicht zu einem „Kaufmann“ mit eigener Pflichtenstellung zur Führung von Handelsbüchern erhoben, wohingegen das Handelsrecht ihm diese Eigenschaft und die daran anknüpfenden Verpflichtungen nach wie vor abspräche.

c) Tatbestandsergänzungslösung (Inkorporation)

Die handelnde Person würde auch dann Normadressat einer in Bezug genommenen Strafvorschrift, wenn man in § 14 StGB die Anordnung einer sog. Inkorporation sieht. Hierunter ist ganz allgemein die Ergänzung einer Vorschrift zu verstehen.²⁴ Mit der eben unter b) dargestellten Interpretation hat diese Lösung gemein, dass der Handelnde über § 14 StGB in den Kreis der Normadressaten „hineingelesen“ wird. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch darin, dass begriffliche und rechtliche Akzessorietäten beibehalten werden. Im obigen Beispiel ist der Geschäftsführer der GmbH im Anschluss an das Handelsrecht kein „Kaufmann“. § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB müsste dann aber durch § 14 StGB ergänzt und wie folgt gelesen werden: „Mit [...] wird bestraft, wer bei Überschuldung oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit Handelsbücher, zu deren Führung er selbst gesetzlich verpflichtet ist oder als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person, welcher eine solche Verpflichtung obliegt, etc. [...] es zu führen unterlässt [...].“

d) Normneuschöpfung

Schließlich ließe sich § 14 StGB auch so verstehen, dass dessen Voraussetzungen nicht dazu führen, dass die dort bezeichneten Vertreter und Beauftragten in Verbindung mit dem in Bezug genommenen Strafgesetz zu Normadressaten einer bestehenden Strafvorschrift werden. Denkbar wäre in dem Zusammenspiel von § 14 StGB und dem in Bezug genommenen Straftatbestand die Anordnung einer neuen, eigenständigen Vorschrift für die strafrechtliche Organ- und

²² Kawan (Fn. 18), S. 146 ff.

²³ Vgl. Rogall (Fn. 9), S. 155.

²⁴ Vgl. Kawan (Fn. 18), S. 191.

Vertreterhaftung zu sehen.²⁵ Der so geschaffene Tatbestand hätte als Konstante die Täterbeschreibung des § 14 StGB und als Variable die Bestandteile des im Einzelfall anzuwendenden Strafgesetzes.²⁶

e) Stellungnahme

§ 14 Abs. 1 und Abs. 2 StGB knüpft an eine Handlung an, denn nur, wenn jemand „handelt“, ist die situative Einstiegsvoraussetzung für eine Prüfung des § 14 StGB eröffnet (vgl. dazu ausführlich unten II. 2. b). Es wird daher schnell ersichtlich, weshalb die Interpretation des § 14 StGB als reine Rechtsfolgenverweisung nicht überzeugen kann. Anknüpfungspunkt für eine Prüfung dieser Vorschrift kann nur die Handlung des im Einzelfall in Bezug genommenen Strafgesetzes sein. Aus sich selbst heraus kann § 14 StGB die Frage, für welche Handlung des Vertreters oder Beauftragten er gelten soll, nicht beantworten. Daher weist diese Vorschrift keinen eigenständigen und vollständigen Normbefehl auf, so dass eine tragfähige Grundlage für eine Rechtsfolgenverweisung fehlt.

Aber auch eine begriffliche (akzessoritätsfreie) Lösung im Rahmen einer Rechtsgrundverweisung kann hier nicht zutreffend sein. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot im engeren Sinne („nullum crimen sine lege certa“) stellt hohe Anforderungen an die inhaltliche Fassung von Straftatbeständen.²⁷ Jeder soll in hinreichend verläSSLicher Weise vorhersehen können, welches Verhalten konkret mit Strafe bedroht ist, damit er sein Verhalten entsprechend ausrichten kann.²⁸ Eine eigenständige strafrechtliche Begriffsbildung, wie man sie für die praktische Umsetzbarkeit einer Rechtsgrundverweisung benötigt, kann diese Vorgabe des Rechtsstaates nicht erfüllen. Eine solche Lösung führt zur Zersplitterung der Rechtsordnung in Subsysteme. Für den Rechtsunterworfenen ist durch die begriffliche Ablösung von Instituten und Begriffen der übrigen Rechtsordnung nicht erkennbar, ob er Adressat der Strafvorschrift geworden ist. Die begriffliche (akzessoritätsfreie) Lösung in Gestalt einer Rechtsgrundverweisung scheidet als tragfähige Interpretation somit aus.

Für die Normneuschöpfung scheint zu sprechen, dass der jeweils über § 14 StGB in Bezug genommene Straftatbestand schon komplett erscheint.²⁹ Eine tatbestandliche Ergänzung, wie es nach der Inkorporationslösung erforderlich wäre, scheint deshalb nicht möglich. Dem Rechnung tragend, ist die Interpretation des § 14 StGB als Aufforderung zur Normneuschöpfung konsequent – aber keinesfalls zwingend. Nahezu jede Vorschrift des Allgemeinen Teils des StGB kann als ein vor die Klammer gezogenes Instrument zur Modifikation von Straftatbeständen angesehen werden. Die von der Organ- und Vertreterhaftung betroffenen Sachverhalte lassen sich ausgehend von ihrer Regelung in einer Vorschrift des Allgemeinen Teils in jedes spezifische Strafgesetz problem-

los hineinlesen.³⁰ Es besteht deshalb nicht die Notwendigkeit, von der Entstehung neuer Strafnormen auszugehen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass § 14 StGB wie ein vor die Klammer gezogenes Instrument zur Modifikation von Straftatbeständen im Sinne einer Ergänzung des Täterkreises und der dadurch notwendigen Anpassungen des in Bezug genommenen Norminhaltes wirkt.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 14 StGB

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs unterscheidet § 14 StGB danach, ob eine natürliche Person aufgrund einer gesetzlichen Regelung dazu berufen ist, für eine andere Person zu handeln (Abs. 1) oder aufgrund einer Beauftragung Leitungsaufgaben innerhalb eines Betriebes wahrnimmt (Abs. 2). Durch Abs. 3 der Vorschrift fällt grundsätzlich auch der faktisch Handelnde bei der Wahrnehmung von Aufgaben im Sinne der Absätze 1 und 2 in den Anwendungsbereich.

aa) Vertreter gem. § 14 Abs. 1 StGB

Zu den Vertretern, die aufgrund einer gesetzlichen Befugnis für eine andere Person handeln, gehören die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Nach dem Gesellschaftsrecht ist dies für die GmbH der Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Für den rechtsfähigen Verein, die rechtsfähige Stiftung, die Aktiengesellschaft oder die Genossenschaft ist dies der Vorstand (§§ 26, 29, 86, 88 BGB, §§ 76, 85 AktG; § 24 GenG).³¹ Dabei ist unerheblich, ob das Organ mehrgliedrig ist, also aus einer oder mehreren Personen besteht.³² Ebenfalls aufgrund einer gesetzlichen Befugnis handeln für Personenhandelsgesellschaften (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB) die Gesellschafter der OHG (§ 125 HGB), für die Kommanditgesellschaft die persönlich haftenden Komplementäre (§§ 161, 170 HGB). Auch die gesetzlichen Vertreter eines andern (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB) leiten ihre Handlungs- und Vertretungsbefugnis zwar aus dem Gesetz ab, doch sind diese Personen regelmäßig keine Unternehmensverantwortlichen.

bb) Beauftragte gem. § 14 Abs. 2 StGB

Zu den Beauftragten des § 14 Abs. 2 StGB zählen Betriebs- und Niederlassungsleiter (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB) sowie Abteilungs- und Bereichsleiter (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Die strafrechtliche Verantwortung dieser Beauftragten setzt voraus, dass sie ganz oder teilweise selbstständig und verantwortlich für die Unternehmensleitung in einem bestimmten Aufgabenbereich handeln.³³ Den Beauftragten muss daher bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben eine gewisse Entscheidungsbefugnis innerhalb des zugewiesenen Aufgabenbereichs zustehen.

²⁵ Rogall (Fn. 9), S. 155.

²⁶ Rogall (Fn. 9), S. 155.

²⁷ Vgl. dazu Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 15 III. 3. m.w.N.

²⁸ BVerfGE 92, 1 (12); BGHSt 23, 167 (171).

²⁹ Rogall (Fn. 9), S. 155.

³⁰ Rogall (Fn. 9), S. 155.

³¹ Vgl. Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 16/17.

³² Vgl. Raum (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 11.

³³ Fischer (Fn. 4), § 14 Rn. 11 ff.

cc) Faktisch Handelnde gem. § 14 Abs. 3 StGB

Auch sollen über § 14 Abs. 3 StGB Personen in den Anwendungsbereich der Organ- und Vertreterhaftung einbezogen werden, wenn das zu Grunde liegende Bestellungsverhältnis unwirksam ist. Die Einzelheiten der strafrechtlichen Verantwortung sog. faktischer Organe werden aufgrund ihrer erheblichen praktischen Bedeutung an späterer Stelle ausführlich besprochen (vgl. unten III.).

b) Begriff der Handlung

Zu Normadressaten der in Bezug genommenen Strafvorschrift werden die in den persönlichen Anwendungsbereich des § 14 StGB fallenden Personen nur dann, wenn und soweit sie in ihrer dort beschriebenen Eigenschaft handeln. Handeln kann dabei ein positives Tun oder ein pflichtwidriges Unterlassen sein. Ebenso fällt rechtsgeschäftliches wie auch nicht-rechtsgeschäftliches Handeln unter diesen Begriff.³⁴ Die Vorschrift setzt voraus, dass die handelnden Personen „als“ Organ oder Vertreter (§ 14 Abs. 1 StGB) bzw. „auf Grund dieses Auftrages“ (§ 14 Abs. 2 StGB) tätig werden.³⁵ Zwischen der Handlung und dem Pflichtenkreis des Vertretenen muss daher ein Zusammenhang bestehen, denn anderenfalls ist eine Handlung nicht „als“ eine solche des Vertreters oder des Beauftragten zu qualifizieren. Wann dies aber genau der Fall ist, gehört zu einer stark umstrittenen Frage der Strafrechtsdogmatik.³⁶ Um diese Problematik nachvollziehen zu können, gilt es, sich mit den von der Rechtsprechung und der Literatur vertretenen Ansichten auseinanderzusetzen, die insbesondere vor dem Hintergrund der Abgrenzung im Insolvenzstrafrecht (§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und der Untreue (§ 266 StGB) besondere praktische Bedeutung erlangt haben.³⁷ Doch bevor eine Stellungnahme zu den einzelnen Ansichten erfolgen kann, gilt es, sich zunächst einen Überblick über die verschiedenen Lösungsansätze zu verschaffen:

aa) Interessentheorie

Bis zur Entscheidung des 3. Strafsenates des BGH vom 10.2.2009³⁸ wurde vom BGH in steter Rechtsprechung die sog. „Interessentheorie“ vertreten.³⁹ Hiernach besteht ein Zusammenhang zwischen dem Handeln des Vertreters bzw. Beauftragten mit dem Pflichtenkreis des Vertretenen, wenn der Täter wenigstens auch im Interesse des Vertretenen handelt. Nach der Rechtsprechung ist deshalb danach zu unterscheiden, ob der Täter im Eigen- oder Fremdinteresse handelt, wobei es auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommen soll.⁴⁰ Liegen also ausschließlich eigennützige Interessen bei einem Tun vor, so handelt der Täter nicht in

der von § 14 StGB vorausgesetzten Eigenschaft als Vertreter oder Beauftragter. In diesem Zusammenhang gilt es, eine wichtige Ausnahme zu kennen. Der BGH nimmt trotz eines Handelns im Eigeninteresse gleichwohl (noch) einen Bezug zum Vertretenen an, wenn ein Einverständnis des Vertretenen vorliegt.⁴¹ Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn etwa der Geschäftsführer im Einverständnis mit dem Komplementär einer KG handelt.⁴² Der Grund für die abweichende Behandlung dieser Konstellation ist darin zu sehen, dass es hier an einem Interessenwiderstreit zwischen dem Handelnden und dem Vertretenen fehlt. Das Handeln des Geschäftsführers bewegt sich in dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Vertretenen, selbst wenn der Geschäftsführer dabei eigennützige Zwecke verfolgen sollte.⁴³

bb) Funktionstheorie

Einen anderen Weg zur Begründung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen dem Handeln des Vertreters und dem Pflichtenkreis des Vertretenen begründet die sog. „Funktionstheorie“.⁴⁴ Hiernach muss das Handeln des Vertreters in einem funktionalen Zusammenhang mit dem Aufgaben- und Pflichtenkreis stehen, der mit der (organschaftlichen) Vertretung wahrgenommen wird.⁴⁵ Das ist dann der Fall, wenn der Täter seine organspezifischen Einwirkungsmöglichkeiten bei seinem Tun nutzen muss.⁴⁶ Nicht ausreichend ist es, wenn die Vertreterstellung zu der fraglichen Handlung dafür nur die Gelegenheit bietet.⁴⁷ Vereinfacht ausgedrückt: Handlungen, die erst die Vertreter- bzw. Organstellung ermöglichen, fallen in den Handlungsbereich des § 14 StGB. Handlungen, die auch ohne diese Stellung von einem beliebigen Dritten begangen werden könnten, sind hierfür unbeachtlich.⁴⁸

cc) Zurechnungsmodell

Schließlich wird das sog. „Zurechnungsmodell“ in der Literatur vertreten.⁴⁹ Mit der Funktionstheorie hat diese Ansicht gemein, dass es sich bei der Frage der Einordnung der Handlung „als“ Vertreter oder „auf Grund eines Auftrages“ um eine Problematik der Zurechnung handelt.⁵⁰ Ist die Handlung des Vertreters dem Vertretenen also zuzuschreiben? Nach dem Zurechnungsmodell ist zur Beantwortung dieser Frage nach dem legitimierenden Grund zu suchen, warum das im Tatbestand eines Sonderdeliktes auf den Vertretenen bezogene besondere persönliche Merkmal über § 14 StGB auf den

³⁴ Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 25.

³⁵ BGH NStZ 2009, 437 (438).

³⁶ Vgl. Brand, NStZ 2010, 9.

³⁷ Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, Vor §§ 283 ff. Rn. 54.

³⁸ BGH NStZ 2009, 437.

³⁹ Vgl. BGHSt 30, 127 (128 f.); 34, 221 (223); BGH NStZ 2000, 206 (207).

⁴⁰ BGHSt 30, 127 (128 f.).

⁴¹ BGHSt 34, 221 (223).

⁴² BGHSt 34, 221 (223).

⁴³ BGHSt 34, 221 (223).

⁴⁴ Vgl. Arloth, NStZ 1990, 570 (574); Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 26; Jordan, Jura 1999, 305; Weber, StV 1988, 17; vgl. auch Tiedemann, NJW 1986, 1842 (1844).

⁴⁵ Vgl. Arloth, NStZ 1990, 570 (574).

⁴⁶ Arloth, NStZ 1990, 570 (574).

⁴⁷ Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 26.

⁴⁸ Arloth, NStZ 1990, 570 (574).

⁴⁹ Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

⁵⁰ Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56 f.

Vertreter zu übertragen ist.⁵¹ Grundvoraussetzung ist dabei immer, dass ein Handeln des Vertreters im Geschäftskreis des Vertretenen erfolgt.⁵² Im Einzelfall ist dann eine Zurechnung im Zusammenspiel mit den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes und den Umständen der Handlung des Vertreters zu ermitteln.⁵³

dd) Stellungnahme

Die Interessentheorie ist erheblichen Einwänden ausgesetzt.⁵⁴ Auch der 3. *Strafsenat* des BGH scheint mit der bereits oben zu Beginn unter aa) genannten Entscheidung⁵⁵ eine deutliche Abkehr von der bislang gefestigten Rechtsprechung vollziehen zu wollen. Ob dies tatsächlich zu einer grundlegenden Richtungsänderung über sämtliche Senate des BGH hinweg bis hin zu den Instanzgerichten führen wird, bleibt aber vorerst noch abzuwarten.⁵⁶ In der – sehr lesenswerten – Entscheidung führt der 3. *Senat* dann selbst die wesentlichen Argumente gegen die Interessentheorie aus:⁵⁷

Gegen die Interessentheorie spricht bereits, dass sie mit dem „Interesse“ als Bezugspunkt der Abgrenzung auf ein ausschließlich subjektives Merkmal abstellt, welches vom Wortlaut des § 14 StGB nicht gefordert ist.⁵⁸ Auch die mittels der Interessentheorie gefundenen Ergebnisse bieten dann Grund zur eingehenden Kritik, insbesondere wenn es um Fallkonstellationen der Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten und der Untreue nach § 266 StGB geht.⁵⁹ Mit der Pönalisierung der in § 283 StGB genannten Handlungen soll einem wirtschaftlich verantwortungslosen Verhalten entgegengetreten werden, das die Gläubigerinteressen und allgemeine Belange der Gesamtwirtschaft bzw. der Kreditwirtschaft gefährdet.⁶⁰ Der BGH veranschaulicht vor diesem Hintergrund dann u.a. am Beispiel der „Ein-Mann-GmbH“, wie die Interessentheorie diesen Schutzzweck verkürzt, wenn beispielsweise der personenidentische Gesellschafter/Geschäftsführer angesichts der drohenden Insolvenz seiner GmbH zur Benachteiligung der Gläubiger das Vermögen entzieht, indem er Gelder der Gesellschaft auf seine privaten Konten umleitet (= Tathandlung des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Nach wirtschaftlicher Betrachtung handelt der Geschäftsführer hier unstreitig eigennützig, so dass nach der Interessentheorie seine Handlung nicht „als“ Organ der Gesellschaft gem. § 14

Abs. 1 StGB angesehen werden kann. Trotz Eigennutz und Verursachung der Insolvenz ist er in der Folge gleichwohl nicht wegen Bankrotts strafbar.⁶¹ Als „Auffangtatbestand“ kommt dann ggf. die Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB in Betracht. Dieser Rückzug auf die Untreue versagt aber zumeist dann, wenn Bankrotthandlungen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB wegen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten (vgl. bereits oben I.) mittels der Interessentheorie beurteilt werden sollen. Fehlt es an einem Interesse der vertretenen Gesellschaft bei einem Verstoß gegen diese Buchführungs- und Bilanzierungspflichten scheidet nicht nur die Bankrottstrafbarkeit aus. In Ermangelung eines feststellbaren bzw. nachweisbaren Vermögensschadens der Gesellschaft ist dann regelmäßig auch die Strafbarkeit wegen Untreue nicht zu begründen.⁶² Ein nicht überzeugendes Ergebnis. Die Interessentheorie ist daher zusammen mit dem 3. *Strafsenat* des BGH mit Recht abzulehnen.

Aber auch die „Funktionstheorie“ kann schlussendlich nicht überzeugen. Zwar ist dieser Ansicht zunächst zuzugestehen, dass sie mit ihrem Anknüpfungspunkt an die organspezifischen Einwirkungsmöglichkeiten einen vom Willen des Täters unabhängigen Anknüpfungspunkt wählt und deshalb nicht wie die Interessentheorie das Wortlautargument des § 14 StGB gegen sich hat. Außerdem wird man dieser Ansicht zugeben müssen, dass sie die Abgrenzungsprobleme zwischen den Tatbeständen des Insolvenzstrafrechts einerseits und der Untreue andererseits deutlich relativieren kann.⁶³ Gleichwohl ist diese funktionale Betrachtung im Kern nicht zutreffend. Wie *Radtke* in diesem Zusammenhang klarstellt, beruht die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung nicht etwa auf der Organstellung etc., sondern auf dem Gedanken der Pflichtenteilhabe.⁶⁴ Der Vertreter übernimmt die Erfüllung einer (außerstrafrechtlichen) Pflicht des Vertretenen, deren Nichtbeachtung mit Strafe bedroht ist. Deshalb setzt der Vertreterbezug des § 14 StGB stets voraus, dass das Verhalten des Vertreters in einem normativen Sinn sich als ein Verhalten des Vertretenen qualifizieren lässt, denn nur dies bietet die Rechtfertigung der Übertragung der besonderen persönlichen Merkmale auf den Vertreter.⁶⁵ Diesen dogmatischen Anknüpfungspunkt verkennt die Funktionstheorie.

Das „Zurechnungsmodell“ bietet deshalb den Ausgangspunkt von überzeugenden Lösungsmöglichkeiten, die im Einzelfall aber noch näher zu begründen sind. Maßstab hierfür ist grundsätzlich das Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem.⁶⁶ Hiernach ist bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Vertreters die Zurechnung dann gewährleistet, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen gehandelt hat oder diesen zumindest die Rechtswirkungen des Geschäftes treffen.⁶⁷ Bei tatsächlichem Handeln ist die Begründung über das Zurechnungsmodell problemati-

⁵¹ *Radtke* (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

⁵² *Radtke* (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

⁵³ *Radtke* (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

⁵⁴ Vgl. exemplarisch *Arloth*, NStZ 1990, 570; *Labsch*, wistra 1985, 1 (6 ff.) – jeweils m.w.N.

⁵⁵ BGH NStZ 2009, 437.

⁵⁶ Eine Änderung der Rechtsprechung wurde – ohne Erfolg (vgl. RGSt 73, 117) – schon einmal durch eine Entscheidung vom 22.12.1938 vom 2. *Strafsenat* des RG unternommen (RGSt 73, 68), wogegen sich dann die Entscheidung BGHSt 6, 314 (317) nochmals ausdrücklich wendet. Vgl. dazu auch *Brand*, NStZ 2010, 9.

⁵⁷ BGH NStZ 2009, 437 (439 ff.).

⁵⁸ BGH NStZ 2009, 437 (439); *Arloth*, NStZ 1990, 570.

⁵⁹ Vgl. *Arloth*, NStZ 1990, 570.

⁶⁰ *Heine* (Fn. 5), § 283 Rn. 1.

⁶¹ BGH NStZ, 2009, 437 (439).

⁶² BGH NStZ, 2009, 437 (439).

⁶³ *Arloth*, NStZ 1990, 570.

⁶⁴ *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56.

⁶⁵ *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56.

⁶⁶ *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56.

⁶⁷ *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

scher. Liegt eine Zustimmung des Vertretenen zu dem fraglichen faktischen Verhalten vor, so liegt auch ein Vertreterbezug vor.⁶⁸ Das Handeln des Vertreters bewegt sich dann in dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Vertretenen. Fehlt es an einer solchen Zustimmung, scheidet eine Zurechnung des besonderen persönlichen Merkmals über § 14 StGB grundsätzlich aus. Es kommt dann ggf. eine Strafbarkeit wegen allgemeiner Eigentums- und Vermögensdelikten in Betracht.⁶⁹ Etwas anderes gilt bei Fällen der fehlenden Zustimmung jedoch dann, wenn sich das tatbestandsmäßige Verhalten als fehlerhafte Erfüllung einer strafbewehrten außerstrafrechtlichen Pflicht des Vertretenen darstellt,⁷⁰ wie etwa die Buchführungs- und Bilanzierungspflichten. Der Vertreterbezug wird hier bereits durch die gesetzlich vorgeschriebene Übernahme der Erfüllung dieser Pflicht seitens des Vertreters hergestellt (etwa als Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht zur ordnungsgemäßen kaufmännischen Buchführung zu übernehmen).⁷¹

Das Zurechnungsmodell fordert vom Rechtsanwender sicherlich den größten Begründungsaufwand, ist im Gegenzug aber als einziger Lösungsansatz in der Lage, alle in Betracht kommenden Konstellationen mit seinem Ansatz sachgerecht zu erfassen.

c) Begriff der besonderen persönlichen Merkmale

Tatbestandliche Voraussetzung ist ferner, dass besondere persönliche Merkmale, die eine Strafbarkeit begründen, nicht beim Vertreter oder Beauftragten vorliegen. Diese müssen dann aber beim Vertretenen vorliegen. Doch was sind solche Merkmale? Besondere persönliche Merkmale sind nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 StGB zunächst „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“. Dem Zweck der Vorschrift entsprechend, muss es sich bei den genannten Merkmalen zugleich um solche handeln, die tatsächlich übertragen werden können.⁷² Dies sind Merkmale mit statusbeschreibender (z.B. „Arbeitgebereigenschaft“, § 266a StGB), tätigkeitsbezogener (z.B. „Nichtablieferung radioaktiver Abfälle“, § 326 Abs. 3 StGB) oder auch rein individueller Struktur (z.B. „Pflichten in der Vermögenskrise“, § 283 StGB).⁷³ Im Umkehrschluss scheiden in der Folge alle objektiv-täterschaftlichen Merkmale mit höchstpersönlichem Charakter aus (z.B. Beamteneigenschaft), ebenso subjektiv-täterschaftliche Merkmale, etwa Motive oder besondere Absichten.⁷⁴

⁶⁸ Dieses Ergebnis deckt sich mit der vom BGH entschiedenen Ausnahme bei der Interessentheorie, wenn trotz Eigeninteresses der Vertreterbezug bei einer Einwilligung des Vertretenen bejaht wird, vgl. BGHSt 34, 221 (223).

⁶⁹ Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

⁷⁰ Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

⁷¹ Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

⁷² Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 8.

⁷³ Raum (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 9.

⁷⁴ Tiedemann, NJW 1986, 1842 (1843 f.); Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 8 (m.w.N.).

III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des sog. faktischen Organs

Nachdem die Grundzüge der strafrechtlichen Organhaftung aufgezeigt sind, ist im Folgenden die Fragestellung zu untersuchen, ob auch Personen in den Regelungsbereich der strafrechtlichen Organhaftung fallen, die zwar Organaufgaben wahrnehmen, nach dem Gesellschaftsrecht aber nicht wirksam Organ bzw. Organmitglied geworden sind (sog. faktische Organe). Der Schwerpunkt der folgenden Überlegungen liegt entsprechend der praktischen Bedeutung beim faktischen Geschäftsführer einer GmbH.⁷⁵

1. Die faktische Organstellung

Die Rechtsfigur des sog. faktischen Organs ist eine Schöpfung der Rechtsprechung.⁷⁶ Der Anwendungsbereich von Tatbeständen aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts, die an eine Organstellung anknüpfen, soll nach dem BGH grundsätzlich auch auf solche Personen auszudehnen sein, die die Stellung eines Organs nur tatsächlich einnehmen.⁷⁷ Der strafrechtlichen Rechtsprechung liegt dabei die kriminalpolitische Überlegung zu Grunde, dass nicht nur derjenige, der nach den Regeln des Gesellschaftsrechts ordnungsgemäß eingesetzt ist, für sein Tun strafrechtlich verantwortlich sein soll, sondern auch derjenige, dessen Einsetzung fehlerhaft ist.

a) Mögliche Entstehungsgründe für eine faktischen Organstellung

Die Gründe, weshalb es zu einem Tätigwerden eines faktischen Organs kommen kann, sind vielfältig:⁷⁸

Es sind hier zunächst die Fallkonstellationen zu nennen, in denen die ordnungsgemäße Bestellung einer Person als Organ oder Organmitglied beabsichtigt gewesen und die Einsetzung nach den Regeln des Gesellschaftsrechts unwirksam geblieben ist, etwa weil diese gegen die Satzungsvorschriften des Gesellschaftsvertrages verstößt, wirksam angefochten wurde oder der für die Bestellung zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss nichtig ist.⁷⁹

Praktische Bedeutung erlangt zudem die Situation, dass bewusst und auch gewollt eine Person als faktischer Geschäftsführer für eine GmbH tätig wird. Die Motivation für ein solches Vorgehen ist vielschichtig. Ein Grund kann in der schlechten Reputation des eigentlichen Geschäftsführers aus vorangegangenen Vorkommnissen sein. Aber auch das Gesetz selbst bietet beispielsweise in § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG Anlass für das Tätigwerden eines faktischen Geschäftsführers. Nach dieser Vorschrift kann eine Person, die wegen einer Insolvenzstrafat gem. §§ 283 bis 283d StGB verurteilt

⁷⁵ Vgl. zum faktischen Vorstandsmitglied BGHSt 21, 101.

⁷⁶ BGHZ 41, 282 (287); 104, 44 (46); BGHSt 3, 32; 6, 314 (316); 31, 118; BGH JZ 2001, 309; Schulz, StraFo 2003, 155; vgl. auch die Übersicht zur strafrechtlichen Rechtsprechung bei Dierlamm, NSTZ 1996, 153 (154 f.).

⁷⁷ Vgl. dazu BGH wistra 1998, 148.

⁷⁸ Vgl. Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. Rn. 32 ff.; Dierlamm, NSTZ 1996, 153.

⁷⁹ Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. Rn. 32 (m.w.N.).

worden ist, für die Dauer von fünf Jahren nach Rechtskraft des Urteils nicht zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden.⁸⁰ Um diese Sperrwirkung einer Verurteilung zu umgehen, wird nicht selten eine andere Person als Geschäftsführer ordnungsgemäß bestellt und in das Handelsregister aufgenommen (sog. formeller Geschäftsführer). Doch dieser kommt häufig nicht über eine Rolle als „Strohmann“ hinaus, denn die eigentlichen Geschäfte und Entscheidungen werden von der verurteilten Person im Hintergrund als faktischem Geschäftsführer wahrgenommen.⁸¹ Einen vergleichbaren Anlass für eine entsprechende Umgehungshandlung bietet auch § 6 Abs. 2 S. 4 GmbHG, wenn unter den dort näher bestimmten Umständen einer Person die Geschäftsführertätigkeit in einer GmbH auf Zeit untersagt worden ist.

b) Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführung

Jede natürliche Person kommt grundsätzlich als faktischer Geschäftsführer in Betracht. Ob eine faktische Geschäftsführung vorliegt, ist stets einzelfallbezogen zu entscheiden. Nach der Rechtsprechung kommt es auf die Einordnung der Rechtsbeziehung der faktisch handelnden Person zum Unternehmen prinzipiell nicht an.⁸² Der BGH verlangt hingegen im Bereich des Tatsächlichen, dass sowohl innerhalb des Betriebes als auch nach außen alle tatsächlichen Dispositionen weitgehend vom faktischen Geschäftsführer ausgehen und dieser im Übrigen auf sämtliche Geschäftsvorfälle bestimmenden Einfluss hat.⁸³ Dieser tatsächliche Einfluss muss in Übereinstimmung mit dem Willen der Gesellschafter ausgeübt werden, eine lediglich einseitige Anmaßung der Geschäftsführung ist nicht ausreichend.⁸⁴ Ist daneben ein formeller Geschäftsführer vorhanden, so wird die Stellung einer Person als faktischer Geschäftsführer dann angenommen, wenn dieser einen überragenden Einfluss einnimmt oder zumindest ein deutliches Übergewicht bei den betrieblichen Entscheidungsprozessen innehat.⁸⁵

Von den nachfolgend aufgelisteten acht klassischen Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung muss der Täter zumindest sechs erfüllt haben, damit ihm eine Stellung als faktisches Organ zuerkannt wird:⁸⁶

- Bestimmen der Unternehmenspolitik
- Unternehmensorganisation (verbunden mit dem Auftreten gegenüber Mitarbeitern)
- Personalhoheit (insbesondere Einstellung, Entlassung von Mitarbeitern sowie Erstellung von Zeugnissen)
- Gehaltshöhe (mit Geschäftsführer identisch oder vergleichbar)
- Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern

⁸⁰ Vgl. BGH JZ 2001, 309.

⁸¹ Vgl. BGHSt 3, 32; 21, 101.

⁸² *Krekeler/Werner* (Fn. 6), I. Teil C. Rn. 35.

⁸³ Vgl. BGHSt 31, 118; BGH StraFo 2000, 351 (352); *Eidam*, StraFo 2003, 299 (300).

⁸⁴ Vgl. *Eidam*, StraFo 2003, 299.

⁸⁵ BGHSt 46, 62 (64); BGH NStZ 2000, 34.

⁸⁶ BGH NJW 1997, 66 (67); BayObLG NJW 1997, 1936; *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

- Verhandlungen mit Kreditgebern
- Einfluss und Kontrolle der Buchhaltung
- Entscheidungen in Steuerangelegenheiten

2. Strafrechtliche Folgen der faktischen Geschäftsführung

Bei den strafrechtlichen Folgen der faktischen Geschäftsführung ist zwischen denen, die den faktischen Geschäftsführer treffen und solchen zu unterscheiden, die – sofern vorhanden – den formellen Geschäftsführer treffen.

a) Faktischer Geschäftsführer

aa) Herrschende Meinung

Die Rechtsprechung⁸⁷ und die überwiegende Ansicht in der Literatur⁸⁸ gehen davon aus, dass § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit den oben beschriebenen Folgen auch auf den faktischen Geschäftsführer Anwendung findet, gleichgültig ob die Bestellung zum Geschäftsführer tatsächlich unternommen, jedoch unwirksam geblieben ist oder ob ein solcher formeller Bestellschluss gar nicht stattgefunden hat.⁸⁹

bb) Kritik/Stellungnahme

Schon die Einbeziehung solcher Personen in die strafrechtliche Organhaftung, deren Bestellschluss vorgenommen, aber unwirksam geblieben ist, stellt eine erhebliche Ausweitung des in Bezug genommenen Straftatbestandes dar. Gleichwohl findet sich hierfür in § 14 Abs. 3 StGB eine hinreichende Legitimation. § 14 Abs. 1 und 2 StGB soll auch für die Fälle gelten, in denen die Rechtshandlung eines Bestellschlusses, welche die organschaftliche Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam geblieben ist. Die h.M. hat hier den Gesetzeswortlaut auf ihrer Seite.

Die h.M. geht jedoch noch einen Schritt weiter, wenn auch die Konstellation als strafrechtliche Organhaftung erfasst werden soll, in der ein Bestellschluss durch ein faktisches Handeln ersetzt ist. Das sind die Fälle, in denen die Bestellung zum Geschäftsführer von den Beteiligten zu keinem Zeitpunkt angestrengt wurde und der faktische Geschäftsführer seine Tätigkeit rein tatsächlich aufgenommen hat.⁹⁰

Auch diese Fallkonstellation in die strafrechtliche Organhaftung einzubeziehen hat unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten vieles für sich. Will das Strafrecht einen effektiven Rechtsgüterschutz gewähren, muss es verhindern, dass durch Umgehungshandlungen der Normzweck einer Strafvorschrift verkürzt wird. Und genau dies passiert, wenn jemand allein durch sein schlichtes Tätigwerden aus dem Adressatenkreis eines Strafgesetzes herausfällt, gerade weil er und die übrigen Unternehmensverantwortlichen den Versuch der ordnungsgemäßen Bestellung (Eintragung ins Handelsre-

⁸⁷ BGHSt 32, 37; 21, 101; 31, 118 (122); BGH StV 1984, 461; BayObLG NJW 1997, 1936; BGH NStZ 2000, 34 (35 f.); BGH JZ 309, 310.

⁸⁸ Vgl. *Tiedemann*, GmbH-Strafrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2010, § 84 Rn. 27 ff. (m.w.N.).

⁸⁹ BGHSt 3, 32; 21, 101; *Raum* (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 20.

⁹⁰ Vgl. BGH NJW 2000, 2285 (m.w.N.).

gister etc.) nicht unternommen haben und ggf. auch bewusst nie unternommen wollten. Die Straftatbestände, die vor einer kriminellen Handhabung der GmbH-Geschäftsführung und deren Folgen schützen sollen, verlieren durch ein solches Vorgehen ihre Normadressaten. Ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis. Die von der h.M. unterbreitete Lösung kann trotz dieses Hintergrundes aus rechtlicher Sicht gleichwohl nicht überzeugen.

Schon die am Wortlaut orientierte Auslegung des § 14 Abs. 3 StGB erfasst nicht den Fall, dass die „Rechtshandlung“ – gemeint ist der förmliche Bestellsungsakt zum organschaftlichen Vertreter – durch rein faktisches Handeln ersetzt wird. Es genügt nach dem Gesetz gerade nicht, wenn der Betreffende nicht rechtlich, sondern nur tatsächlich die Stellung eines Vertreters innehaben soll.⁹¹ Der Abs. 3 der Vorschrift ist daher so zu verstehen, dass lediglich ein Teil der faktischen Organe und Vertreter in die strafrechtliche Haftung einzubeziehen sind, nämlich diejenigen bei denen von den Beteiligten eine organschaftliche Vertretungsbefugnis tatsächlich beabsichtigt gewesen ist.⁹² Faktischer Vertreter ist unter der Voraussetzung der tatsächlichen Ausübung dieser Funktion nur der fehlerhaft bestellte Vertreter.⁹³ Der ohne Bestellsungsakt tätige faktische Geschäftsführer ist deshalb nicht von § 14 Abs. 3 StGB erfasst. Ergibt die Auslegung aber eine dem Gesetz von vornherein anhaftende Lücke, so muss, wie *Jescheck* zutreffend feststellt, der Strafrichter freisprechen und dem Gesetzgeber den Vortritt lassen.⁹⁴ Denn die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 103 Abs. 2 GG verbietet die Analogie als Mittel der Neuschöpfung und Ausdehnung von Strafvorschriften („nullum crimen sine lege stricta“).⁹⁵ Die h.M. verstößt gegen diesen Grundsatz, wenn sie diese nicht geregelte Konstellation wie den geregelten Fall behandeln will. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs des Abs. 3 nicht auf den faktischen Geschäftsführer anwendbar.

Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass derjenige, der eine rechtliche Bestellung zum Geschäftsführer nie beabsichtigt hat, überhaupt nicht nach den Grundsätzen der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung verantwortlich sein kann. Der faktisch Handelnde wird regelmäßig mit dem Willen der Gesellschafter tätig. Es wird hierzu vertreten, dieses Einverständnis als konkludente Bestellung zum organschaftlichen Vertreter zu werten.⁹⁶ Doch ist dies stets eine Unterstellung und kann Fallgruppen mit einem explizit ablehnenden Willen der Beteiligten nicht sachgerecht erfassen. Die Beteiligten mögen deshalb zu keinem Zeitpunkt eine formelle Bestellung angestrebt haben, dennoch ist im Einzelfall zu überprüfen, ob sich nicht aus den Umständen eine wirksame Beauftragung des Handelnden ergibt. Im Unterschied zu einer konkludenten Bestellung zum Organ entspricht es nämlich regelmäßig

dem tatsächlichen Willen der Beteiligten, dass der faktisch Handelnde umfassende Aufgaben innerhalb des Unternehmens wahrnimmt. Entsprechend ist der Handelnde dann bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB in die Organ- und Vertreterhaftung einzubeziehen.

b) Formeller Geschäftsführer

Die Strafverantwortung eines faktischen Organs lässt die Strafbarkeit des als „Strohmann“ agierenden formellen Geschäftsführers grundsätzlich nicht entfallen.⁹⁷ Eine Stütze für diese Argumentation bietet der Wortlaut des § 14 Abs. 1 StGB, wonach das Strafgesetz „auch“ auf den Vertreter anwendbar ist. Das damit zum Ausdruck kommende Fortbestehen der an die gesellschaftsrechtliche Organstellung anknüpfenden Pflichten ersetzt selbstverständlich nicht die Feststellung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens im Einzelfall. Entsprechend ist die Strafbarkeit des formellen Geschäftsführers gesondert und nach den allgemeinen Regeln zu überprüfen.

IV. Fazit

Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung zählt zu den Kernproblemen des Wirtschaftsstrafrechts. Im Mittelpunkt dieser Problematik steht dabei § 14 StGB. Um zu den hier besprochenen Problemen der Vorschrift vordringen zu können, empfiehlt es sich, gedanklich vorab zu prüfen, ob sich die Tätereigenschaft einer Person durch Auslegung und Anwendung der täterschaftsbegründenden Merkmale des Straftatbestandes vollständig ergibt.⁹⁸ Ist dies nicht der Fall und handelt eine Person in einer in § 14 StGB näher bezeichneten Eigenschaft als Vertreter oder Beauftragter, so ist zu hinterfragen, ob besondere persönliche Merkmale des in Frage stehenden Straftatbestandes auf diese Person zu übertragen sind. § 14 StGB wirkt dabei wie ein vor die Klammer gezogenes Instrument zur Modifikation von Straftatbeständen im Sinne einer Ergänzung des Täterkreises. In den Kreis der potenziellen Täter können dabei unter bestimmten Voraussetzungen auch sog. faktische Organe einbezogen sein. § 14 StGB setzt stets voraus, dass die handelnden Personen „als“ Organ oder Vertreter (§ 14 Abs. 1 StGB) bzw. „auf Grund dieses Auftrages“ (§ 14 Abs. 2 StGB) tätig werden. Wann dies der Fall ist, ist umstritten. Mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des 3. *Strafsenats* des BGH ist hier vieles in Bewegung gekommen. Es bleibt deshalb abzuwarten, welche Richtung die Diskussion endgültig nehmen wird. In jedem Fall lohnt sich eine Verfolgung dieser Entwicklung.

⁹¹ Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 42/43.

⁹² Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 42/43; Hoyer, NStZ 1988, 368 (369).

⁹³ Hoyer, NStZ 1988, 368 (369).

⁹⁴ Jescheck/Weigend (Fn. 27), § 15 III. m.w.N.

⁹⁵ Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 27), § 15 III.

⁹⁶ Vgl. BGH NJW 2000, 2285 m.w.N.

⁹⁷ OLG Hamm NStZ-RR 2001, 173 („Strohfrau“).

⁹⁸ Vgl. Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 6 IV. 2. Rn. 78.

Die Staatsanwaltschaft und der Gang an die Öffentlichkeit

Von Wiss. Mitarbeiter **Andreas Raschke**, LL.M. oec., Halle (Saale)*

Die Berichterstattung über Straftaten rückt mehr und mehr in den Fokus des medialen Interesses, wobei das Interesse steigt, je pikanter der Vorwurf oder je höher der Bekanntheitsgrad des Täters ist. Dieser Beitrag will den gewohnten Blick abwenden von den Medien und versuchen, die Rolle der Staatsanwaltschaft als Ausgangspunkt der Berichterstattung darzustellen.

Vor diesem Hintergrund sollen die in Konflikt stehenden Grundsätze mit dem Ziel aufgezeigt werden, den Studierenden das Spannungsfeld darzutun, das häufig Ausgangspunkt strafprozessualer Probleme ist und deren Lösung oftmals nicht in der Einzelnorm zu finden, sondern als das Ergebnis eines Abwägungsprozesses zu begreifen ist.

I. Einleitung

Die Staatsanwaltschaft ist die „objektivste Behörde der Welt“¹. Sie hat für den Beschuldigten sowohl belastende als auch entlastende Tatsachen zu ermitteln. In der Bundesrepublik gibt es knapp 5.000 Staatsanwälte,² die dieser Aufgabe tagtäglich nachkommen. Dennoch ist das Ansehen der Staatsanwaltschaft alles andere als positiv in der gesellschaftlichen Wahrnehmung verankert. Während der Strafverteidiger wörtlich genommen als der Verteidiger der Rechte des Beschuldigten wahrgenommen wird, ist der Staatsanwalt nicht in dieser Form präsent.³ Selbst der „Kriminalkommissar“ fällt, bedingt wohl auch durch den sonntäglichen „Tatort“ mit seinem Spürsinn und bisweilen sogar Pragmatismus, in der öffentlichen Wahrnehmung positiver auf. Der Staatsanwalt steht dazwischen. Er „lähmt“ die Polizeiarbeit. „Wie soll ich das dem Staatsanwalt erklären“ hört und liest man immer wieder in Kriminalgeschichten. Hinter der Frage, wie man dieses Bild verbessern kann, steht kein großes Fragezeichen: mit Erfolg, am besten in medienwirksamen und vor

allem echten Verfahren.⁴ Diesem Ziel versucht die Staatsanwaltschaft (leider) vermehrt nachzukommen.

Als beim ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Post AG Klaus Zumwinkel eine Hausdurchsuchung durchgeführt wurde, waren die Kameras live dabei. Wird bei einer Sängerin einer international erfolgreichen Popgruppe eine mutmaßliche Straftat im Hinblick auf eine bestehende HIV-Infektion untersucht, waren in den Medien sehr schnell der entsprechende Name der Sängerin sowie der vermeintlich feststehende Sachverhalt bekannt. Diese Fälle sind nicht selten und finden ihren derzeitigen Höhepunkt in der Berichterstattung über Jörg Kachelmann, dem so ziemlich der pikanteste und zugleich auch medienwirksamste Vorwurf gemacht wurde: ein Sexualdelikt.

Gegenstand dieses Beitrages soll sein, unter welchen Voraussetzungen die Staatsanwaltschaft an die Öffentlichkeit gehen kann und welche Grenzen sie hierbei zu beachten hat.⁵ Dabei soll auf die Regelungen des bestehenden Rechts eingegangen werden, daneben sollen Einzelaspekte der Berichterstattung bewertet werden.

II. Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft

1. Verfahrenszuständigkeiten

Die Staatsanwaltschaft ist die Herrin des Ermittlungsverfahrens.⁶ Allerdings ist es nicht unüblich und in diesem Zusammenhang auch sehr praktikabel, dass zunächst die Polizei die Ermittlungstätigkeit innehat und diese erst nach Abschluss der polizeilichen Ermittlungen die Akten an die Staatsanwaltschaft übersendet.⁷ Andererseits kann es auch sein, dass zunächst Informationen an die Staatsanwaltschaft übermittelt werden und diese dann die Polizei in die Ermittlungstätigkeit mit einbindet.

Der Gang der Staatsanwaltschaft an die Öffentlichkeit ist in zwei verschiedenen Verfahrenssituationen möglich. Die Öffentlichkeitsarbeit ist zum einen bei der Suche nach dem Sachverhalt sowie der als Täter in Betracht kommenden Person möglich oder aber mit dem Gang an die Öffentlichkeit sollen das Informationsinteresse der Medien gestillt und

* Der Verf. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Hans Lilie, Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung. Der Verf. dankt Herrn Prof. Dr. Hans Lilie und Frau cand. iur. Julia Zirzloff für ihre konstruktive Kritik und stete Diskussionsbereitschaft, die erst zum Gelingen des Beitrages geführt haben.

¹ Ein ursprünglich auf Isenbiel zurückgehender Begriff, dargestellt bei Döhring, DRiZ 1958, 282 (286); Heghmanns, GA 2003, 433 (445); Renzikowski, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 791 (S. 803).

² Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2009, S. 266.

³ Bisweilen wird sogar verlangt, dass der Staatsanwalt seine Arbeit ohne dabei viel Aufsehen zu erregen verrichten soll, vgl. Heghmanns, GA 2003, 433 (443).

⁴ Vgl. Kühne, Strafrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 350. Zur bisherigen Praxis vgl. Dalbckermeyer, Der Schutz des Beschuldigten vor identifizierenden und tendenziösen Pressemitteilungen der Ermittlungsbehörden, 1994, S. 4 ff., 9; Wagner, Strafprozeßführung über Medien, 1987, S. 48.

⁵ Zur Polizei vgl. Schmidbauer, BayVBl. 1988, 257.

⁶ BVerfG NJW 1976, 231; Beulke, Strafrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 79; Kretschmer, Jura 2004, 452 (453); Kühne, Strafrecht, 8. Aufl. 2010, S. 74; Erb, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, Vor § 158 Rn. 22; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 163 Rn. 3.

⁷ Vgl. Lilie, ZStW 111 (1999), 807.

dabei Informationen weiter gegeben werden, die den Ermittlungsverlauf und -erfolg aufzeigen.

Darüber hinaus ist die Staatsanwaltschaft zuständig für das Vollstreckungsverfahren, sodass auch nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens die Möglichkeit besteht, dass die Weitergabe von Informationen über den rechtskräftig verurteilten Täter presserechtlichen Informationsbedürfnissen entspricht.

2. Regelungen

Das Regelwerk, das sich ausdrücklich mit dem Gang an die Öffentlichkeit befasst, ist sehr übersichtlich. Lediglich zur Fahndung finden sich in den §§ 131 ff. StPO einige Regelungen zur Einbindung der Öffentlichkeit und daneben in den §§ 474 ff. StPO zur Weitergabe von Informationen an Dritte.

Weiterhin gibt es Verwaltungsvorschriften, die die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit regeln.⁸ Nach Nr. 23 RiStBV ist bei der Unterrichtung der Öffentlichkeit mit Presse, Hörfunk und Fernsehen unter Berücksichtigung ihrer besonderen Aufgaben und ihrer Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung zusammenzuarbeiten. Darin erschöpft sich weitestgehend der Normenkatalog, der sich mit dem Gang der Staatsanwaltschaft an die Öffentlichkeit befasst.⁹

Allerdings gilt für die Staatsanwaltschaft gemäß Art. 20 Abs. 3 GG bei Ausübung ihrer Tätigkeit auch das Strafrecht. Dieses kennt an verschiedenen Orten Normen, die Ausprägungen der Informationsweitergabe unter Strafe stellen. Das Kernstrafrecht stellt nach § 201a StGB die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen unter Strafe. Danach macht sich nach Absatz 2 auch derjenige strafbar, der Dritten Bildaufnahmen zugänglich macht. Maßgebliches Kriterium ist hierbei die fehlende Befugnis. Die Befugnis für die Staatsanwaltschaft zur Bildaufnahme ergibt sich im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit aus den öffentlich-rechtlichen Normen,¹⁰ vgl. § 81b StPO.

Für die Staatsanwaltschaft gilt daneben die Strafnorm des § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Danach macht sich strafbar, wer ein Geheimnis, das ihm als Amtsträger anvertraut worden ist, unbefugt offenbart. Grundsätzlich gehört die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens hierzu.¹¹ Doch muss für eine Strafbarkeit neben der fehlenden Befugnis hinzukommen, dass durch die Offenbarung wichtige öffentliche Interessen gefährdet werden. Worin diese wichtigen öffentlichen Interessen lie-

gen, wird unterschiedlich diskutiert,¹² doch muss schon aus Gründen der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG ein enger Maßstab gelten,¹³ der jedenfalls noch den ungestörten Ablauf der Ermittlungen erfassen mag, darüber hinaus aber nicht alle denkbaren öffentlichen Interessen schützt. Dies ergibt sich schon aus dem durch § 353b StGB geschützten Rechtsgut, das nach der Rechtsprechung des BVerfG in der Aufrechterhaltung und dem Funktionieren einer geordneten Verwaltung liegt.¹⁴

Im Hinblick auf die Vertraulichkeit des Tatvorwurfs und des Schutzes der Unbefangenheit der Laienrichter und Zeugen stellt § 353d Nr. 3 StGB die unbefugte Weitergabe der Anklageschrift unter Strafe.¹⁵ Geschützt werden hiernach die Anklageschrift und andere amtliche Schriftstücke. Da es sich um Schriftstücke handeln muss, erstreckt sich der Schutz der Norm nicht auf Bilder oder Skizzen.¹⁶ Ergänzung finden die bisherig genannten Regelungen durch die Normen zum Schutze der persönlichen Ehre (§§ 185 ff. StGB), doch sind auch sie nur einschlägig, wenn extreme Verfehlungen vorliegen, namentlich in der Beleidigung oder gar Verleumdung.

Im Bereich des Nebenstrafrechts genießt das Recht am eigenen Bild weiteren Schutz, § 22 KUG. Danach macht sich nach § 33 Abs. 1 KUG strafbar, wer ein Bildnis wider § 22 KUG verbreitet. Sogleich macht allerdings § 23 Abs. 1 KUG eine Ausnahme vom Erfordernis der Einwilligung des § 22 KUG, wenn es sich um eine Person der Zeitgeschichte handelt. Inwieweit die Terminologie Person der Zeitgeschichte noch aufrecht gehalten werden und ob sie tatsächlich Schutz versprechen kann, soll an späterer Stelle aufgegriffen werden.¹⁷

Auch durch die Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder wird kein abschließender Schutz des Beschuldigten gewährleistet.¹⁸ Die Datenschutzgesetze stellen in ihrer Schutzrichtung maßgeblich auf den Terminus der Datei ab,¹⁹ nicht aber soll damit auch jede Akte geschützt sein.²⁰

⁸ Verwaltungsvorschriften können auch im Außenverhältnis wirken und somit subjektive Rechte für Dritte begründen, vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 24 Rn. 20 ff. m.w.N.

⁹ Diese Situation wird von Meier angemahnt, vgl. Meier, in: Amelung/Beulke/Lilie/Rüping/Rosenau/Wolfslast (Hrsg.), Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 331 (S. 333); Meier, in: Bannenberg u.a., Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien (AE-StuM), 2004, S. 89.

¹⁰ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 201a Rn. 16.

¹¹ BGHSt 10, 276; zu Ergebnissen des Ermittlungsverfahren, BGH NJW 2008, 2057.

¹² Dargestellt bei Graf, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 353b Rn. 37 ff.

¹³ Fischer (Fn. 10), § 353b Rn. 13b.

¹⁴ BVerfGE 28, 191 (197). In der Literatur ist das geschützte Rechtsgut noch umstritten, vgl. Graf (Fn. 12), § 353b Rn. 2.

¹⁵ BVerfGE 71, 206 (217, 219); Vormbaum, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 353d Rn. 38; Wilhelm, NJW 1994, 1520 (1521); einschränkend Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010 § 353d Rn. 40.

¹⁶ Graf (Fn. 12), § 353d Rn. 32, 64; Vormbaum (Fn. 15), § 353d Rn. 44.

¹⁷ Vgl. auch die Bedenken von Dalbckermeyer (Fn. 4), S. 69.

¹⁸ Das BDSG gilt nur dann, wenn nicht die Staatsanwaltschaften des Landes zuständig sind, also nur in Fällen, bei denen die Zuständigkeit bei der Bundesanwaltschaft liegt, vgl. Abel, Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 2. Aufl. 2003, § 10 Rn. 19.

¹⁹ Dalbckermeyer (Fn. 4), S. 69.

²⁰ Abel (Fn. 18) § 10 Rn. 18; Dalbckermeyer (Fn. 4), S. 78.

Das DSG LSA differenziert ausdrücklich zwischen Akten und Daten und flankiert lediglich die unberechtigte Weitergabe von Daten mit einer Strafnorm. In Abgrenzung zur Akte sind Daten nach § 2 Abs. 1 DSG LSA Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse. In gleicher Weise zeigt sich das Bild auch in anderen Bundesländern,²¹ sodass auch nach den Datenschutzgesetzen kein hinreichender Schutz bezüglich der Weitergabe der Akte besteht.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass die bisherige Rechtslage das Problem nicht hinreichend würdigt und ein Ausgleich über Abwägungsprozesse gefunden werden muss. Wie dies im Einzelfall zu bewerkstelligen ist, soll an späterer Stelle (VI.) aufgezeigt werden.

III. Medienfreiheit

1. Anspruch auf Information, Informations- und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 3 und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

„Informationen sind der unverzichtbare ‚Rohstoff‘“²² für die Medien. Als Medien sind hierbei Presse, Rundfunk und Fernsehen zu verstehen, die stets auf der Suche nach neuen „Rohstoffquellen“ sind. Als schier unerschöpfliche Quelle wird dabei das Strafrecht gesehen. Insoweit sind Gerichte und die Staatsanwaltschaften die geeigneten Ansprechpartner, sodass es nicht sonderlich überrascht, dass sich die Medienvertreter (auch) an die Staatsanwaltschaften wenden.²³ Dahinter steht der verfassungsrechtlich gebotene Aspekt der freien und öffentlichen Meinungsbildung²⁴ durch Medienerzeugnisse. Diesen „offenen Kommunikationsprozess“²⁵ können die Medien entsprechend der Wertungen des BVerfG nur führen, wenn sie ungehinderten Zugang zu Informationen haben.²⁶ Neben den Institutionen der Presse, des Rundfunks und des Films²⁷ (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) schützt das Grundgesetz auch die reine Informationsbeschaffung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG.²⁸

Ergänzt wird dieses Recht durch einen dualistischen Ansatz mit Hilfe der Landespressegesetze (§ 4 Abs. 1 LPG LSA), die einen Informationsanspruch der Medien gegenüber den Behörden einräumen. Damit erübrigt sich der Streit, ob sich auch gegenüber den Behörden ein solcher Anspruch schon aus dem Grundgesetz ergibt.²⁹

²¹ Vgl. Art. 4 Abs. 4 BayDSG; § 4 Abs. 3 Nr. 6 BlnDSG; § 3 Abs. 3 DSG M-V; § 3 Abs. 6 DSG NRW; § 3 Abs. 6 SächsDSG. Vgl. Schmidbauer, BayVBl. 1988, 257 (260).

²² Beater, Medienrecht, 2007, Rn. 1006.

²³ Meier (Fn. 9), S. 89.

²⁴ BVerfGE 85, 1 (12); Bannenberg u.a., in: Bannenberg u.a. (Fn. 9), S. 1 (S. 5); Beater (Fn. 23), Rn. 142.

²⁵ Bannenberg u.a. (Fn. 24), S. 1 (S. 5).

²⁶ BVerfGE 20, 162 (176); 36, 193 (204); 50, 234 (240); 103, 44 (59).

²⁷ Teilweise wird sogar von den „Medienfreiheiten“ gesprochen, vgl. Lehr, NSTz 2009, 409.

²⁸ Fechner, Medienrecht, 9. Aufl. 2008, Kap. 3 Rn. 80, 82.

²⁹ Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, 26. Aufl. 2010, Rn. 571 m.w.N.

Aus diesem Grund besteht insoweit Einigkeit darüber, dass den Medien grundsätzlich ein Informationsanspruch gegenüber der Staatsanwaltschaft zukommt.³⁰

2. Umgang mit Informationen

Wie die Medien selbst mit den von ihnen gewonnenen Informationen umgehen, wird durch die Richtlinien für die publizistische Arbeit nach den Empfehlungen des deutschen Presserates (sog. Pressekodex) geregelt. Nach Richtlinie Nr. 8.1 Abs. 1 S. 1 darf bei einer Berichterstattung über Straftaten, Ermittlungs- und Gerichtsverfahren *in der Regel* keine Information in Wort und Bild veröffentlicht werden, die eine Identifizierung von Opfern und Tätern ermöglichen würde. Allein schon die Formulierung *in der Regel* zeigt bereits, dass hier Beurteilungsspielräume vorliegen, wobei nach Satz 3 selbigen Absatzes immer eine Abwägung zwischen dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen stattfinden muss. Insoweit überrascht dann ein wenig der folgende Satz 4, der aufzeigt, dass *allein* Sensationsbedürfnisse ein Informationsinteresse nicht begründen. Ist das Erkenntnisverfahren abgeschlossen und schließt sich ein Vollstreckungsverfahren an, dann muss im Interesse der Resozialisierung *in der Regel* die Namensnennung und Abbildung unterbleiben.³¹

Ob nun Informationen an die Medienvertreter herausgegeben werden können, kann folglich nicht allein nach Maßgabe des Pressekodex erfolgen. Zwar ist unbestritten, dass sich Medienvertreter mitunter den Regelungen der Berufsethik, dem Pressekodex, in einem strengen Verständnis unterwerfen, doch ist der Pressekodex von seiner Rechtsnatur her kein bindendes Recht, sondern vielmehr „soft law“, das sich die Vertreter der Medien selbst geben und deren Überwachung auch eigenständig übernehmen, ohne aber ein probates Mittel gegen Verletzungen bereit zuhalten.³²

Darüber hinaus ist der Pressekodex eben schon seinem Wortlaut nach nur ein Kodex für die Presse. Einen Medienkodex gibt es bisher nicht, sodass die durch das Regelungswerk aufgestellten Grundsätze nur für die Presse gelten.³³

Aus diesem Grund müssen auch andere Wertungen in den Entscheidungsprozess mit einbezogen werden.

IV. In Konflikt stehende Schutzrichtungen

1. Anfangsverdacht, Grundsatz der Legalität

Die Staatsanwaltschaften haben das Anklagemonopol inne. Dies bedeutet, dass abgesehen von den Privatklagedelikten, allein die Staatsanwaltschaften öffentlich Anklage erheben

³⁰ Abel (Fn. 18), § 10 Rn. 127.

³¹ BVerfG NJW 1973, 1226 (1227); NJW 2000, 1859.

³² Marxen, GA 1980, 365 (368); Stapper, Namensnennung in der Presse im Zusammenhang mit dem Verdacht strafbaren Verhaltens, 1995, S. 198.

³³ Roxin, NSTz 1991, 153 (157). Es gibt Bestrebungen einen „Medienkodex“ aufzustellen, doch besteht bisher Uneinigkeit über Weite, Anwendungsbereich und Regelungsdichte.

können.³⁴ Erst mit der Anklage befasst sich das Gericht mit dem Tatvorwurf. Um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, die Staatsanwaltschaft ermittle selektiv, wird das Anklage-monopol ergänzt durch den Grundsatz der Legalität, § 160 Abs. 1 StPO. Danach muss die Staatsanwaltschaft, wenn sie von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erlangt, zu ihrer Entschließung darüber, ob sie öffentlich die Klage erhebt, den Sachverhalt erforschen. Dieser sog. Anfangsverdacht liegt vor, wenn nach kriminalistischer Erfahrung die Verwirklichung einer Straftat möglich erscheint.³⁵ Dies zeigt, dass schon eine geringe Wahrscheinlichkeit ausreicht, um ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Eingeschränkt wird diese Wahrscheinlichkeit einzig dadurch, dass sie auf Tatsachen und nicht allein auf Vermutungen beruhen muss.³⁶ Gleichwohl sei eingeräumt, dass der Staatsanwaltschaft hier ein breiter Ermessensspielraum zur Seite steht, da vielfach Tatsachen und Vermutungen zu Beginn der Ermittlungen schwerlich zu trennen sind und sie daher im Sinne einer effektiven Strafrechtspflege tendenziell eher ermitteln wird.

Bestätigt sich der Anfangsverdacht und kommt die Staatsanwaltschaft zu dem Schluss, dass sogar ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, dann muss sie, vorbehaltlich einer Einstellung aus Gründen der Opportunität, die öffentliche Klage erheben.

2. Unschuldsvermutung und faires Verfahren

Eng verbunden mit der Frage nach dem Verdachtsgrad ist die nach der Unschuldsvermutung. Beide Aspekte schließen sich nicht gegenseitig aus.³⁷ Wird bei einem Verdacht lediglich eine erfahrungsgestützte Wahrscheinlichkeit herangezogen, muss aufgrund der Unschuldsvermutung bis zum gegenteiligen Nachweis davon ausgegangen werden, dass die den Tatvorwurf treffende Person unschuldig ist, so kann z.B. einer Person der Vorwurf des Totschlages gemacht werden und ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden, zu dessen Abschluss sich allerdings herausstellt, dass für den Beschuldigten ein Rechtfertigungsgrund bestand.

Die Unschuldsvermutung gilt für das gesamte Erkenntnisverfahren bis zu dem Zeitpunkt der positiven Feststellung der Schuld durch das erkennende Gericht³⁸ und ist zudem Ausdruck eines fairen Verfahrens.³⁹ Zu keinem früheren

Zeitpunkt darf eine Verurteilung durch das Gericht stattfinden und würde bei Vorliegen einen Ablehnungsgrund i.S.v. § 24 Abs. 1, 2 StPO begründen.⁴⁰

Seine gesetzliche Verankerung findet die Unschuldsvermutung für den Beschuldigten zunächst verfassungsrechtlich aus dem Zusammenspiel von Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG).⁴¹ Gesetzlich positiviert ist sie in Art. 6 Abs. 2 EMRK, welcher grundsätzlich der Rang einfachen Rechts zukommt,⁴² in der Rechtsprechung des BVerfG aber, infolge der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG,⁴³ qualifiziert wird als eine dem Verfassungsrecht unter- und dem einfachen Recht übergeordnete Rechtsquelle.

Art. 6 EMRK beschreibt darüber hinaus, welche Voraussetzungen ein Verfahren erfüllen muss, um dem Anspruch der Fairness zu genügen. Eng verbunden sind in diesem Zusammenhang die Ausprägungen des fairen Verfahrens in der Form des Grundsatzes der Waffengleichheit und das Recht auf ein unabhängiges Gericht.

Mit der Bindung über Art. 20 Abs. 3 GG sind die Gerichte, aber auch die Staatsanwaltschaften als Teil der Exekutive,⁴⁴ verpflichtet, diesen Grundsätzen zur Anwendung zu verhelfen.

3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Im Mittelpunkt der Berichterstattung über eine Straftat steht neben dem Geschehensablauf regelmäßig auch der Beschuldigte. Dieser ist und bleibt auch dann Träger von Grundrechten, wenn ihm der Tatvorwurf und seine Schuld nachgewiesen werden kann.⁴⁵

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist trotz seiner Bedeutung für den einzelnen dem Grundgesetz nicht direkt zu entnehmen, sondern ergibt sich aus einem Zusammenspiel zwischen dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG).⁴⁶ Das BVerfG hat dieses „unbenannte Freiheitsrecht“⁴⁷ aus der BGH-Rechtsprechung übernommen⁴⁸ und ihm einzelfallspezifisch Konturen gegeben, mit der Folge,

³⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 14 Rn. 7.

³⁵ Huber, JuS 2008, 21.

³⁶ BGH NStZ 1994, 500; Bach, Jura 2007, 12 (13); Huber (Fn. 35), 21; Kühne (Fn. 4), Rn. 336; Beulke (Fn. 6), § 152 Rn. 21.

³⁷ Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 89; Huber, JuS 2008, 21. Schwenn hingegen spricht von einer faktischen Beseitigung der Unschuldsvermutung, wenn es sich um Sexualdelikte handelt, Schwenn, StV 2010, 705 (706).

³⁸ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, § 24 Rn. 121.

³⁹ Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 6 Rn. 85a.

⁴⁰ BGHSt 1, 34 (39); 21, 334 (341); 24, 336 (338); Freuding, ZRP 2010, 159 (161); Meyer-Goßner (Fn. 6), § 24 Rn. 8.

⁴¹ BVerfGE 19, 342 (347); 22, 254 (265); 74, 358 (369); Riklin/Höpfel (Fn. 4), S. 53; Grabenwarter (Fn. 38), § 24 Rn. 120; Gropp, JZ 1991, 804; Lilie, in: Goydke/Rauschning/Robra (Hrsg.), Vertrauen in den Rechtsstaat, Festschrift für Walter Remmers, 1995, S. 601 (S. 609); Roxin/Schünemann (Fn. 34), § 11 Rn. 1.

⁴² Grabenwarter (Fn. 38), § 3 Rn. 5 f.; vgl. Art. 59 Abs. 2 GG.

⁴³ BVerfGE 111, 307 (317 ff.).

⁴⁴ Zu neueren Tendenzen vgl. Lilie, in: Hiebl/Kassebohn/Lilie (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag, 2009, S. 359.

⁴⁵ BVerfGE 33, 1 (10 f.).

⁴⁶ Germann, Jura 2010, 734 (736).

⁴⁷ BVerfGE 72, 155 (170).

⁴⁸ Vgl. BGHZ 13, 334 (338); 26, 349 (354); Dalbakermeyer (Fn. 4), S. 13 ff.

dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nunmehr einen breiten Schutz vor Eingriffen in den persönlichen Kernbereich bietet. Um diesem Anspruch nachzukommen und Abstufungen transparent zu machen, hat das BVerfG in seiner Rechtsprechung eine sog. Sphärentheorie entwickelt und versucht die vielfältigen Einzelfälle daran zu messen.⁴⁹

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten ist regelmäßig in der Form betroffen, dass über ihn, insbesondere verbunden mit vollständiger Namensnennung, berichtet wird.⁵⁰ Die Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist es, die Interessen des Beschuldigten bei ihrer Tätigkeit zu berücksichtigen, wobei sich dies auch darin zeitigt, dass sie vorverurteilende Berichterstattung unterbindet und von sich aus keine höchstpersönlichen Informationen (vollständiger Name, Wohnort, Alter, Herkunft, religiöse sowie sexuelle Ausrichtung) preisgibt.⁵¹ Ob und inwieweit Informationen über die eigene Person an die Öffentlichkeit gelangen, wird demnach durch die Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung geschützt. Danach obliegt es grundsätzlich allein der eigenen Person, darüber zu bestimmen, welche Informationen Dritten zur Verfügung stehen und vor allem in welcher Form sie Verwendung finden sollen.⁵²

4. Wahrnehmung des „Informationsanspruchs“ der Gesellschaft durch die Medien

Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung steht allerdings der Informationsanspruch der Gesellschaft gegenüber, der durch die Medien wahrgenommen wird. Die Berichterstattung über gesellschaftliche Erscheinungsformen, so also auch über Straftaten, ist Teil der Aufarbeitung von Verfehlungen und Voraussetzung für den Meinungsbildungsprozess.⁵³ Dabei kann das Interesse an der Berichterstattung je nach Bekanntheitsgrad variieren. Insoweit wurde im Rahmen des § 23 KUG im Hinblick auf das Recht am eigenen Bild auf das Institut der „Person der Zeitgeschichte“ abgestellt, um zum einen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass grundsätzlich die Einwilligung des Betroffenen erforderlich ist und zum anderen, dass die Allgemeinheit unabhängig von jeglicher Einwilligung bei absoluten Personen der Zeitgeschichte ein Interesse an der Berichterstattung hat. Eine *absolute* Person der Zeitgeschichte ist danach eine Person, die durch Geburt, Stellung oder Leistung im Bereich der Zeitgeschichte

unter Mitmenschen außergewöhnlich hervorrangt und die deshalb im Blickfeld der Öffentlichkeit steht.⁵⁴ Eine *relative* Person der Zeitgeschichte hingegen ist nach dieser Einteilung eine Person, die nur vorübergehend im Fokus der Zeitgeschichte steht und somit das Informationsinteresse der Allgemeinheit nur hinsichtlich eines konkreten zeitgeschichtlichen Zusammenhangs weckt.⁵⁵ Der Beschuldigte einer Straftat fällt daher, wenn die Tat über das „täglich Wiederkehrende“ hinausgeht, in den Bereich der relativen Person der Zeitgeschichte.⁵⁶ Anders ist es allerdings, wenn die Person, die den Tatvorwurf trifft, wie im Fall der Sängerin der Mädchenband „No Angels“ oder im Fall Kachelmann, nicht nur in Verbindung mit der behaupteten Straftat bekannt ist. In einem solchen Fall hatten das BVerfG und der BGH eine absolute Person der Zeitgeschichte angenommen, deren Einwilligung bei Berichterstattungen außerhalb der Intimsphäre nicht erforderlich war.⁵⁷

Diese Rechtsprechung ist insoweit obsolet, als der EGMR im Falle von Caroline von Monaco entschieden hat, dass auch bei absoluten Personen der Zeitgeschichte eine Abwägung nicht entbehrlich wird,⁵⁸ vgl. § 23 Abs. 2 KUG. Fällt das Abwägungsergebnis dergestalt aus, dass dem Persönlichkeitsrecht ein höherer Stellenwert zukommt, dann ist regelmäßig die Einwilligung des Betroffenen notwendig.⁵⁹ Dieses Ergebnis gilt auch unabhängig vom Verfahrensstadium.

5. Zweck des Vollzugsverfahrens

Der Zweck des Vollzugsverfahrens liegt in der Resozialisierung des Täters sowie auch in dem Schutz der Allgemeinheit, § 2 StVollzG, wobei die Resozialisierung allen anderen Zielen vorgeht.⁶⁰ Was unter Resozialisierung zu verstehen ist, wird unterschiedlich definiert. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass Resozialisierung für die Summe aller Bemühungen im Strafvollzug steht, die den Zeck haben dem Gefangenen die Befähigung zu geben, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen.⁶¹ Das BVerfG hat hierzu ausgeführt, dass dem Gefangenen die Fähigkeit und Willen zu verantwortlicher Lebensführung vermittelt werden soll und dieser lernt, sich unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch zu behaupten, die Chancen

⁴⁹ Dargestellt bei: Riepl, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998, S. 20 ff.

⁵⁰ Vgl. Weigend, in: Bannenberg u.a. (Fn. 9), S. 33 (36).

⁵¹ Neumann-Duesberg (JZ 1970, 564) hat insoweit das Recht auf Anonymität entwickelt.

⁵² BVerfGE 65, 1 (43); 84, 192 (194); 113, 29 (46); Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, Kompaktcommentar, 2010, Einl. Rn. 10; Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 2 Rn. 44. Einfachgesetzlich findet dies im Hinblick auf das Recht am eigenen Bild durch § 23 KUG Ausgestaltung.

⁵³ BVerfGE 12, 205 (260); Bannenberg u.a. (Fn. 24), S. 1 (S. 3, 5).

⁵⁴ Beater (Fn. 22); Rn. 1285; Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 23 KUG Rn. 5; Lettl, Urheberrecht, 2008, § 12 Rn. 16.

⁵⁵ Beater (Fn. 22), Rn. 1286; Dreier/Schulze (Fn. 54), § 23 KUG Rn. 8; Lettl (Fn. 54), § 12 Rn. 22.

⁵⁶ Dreier/Schulze (Fn. 54), § 23 KUG Rn. 9.

⁵⁷ Dreier/Schulze (Fn. 54), § 23 KUG Rn. 7.

⁵⁸ EGMR NJW 2004, 2647; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, Kommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2009, § 23 KUG Rn. 3, 8; Fechner (Fn. 28), § 4 Rn. 40.

⁵⁹ Zu Ausnahmen VI. 2. c).

⁶⁰ Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, § 2 Rn.1; Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl. 2003, § 6 Rn. 10; Laubenthal, Strafvollzug, 5. Aufl. 2008, Rn. 149.

⁶¹ Laubenthal (Fn. 60), Rn. 152, 651.

wahrnimmt und den Risiken widersteht.⁶² Der Gefangene soll folglich seinen Alltag finden, ohne aber in die alten Strukturen zurückzukehren, die ihn bisher zum Rechtsbruch verleitet haben. Dabei soll er wieder ein Teil der Gesellschaft werden und in dieser aufgehen. Die Verwirklichung dieses Zweckes beginnt schon während des Strafvollzugs und setzt sich mit Bestellung eines Bewährungshelfers nach Haftentlassung fort. Dabei ist der ehemals Inhaftierte bisweilen mit Vorbehalten aus der Gesellschaft konfrontiert,⁶³ die sich je nach Tatvorwurf sogar in der Aufstellung von Bürgerwehren zeigen können.⁶⁴ Um diesen Maßnahmen nicht Vorschub zu leisten, sind Berichterstattungen während und nach Beendigung der Haft möglichst restriktiv zu handhaben. Der Täter hat seine Strafe verbüßt und damit den ihn getroffenen Vorwurf „neutralisiert“,⁶⁵ sodass er grundsätzlich auch das Recht hat, nicht mehr mit der Straftat konfrontiert zu werden.⁶⁶

6. Opferschutz

Ebenso muss die Rolle des Opfers Eingang in die Abwägung finden. Insbesondere bei Gewaltverbrechen, die sogleich auch im besonderen Medieninteresse stehen, sind die psychischen Belastungen für das Opfer groß. Obgleich Berichterstattungen auch das Mitgefühl für das Opfer zum Ausdruck bringen, so sind sie dennoch eine Neuauflage des Geschehens und rufen Erinnerungen an das Tatgeschehen hervor, die das Opfer zu verarbeiten sucht.⁶⁷ Vielfach hat auch das Opfer ein Interesse daran, anonym zu bleiben, da der dem Beschuldigten gemachte Tatvorwurf intime Details des Opfers berührt⁶⁸

oder aber man Stigmatisierungstendenzen,⁶⁹ insbesondere eine übertriebene Opferposition, vermeiden möchte.⁷⁰

Diesem Aspekt muss besondere Bedeutung beigemessen werden. Kann dem Beschuldigten noch der Vorwurf gemacht werden, dass er einen geringeren Schutz verdient, da er mit seinem Verhalten erst den Grund für die Berichterstattung geschaffen hat, kann diese Argumentation schon aus Respekt vor dem Opfer nicht maßgeblich sein.

V. Pressemitteilungen im Spannungsfeld konfligierender Grundsätze

Wird die Staatsanwaltschaft als „Informationsbehörde“ tätig, zeigen die obigen Grundsätze, dass die konfligierenden Interessen in Ausgleich gebracht werden müssen. Besonderes Schwergewicht kommt dabei der Unschuldsvermutung des Beschuldigten zu.⁷¹ Das deutsche Strafrecht fordert den Nachweis der Schuld und verbietet damit die Verdachtsstrafe.⁷² Die Antwort auf die Frage, ob damit auch die Verdachtsstrafe betrieben durch die öffentlich Darstellung gemeint ist, kann daher kaum verwundern.

Die Unschuldsvermutung ist dem Wortlaut ihres Oberbegriffes nach Recht auf ein faires Verfahren, Art. 6 EMRK ein subjektives Recht. Der Staat muss darauf hinwirken, dass der Beschuldigte nur die Strafe bekommt, die er entsprechend der Sanktion als Rechtsfolge zu erwarten hat. Eine darüber hinausgehende gesellschaftliche Ächtung wird dabei in Kauf genommen und insoweit auch als Generalpräventionsgedanke bzw. Vergangenheitsbewältigung beabsichtigt.⁷³ Nicht aber darf die Ächtung in der Gesellschaft über die Staatsanwaltschaft betrieben werden. Dahinter steht das Postulat, dass die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berichterstattung an die Medien keine Verurteilung herbeiführen darf. Denn dies widerspräche zum einem dem Gedanken der Gewaltenteilung, die diese Aufgabe der Judikative überträgt und führe zum anderen zu der Befürchtung, dass die Staatsanwaltschaften quasi zu Medienanstalten werden und dabei ihre Objektivität einbüßen. Inwieweit eine Vorverurteilung vorliegt, wird in Auslegung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung unterschiedlich beurteilt. Mit dem BVerfG verbietet es sich Maßnahmen zu ergreifen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen.⁷⁴ In der Literatur hingegen wird der Rahmen enger gesteckt und nur dann eine Vorverurteilung angenommen, wenn in der Maßnahme sogleich ein Unwerturteil enthalten ist.⁷⁵ Letzterer Ansatz vermag eher zu überzeugen. Es erscheint willkürlich allein auf das subjektive Empfinden des Beschuldigten abzu-

⁶² BVerfGE 35, 202 (235).

⁶³ Besondere Brisanz gewinnt dies bei schwerwiegenden Taten wie Kapitalverbrechen oder Sexualdelikten.

⁶⁴ Vgl. Beitrag v. 9.8.2010 in der Online-Version der ZEIT, <http://www.zeit.de/news-nt/2010/8/9/iptc-bdt-20100809-34-25890784xml>.

⁶⁵ So jedenfalls, wenn man den Zweck der Strafe entsprechend der absoluten Straftheorie in der Vergeltung sieht. Vorherrschend ist insoweit ein Ansatz, der sich bemüht relative Straftheorien (Spezial- und Generalprävention) und absolute Tendenzen zu vereinen, sog. Vereinigungstheorie, sodass man davon ausgehen kann, dass die Vergeltung jedenfalls auch eine Rolle spielt. Vgl. hierzu: *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009, S. 33.

⁶⁶ BVerfG, NJW 2000, 1860; *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert* (Fn. 52), Einleitung Rn. 28.

⁶⁷ Vgl. die statistische Auswertung bei: *Kaiser*, Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren, 1992, S. 169 ff.

⁶⁸ Diese Tendenz ist regelmäßig dann sichtbar, wenn die Tat die sexuelle Selbstbestimmung tangiert und/oder das Opfer in der gesellschaftlichen Wahrnehmung steht, siehe z.B. den Fall der erpressten Aktionärin Susanne Klatten.

⁶⁹ *Bannenberg u.a.* (Fn. 24), S. 9; *Schmidbauer* (Fn. 5), 257 (263). Zur Stigmatisierung des Täters vgl. BVerfGE 97, 391 (404).

⁷⁰ *Schöch*, in *Bannenberg u.a.* (Fn. 9), S. 79 (83); vgl. auch *Meier*, in: *Kühne/Jung/Kreuzer* (Hrsg.), Festschrift für Klaus Rolinski, 2002, S. 425 (S. 432 ff.).

⁷¹ *Lilie* (Fn. 41), S. 601 (S. 609).

⁷² *Frister* (Fn. 37), S. 84.

⁷³ *Wagner* (Fn. 4), S. 23 ff.

⁷⁴ BVerfGE 19, 342 (347); 35, 311 (320).

⁷⁵ *Kühl*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983, S. 13 ff.

stellen, das auch bei objektiv neutralen Maßnahmen eine Vorverurteilung begründbar werden lassen würde. Maßgeblich für die Beurteilung kann daher nur sein, was die Staatsanwaltschaft bezweckt. Zugegebenermaßen ist damit zunächst nur die Frage nach dem „Ob“ entschieden und nicht auch nach dem „Wie“ der Weitergabe, doch zeigt sich hierin bereits, dass die Staatsanwaltschaft lediglich eine auf Tatsachen basierende Erklärung abgeben kann und Abstand nehmen muss von Vermutungen über die rechtliche Würdigung.

Auch im Hinblick auf das gesellschaftliche Informationsbedürfnis besteht hinsichtlich des „Ob“ der Presseerklärungen durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich keine Frage. Unbestritten ist, dass die Staatsanwaltschaft entsprechend ihrer Einbindung in den Bereich der Exekutive bei allen Entscheidungen dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen muss, doch würde ein Quasi-Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für Presseerklärungen dem Informationsbedürfnis der Gesellschaft nicht hinreichend Rechnung tragen. Dem Einwand, dass die Medien „sowieso“ an „ihre Informationen“ gelangen, ob nun mit oder ohne die Unterstützung durch die Staatsanwaltschaft, kann entgegnet werden, dass es durchaus einen Unterschied macht, ob die Informationsquelle objektive Tatsachen wiedergibt oder getragen ist von doppeldeutigen Vermutungen. Dies entspricht auch dem Aspekt der pluralistischen Meinungsbildung. Dem Konsument des Presseerzeugnisses wird ein Produkt geboten, das auf objektiven, von der Staatsanwaltschaft ermittelten, Tatsachen beruht.⁷⁶

VI. Umfang und Grenzen der Pressemitteilungen

Nachdem die Frage nach dem „Ob“ der Pressemitteilung beantwortet wurde, schließt sich direkt die Frage nach dem „Wie“ an.

Besteht der Informationsgehalt der Presseerklärung darin, höchstpersönliche Informationen an die Presse weiterzugeben, muss dem ein intensiver Abwägungsprozess vorausgegangen sein. Als Leitlinie hat *Wankel* für den Staatsanwalt fünf Kriterien herausgearbeitet, die es zu beachten gilt. Danach muss eine Information sachgerecht, d.h. nicht tendenziös oder gar reißerisch, wahrheitsgemäß sowie verständlich sein und darf nur auf Tatsachen basieren, wobei die Entscheidung darüber, ob die Information veröffentlicht wird, Ergebnis eines Abwägungsprozesses ist.⁷⁷

1. Tatgeschehen und Opfer

Wird lediglich das Tatgeschehen wiedergegeben, dann überwiegt regelmäßig das Informationsinteresse der Gesellschaft, sofern die Staatsanwaltschaft die tatsächlichen Umstände – Tatort, -mittel und/oder -zeit – wiedergibt sowie auf Vermu-

tungen verzichtet. Einschränkung erfährt dieser Grundsatz dadurch, dass aus ermittlungstechnischen Gründen die Berichterstattung zurückhaltend betrieben werden sollte.

Diese weite Legitimation ändert sich, wenn in die Berichterstattung die Rolle des Opfers einbezogen wird. Obwohl sich hier die Benennung eines pauschalen Richtwertes als schwierig erweist, lässt sich trotz der vielfältigen Fallkonstellationen dennoch festhalten, dass der Opferschutzgedanke desto mehr an Bedeutung gewinnt, je intensiver die Verletzung von Individualrechtsgütern ist.⁷⁸ Dies gilt auch dann, wenn das Medieninteresse gerade erst durch die Schwere der Tat begründet wird.⁷⁹ Abstufungen lassen sich dadurch bewirken, dass auf die Nennung des vollständigen Namens des Opfers verzichtet wird. Wenn der Name und die sich dahinter verbergende Person bekannt sind, dann kann auch ein Bild des Opfers noch vom Informationsinteresse gedeckt sein, wobei dies jedoch allein auf Bilder beschränkt ist, die unabhängig von der Situation entstanden sind, die die Opferposition begründet haben. Mit anderen Worten dürfen keine Bilder vom Tatort veröffentlicht werden, die die Opferposition unterstreichen oder durch die die Identifizierung des Opfers erst möglich wird. Insoweit überwiegt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung das Informationsinteresse. Es muss dem Opfer selbst anheim gestellt werden, ob und inwieweit es sich der medialen Öffentlichkeit stellt.⁸⁰

Problematisch sind in diesem Zusammenhang anonymisierte Bilder, also Abbildungen, bei denen die identifizierbaren Bildbereiche verpixelt und/oder mit einem schwarzen Balken versehen sind. Bildnisse dieser Art sollten nicht veröffentlicht werden, weil nicht auszuschließen ist, dass Identifizierungen möglich sind. Geschehen kann dies dadurch, dass mit Bildprogrammen der unkenntlich gemachte Bereich wieder sichtbar gemacht werden kann oder aber trotz des schwarzen Balkens die abgelichteten Bereiche ausreichen, um das Opfer zu identifizieren. Insoweit stellt sich auch die Frage, welchen Informationsgehalt ein unkenntlich gemachtes Bild hat, sodass darauf ganz verzichtet werden kann.

2. Der Beschuldigte und der Tatvorwurf

a) Zeitpunkt der Presseerklärung

Neben dem Tatgeschehen ist es die Person des Beschuldigten, die im Fokus des Medieninteresses steht. Wird bei einer Pressekonferenz das bisherige Ermittlungsergebnis dargelegt, dann wird unweigerlich die Frage nach der Person des Beschuldigten aufgeworfen. Da sich das gesellschaftliche In-

⁷⁶ Dies steht natürlich unter der Prämisse, dass die Staatsanwaltschaft immer nur Tatsachen wiedergibt, deren Reichweite ein Ergebnis von Abwägung von Einzelinteressen ist, auf die im Folgenden eingegangen wird.

⁷⁷ *Wankel*, in: Vordermeyer/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 3. Aufl. 2008, 6. Teil Rn. 11. Zur Kritik bei Pressemitteilungen, vgl. *Dalbkermeyer* (Fn. 4), S. 8 ff.

⁷⁸ BVerfGE 119, 309; BGH NJW 2010, 2728 (2729); BGH NJW 2010, 2432 (2434); BGH NJW 2010, 757 (758); LG Köln, Urt. v. 14.7.2010 – 28 O 403/10, Rn. 33 und 34 (bisher unveröffentlicht).

⁷⁹ *Stapper* (Fn. 32), S. 149.

⁸⁰ Komplexität gewinnt der Abwägungsprozess, wenn Tatort und Intimsphäre des Opfers zusammen fallen. Verwiesen sei insoweit auf den Extremfall von Natascha Kampusch, bei welchem der Tatort zugleich auch der bisherige Mittelpunkt des Lebens war.

formationsbedürfnis auf das Ermittlungsverfahren erstreckt,⁸¹ intendieren die Medienvertreter dabei eine möglichst detaillierte Berichterstattung über den vermeintlichen Täter, wobei sich dieser Umstand regelmäßig direkt proportional zur Schwere des Tatvorwurfes verhält oder aber hinsichtlich des mutmaßlichen Täters eine Fahndung läuft.

An dieser Stelle sei abermals unterstrichen, dass zu diesem Zeitpunkt die Grundsätze des Ermittlungsverfahrens gelten. Die Staatsanwaltschaft ist durch den Grundsatz der Legalität verpflichtet einem jeden Tatverdacht nachzugehen, § 160 StPO. Bisweilen kann hierdurch auch eine Person in den Fokus der Ermittlungen geraten, die objektiv nichts mit dem Tatgeschehen oder dem Tatvorwurf zu tun hat, sich zu diesem Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens aber diese Erkenntnis noch nicht zeigt.

Unabhängig davon, ob sich der Tatvorwurf bestätigt oder nicht, gilt für den Beschuldigten der Anspruch auf ein faires Verfahren, sodass Pressemitteilungen erst dann getätigt werden dürfen, wenn auch der Beschuldigte um seine Position weiß,⁸² damit er die Möglichkeit erhält, dem ihm gegenüber erhobenen Tatvorwurf zu entkräften und sich zu verteidigen.⁸³ Das Ermittlungsverfahren ist ein „in den Akten geführtes Verfahren“ für das der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht gilt.⁸⁴ Würde der Beschuldigte aus den Medien erfahren, dass gegen ihn ein Ermittlungsverfahren läuft, dann stellt dies einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit dar und verletzt sein Recht auf ein faires Verfahren,⁸⁵ da bereits dann ein Verstoß das Gebot der Waffengleichheit vorliegt, wenn der Beschuldigte verspätet über Eingriffe in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfährt.⁸⁶

Aus diesem Grund ist in jedem Fall zunächst der Beschuldigte zu informieren, wobei sich darüber hinaus empfiehlt, dass die Staatsanwaltschaft weitere gegenüber Medienvertretern getätigte Presseerklärungen gleichzeitig, wenn nicht sogar schon zeitlich vorgelagert, an den Beschuldigten und dessen Verteidiger übermittelt.⁸⁷ Dies gilt umso mehr, wenn sich die Staatsanwaltschaft entschließt, die Rechtsfolgen über das Strafbefehlsverfahren zu betreiben. Erfährt der Beschuldigte bereits aus den Medien, dass gegen ihn ein Verfahren läuft, verlängert dies zwar seine Einspruchsmöglichkeiten, da der Fristlauf erst mit Zustellung beginnt. Doch wäre diese auf Ungewissheit basierende Zustellung Ausdruck willkürlicher Strafrechtspflege, zumal keine Klarheit besteht, ob und inwieweit die Nachrichten der Wahrheit entsprechen,

sodass hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit und das Recht auf ein faires Verfahren liegt.⁸⁸

Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht können sich daneben aus ermittlungstechnischen Gründen ergeben, deren Beurteilung der Staatsanwaltschaft anheim gestellt wird. Insoweit wird aber mit der Berichterstattung noch zurückhaltender verfahren, sodass sich dies nur positiv hinsichtlich der Beschuldigtenrechte auswirkt.

b) Entscheidung zur Presseerklärung

Im Regelfall wird die Öffentlichkeit von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nichts mitbekommen. Es ist schon aus tatsächlicher Sicht nicht möglich, jedes Ermittlungsverfahren der Presse mitzuteilen. Zudem würde die Staatsanwaltschaft mit einem Vorgehen dieser Art womöglich gegen ihre Obliegenheit, tendenziell „interessante“ Fälle an die Presse mitzuteilen, verstoßen, da durch die damit verbundene Informationsflut die Relevanz einzelner Fälle verloren ginge. Insoweit wird eine Pressemitteilung erst dann stattfinden, wenn es sich um einen besonderen Fall handelt oder aber wenn sich die Besonderheit in der Täterperson zeitigt. Mit letzterem Fall ist eine besondere Brisanz verbunden. Die mediale Berichterstattung geschieht bisweilen sehr reißerisch, sodass eine Vorverurteilung nicht ausgeschlossen werden kann. Dies gilt umso mehr, wenn der Beschuldigte im Blickpunkt der Gesellschaft steht.

Aus diesem Grund muss die Staatsanwaltschaft deutlich machen, dass sie aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung gehalten ist, allen Strafanzeigen nachzugehen⁸⁹ und, was vermutlich häufig durch die Medienvertreter vergessen wird, dass hierzu tatsächlich die Anzeige einer einzelnen Person ausreicht.

Die endgültige Entscheidung darüber, ob eine Presseerklärung herausgegeben wird, bleibt der Einschätzungsprärogative der Staatsanwaltschaft überlassen.

c) Bild des Beschuldigten

Die Berichterstattung ist, will man einmal vom Rundfunk absehen, regelmäßig getragen von Bild- oder kurzen Filmsequenzen, die sich mit dem Tatgeschehen auseinandersetzen. In diesem Zusammenhang geschieht es nicht selten, dass auch Aufnahmen vom mutmaßlichen Täter ausgestrahlt werden. Liegt kein Fall der öffentlichen Fahndung vor (vgl. § 131 StPO), dann genießt der Beschuldigte den besonderen Schutz durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie den Grundsatz der Unschuldsvermutung. Die Herausgabe von Bildaufnahmen muss also denkbar restriktiv gehandhabt werden.

Eng verbunden ist damit zugleich die Fallkonstellation, in der sich der Tatvorwurf bereits bestätigt hat bzw. (annähernd) Gewissheit über die Täterschaft besteht. Auch hier gilt die Unschuldsvermutung. Berichten die Medien tendenziös über den Tatvorwurf ist es das eine, wird die Berichterstattung

⁸¹ Weigend, in: Bannenberg u.a. (Fn. 9), S. 33 (35).

⁸² Grabenwarter (Fn. 38), § 24 Rn. 98; Roxin/Schünemann (Fn. 34), § 11 Rn. 5.

⁸³ Renzikowski (Fn. 1), S. 791 (S. 801).

⁸⁴ Beulke (Fn. 6), Rn. 27; Kühne (Fn. 4), Rn. 695; Roxin/Schünemann (Fn. 34), § 16 Rn. 2; Weichert, Informationelle Selbstbestimmung, 1990, S. 121.

⁸⁵ Wankel (Fn. 77), Rn. 17.

⁸⁶ Weichert (Fn. 84), S. 121.

⁸⁷ Wankel (Fn. 77), Rn. 18.

⁸⁸ OLG Karlsruhe StV 1995, 8; BayObLG NSZ-RR 1999, 243; Meyer-Gößner (Fn. 6), § 412 Rn. 2.

⁸⁹ Wankel (Fn. 77), Rn. 16.

aber unterstützt und betrieben von der Staatsanwaltschaft, ist dies etwas anderes. Die Staatsanwaltschaft muss weiterhin von der Unschuld des Beschuldigten ausgehen. Nur wenn sich das Medieninteresse beim Abwägungsprozess als überlegend erweist, darf sie Bildmaterial an die Medienvertreter herausgeben. Nicht zulässig sind dabei private Aufnahmen aus dem Privat- und Intimbereich, z.B. Familienfotos oder Hochzeitsbilder (etwa erlangt bei Hausdurchsuchungen). Hingegen können Bilder aus der Polizeiakte insoweit veröffentlicht werden, wie sie die persönliche Ehre des Beschuldigten nicht verletzen.⁹⁰

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Bildnisse des Beschuldigten nur unter sehr engen Voraussetzungen durch die Staatsanwaltschaft veröffentlicht werden können. Darüber hinaus muss auch hier an die Wertungen zur Veröffentlichung von Bildern beim Opfer angeknüpft werden, sodass auf anonymisierende Bildgestaltungen, auch im Hinblick auf den Informationsgehalt, verzichtet werden muss.

d) Nennung des Namens des Beschuldigten

Hinsichtlich der Nennung des Namens ergeben sich für die Staatsanwaltschaft zwei durch das Verfahrenstadium bedingte Positionen. Im Ermittlungsverfahren ist dies die informationelle Selbstbestimmung. Die vollständige Nennung des Namens hat bei in der Gesellschaft relativ selten vorkommenden Namen eine immense Stigmatisierungswirkung.⁹¹ Der Name wird stets, jedenfalls aber in zeitlicher Nähe, mit dem Tatvorwurf in Verbindung gebracht. Im Hinblick auf eine als Ergebnis der Hauptverhandlung stattfindende Verurteilung mag dies hinnehmbar sein, da sich der Tatvorwurf ja bestätigt hat. Wird allerdings der Tatvorwurf fallen gelassen, wird regelmäßig die Stigmatisierung nicht ebenso abgelegt.⁹² Diese bleibt in der Öffentlichkeit bestehen. Name und Ereignis werden weiterhin in Verbindung gebracht. Der Staatsanwaltschaft kann daraus dann ein Vorwurf gemacht werden, wenn sie die Interessen des Beschuldigten nicht umfassend gewürdigt hat. Insoweit besteht die Möglichkeit, auf die vollständige Nennung des Namens zu verzichten.

In zweiter Hinsicht ist die Nennung im Rahmen des Vollzugsverfahrens kritisch zu betrachten. Zwar hat sich der Tatvorwurf bestätigt, woraus sich somit grundsätzlich die Berechtigung zur Namensnennung ergibt, doch muss die Abwägung neben der informationellen Selbstbestimmung auch unter dem Blickwinkel der angestrebten Resozialisierung des Täters geschehen.⁹³ Bedeutung erlangt diese Konstellation, wenn die Staatsanwaltschaft auf Anfrage der Medien über besondere Straftaten berichtet.⁹⁴ Die abzuwägenden Parameter sind hierbei abermals das Persönlichkeitsrecht, die Schwe-

re der Tat, aber auch die Nähe des Vollzugsendes.⁹⁵ Dem Täter soll der Wiedereinstieg in die Gesellschaft so einfach wie möglich gestaltet werden. Stößt er hierbei auf Vorbehalte, dann kann dies das Resozialisierungsziel in hohem Maße gefährden.

Problematisch sind allerdings Fälle zu beurteilen, in denen von dem Täter womöglich noch Gefahren ausgehen (können). Der Standardfall sind Wiederholungstäter, bei denen die Voraussetzungen für eine Sicherungsverwahrung oder psychiatrische Betreuung als nicht gegeben angesehen werden. In diesem Fall werden die obigen Parameter ergänzt durch ein Sicherheitsinteresse der Gesellschaft.⁹⁶ Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Resozialisierung in diesen Fällen stattfinden kann, soll an dieser Stelle nicht entschieden werden, doch muss dieser Umstand Eingang in die Beurteilung der Staatsanwaltschaft fließen.

e) Nennung des Wohnortes

Zu keinem Zeitpunkt darf der Wohnort des Täters bekannt gegeben werden. Das Strafmonopol liegt beim Staat. Diesem allein obliegt es Strafen durchzusetzen. Bestätigt sich der Tatvorwurf im Rahmen der Hauptverhandlung, wird das Vollstreckungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft betrieben. Bei medienwirksamen Verfahren bestünde andernfalls die Gefahr, dass dem auch nur der Tat Verdächtigen Eigenjustiz widerfährt. Außer Frage steht, dass die Medien über die Fähigkeiten verfügen, den Wohnort zu ermitteln, doch muss dem nicht durch die Staatsanwaltschaft Vorschub geleistet werden, sodass auf die Nennung des Wohnortes verzichtet werden muss.

f) Nennung der Herkunft

Die Herkunft des Beschuldigten kann unter Umständen ebenso vom Informationsinteresse gedeckt sein, doch gilt es hier von Seiten der Staatsanwaltschaft darauf zu achten, dass die Herkunft des Beschuldigten mit dem Tatvorwurf in Zusammenhang steht. Inwiefern dies eine Rolle spielt, lässt sich infolge der vielfältigen Fallkonstellationen lediglich anhand zweier Beispiele zeigen. So kann der Vorwurf des Totschlages aus kultureller Hinsicht Bedeutung erlangen, wenn mit der Tatbegehung die Aufrechterhaltung der („Familien“-)Ehre verbunden ist, oder sie ihren Ursprung in Fremdenfeindlichkeit findet.

Nicht jedoch darf mit der Berichterstattung eine Stigmatisierung von Bevölkerungsgruppen bewirkt werden, auch wenn sie so vielleicht nicht intendiert waren. Es ist stets darauf zu achten, dass es eine direkte Verbindung gibt, nicht aber eine pauschale Parallele zwischen Herkunft und Straftat geschaffen wird.

g) Nennung besonderer persönlicher Eigenschaften

Auf andere Eigenschaften darf, auch wenn sie womöglich schon in der Öffentlichkeit bekannt sind, nicht eingegangen werden. So ist die persönliche sexuelle Ausrichtung Teil der

⁹⁰ In Erinnerung gerufen seien dabei die entwürdigenden Aufnahmen von Saddam Hussein bei dessen Ergreifung durch US-amerikanische Truppen.

⁹¹ Dalbckermeyer (Fn. 4), S. 11.

⁹² Richter, StV 1985, 382 (383).

⁹³ BVerfG NJW 2000, 1860; KG Berlin NJW-RR 2008, 1625 (1626); Däubler/Klebe/Wedde/Weichert (Fn. 52), Rn. 28.

⁹⁴ Wankel (Fn. 77), Rn. 20.

⁹⁵ Wankel (Fn. 77), Rn. 20.

⁹⁶ Rössner, in: Banneberg u.a. (Fn. 9), S. 148 (161).

Intimsphäre des Beschuldigten. Anderes kann gelten, wenn die persönliche Eigenschaft zugleich Tatbestandsmerkmal ist, über das der Wahrheitsbeweis im Sinne von § 190 StGB erbracht wurde. So kann auf die Frage der Medien, ob der Beschuldigte bereits wegen seiner sexuellen Neigungen strafrechtlich aufgefallen ist, wahrheitsgemäß geantwortet werden. Allerdings muss in diesem Fall eine Prüfung geschehen, ob hier eine Verbindung zu dem Fall besteht, die Anlass der Presseerklärung ist (Konnexität). Liegt die einzige Verbindung in der Person und haben die Tatvorwürfe nichts miteinander zu tun, darf diese persönliche Eigenschaft nicht zum Informationsgehalt zählen.

Daran schließt sich die Frage nach Vorstrafen an. Diese dürfen dann genannt werden, wenn ebenso wie bei den persönlichen Eigenschaften der Wahrheitsbeweis nach § 190 StGB erbracht wurde und eine Konnexität besteht.

Der Grund für das Erfordernis der Konnexität liegt darin begründet, dass es nicht darauf ankommen kann, mit welchem Tatvorwurf der Beschuldigte in einem anderen Verfahren konfrontiert wurde, solange keine besondere Verknüpfung besteht. Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist es den Ermittlungsstand im laufenden Verfahren bekannt zugeben, nicht aber das Vorstrafenregister bekannt zumachen.

h) Nennung des Arbeitsplatzes des Beschuldigten

Bei der Berichterstattung über eine Straftat kann bisweilen nicht ausgeschlossen werden, dass auch das Berufsbild oder aber der Arbeitsplatz des Beschuldigten vom Informationsinteresse der Gesellschaft umfasst sein können.

Im Hinblick auf das Berufsbild kann eine Berichterstattung abermals erst dann zulässig sein, wenn zwischen der Tat und dem Berufsbild Konnexität besteht. Konnexität ist insbesondere für die Fälle anzunehmen, in denen das Berufsbild in engem Zusammenhang mit der Tat steht. So knüpft beispielsweise der Tatbestand der Bestechlichkeit nach § 332 StGB u.a. an die Eigenschaft als Amtsträger an. Aber auch in anderen Fällen, in denen das Berufsbild nicht Tatbestandsvoraussetzung ist, kann eine Konnexität bestehen. Verwiesen sei an dieser Stelle auf den „Banker“ oder aber die Krankenschwester, die bei Ausübung ihres Berufes Straftaten verübt haben (Betrug, Untreue, Tötungsdelikt). Liegt die Straftat allerdings außerhalb des Berufsbildes, muss eine Nennung unterbleiben. Es kann keine Rolle spielen, ob der einer Unfallflucht Verdächtige seinen Lebensunterhalt als Schornsteinfeger verdient.

Insoweit mag der Einwand gelten, dass in den Fällen schon kein öffentliches Interesse besteht, doch sollte dies genau das Abwägungsergebnis sein.

Eng verbunden mit der Nennung des Berufsbildes ist die Nennung des Arbeitsplatzes.

Im Hinblick auf die Krankenschwester oder den „Banker“ kann es durchaus Probleme aufwerfen, sofern Tatort und Arbeitsplatz zusammenfallen. Der Arbeitgeber wird ein sehr großes Interesse daran haben, dass der Name des Unternehmens und die Straftat in keinem Zusammenhang miteinander gebracht werden. Der Beurteilungsrahmen richtet sich hierbei nach der Rolle des Arbeitgebers. Beziehen sich die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft auch auf diesen, sei es im

Rahmen eines Bußgeldverfahrens nach §§ 130, 30 OWiG wegen Verletzung der Aufsichtspflicht oder aber im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungen beispielsweise über § 14 Abs. 1 StGB (§ 9 OWiG), dann kann hierin ein öffentliches Interesse an der Berichterstattung bestehen.

Liegt allerdings keine solche Verknüpfung vor, ist der Arbeitgeber unbeteiligter Dritter und seinen Interessen kommen im Abwägungsprozess überragende Position zu. Insofern muss das öffentliche Interesse besonders herausragend sein, um den Anspruch des Dritten auf Anonymität zu beseitigen.

3. Einwilligungserfordernis

Kommt die Staatsanwaltschaft zu dem Ergebnis, dass die Interessen des Beschuldigten das Informationsbedürfnis der Medien überwiegen, dann bedarf es der Einwilligung des Beschuldigten, wenn weitergehende Informationen preisgegeben werden sollen.⁹⁷ Dies ist Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung des Beschuldigten. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Ermittlungsbehörde allein durch das Verhalten des Beschuldigten von der Straftat Kenntnis erlangt. So wirkt die steuerrechtliche Selbstanzeige im Sinne des § 371 AO zwar strafbefreiend, doch ist sie nicht gleichzeitig als Einwilligung in die Informationspreisgabe zu betrachten.⁹⁸ Dafür bedarf es einer ausdrücklichen, zu Beweis Zwecken schriftlichen Erklärung des Beschuldigten. Allerdings sollte diesbezüglich eine restriktive Handhabung bevorzugt werden, damit die Staatsanwaltschaft sich nicht dem Vorwurf aussetzt, sich als Quasi-Medienanstalt zu gerieren.

VII. Auswirkungen bei Verstößen

Ungeklärt ist bisher die Frage, wie sich Fehlentscheidungen der Staatsanwaltschaft und damit Eingriffe in die Rechte des Beschuldigten auswirken. Insofern muss hier zwischen möglichen straf-, öffentlich- und zivilrechtlichen Auswirkungen unterschieden werden.

1. Strafrechtliche Auswirkungen

a) Verfahrenshindernis

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, ob die durch die Staatsanwaltschaft betriebene Vorverurteilung zugleich ein Verfahrenshindernis darstellen kann.⁹⁹ *Dalbkmeyer* verneint insoweit die Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses mit dem Hinweis, dass die bisherigen anerkannten Fallgruppen der Verfahrenshindernis-

⁹⁷ Woraus sich das Erfordernis zur Einwilligung ergibt wird unterschiedlich beurteilt: §§ 22 KUG analog, § 12 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB analog oder aber direkt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Vgl. auch *Schmidbauer*, BayVBl. 1988, 257 (260).

⁹⁸ Gleiches gilt auch für die Selbstanzeige außerhalb des Steuerstrafrechts, wie z.B. im Falle der Selbstanzeige eines Berliner Präimplantationsmediziners, die Ausgangspunkt für die Leitentscheidung des BGH zur Strafbarkeit der PID wurde (BGH NJW 2010, 2672).

⁹⁹ *Dalbkmeyer* (Fn. 4), S. 226 ff. m.w.N.

se den Strafverfolgungsbehörden zugerechnet werden können, dies nicht aber für die Vorverurteilung in der Gesellschaft gilt. Zu überzeugen vermag dieser Ansatz nur am Rande, denn unberücksichtigt bleibt bei dieser Argumentation die Rolle der Strafverfolgungsbehörden als („übersprudelnde“) Informationsquelle und somit als Ausgangspunkt der Vorverurteilung durch die Medien.¹⁰⁰ Daneben ist wenig überzeugend, wenn *Dalbkmeyer* davon ausgeht, dass der Täter tatsächlich ein Interesse daran haben wird, dass „sein“ Gerichtsverfahren neben der öffentlichen (Vor-)Verurteilung betrieben wird und sich somit schon aus Eigeninteresse ein Verfahrenshindernis verbietet.¹⁰¹ Würde man dem Täter die Entscheidung darüber anheim stellen, dann wird er sich sicherlich lediglich für das förmliche Verfahren entscheiden. Diese Frage stellt sich aber nicht, da dieser Punkt nur zur Sprache kommt, wenn bereits eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch die Staatsanwaltschaft vorliegt, das „Kind also bereits in den Brunnen gefallen ist“ und der Täter eine „doppelte Bestrafung“ kaum anstreben wird.

Kritisch muss auch hinterfragt werden, ob das Argument überzeugen kann, dass derartige Handlungen nicht dem Staat generell zugerechnet werden können.¹⁰² Auch Maßnahmen der Staatsanwaltschaft, die den Weisungen des Behördenleiters widersprechen, sind wirksam, sodass grundsätzlich sogar die weisungswidrige Einstellung des Verfahrens durch den Rechtsreferendar für den Angeklagten im Sinne eines Strafklageverbrauchs wirksam wäre.¹⁰³ Das zeigt, dass weisungswidriges Handeln dem Staat durchaus zugerechnet werden kann und zum Schutz des Beschuldigten auch wird.

Vom Ergebnis her betrachtet, ist die rechtliche Würdigung von *Dalbkmeyer* aber dennoch überzeugend, nur muss ein anderer Argumentationsstrang maßgeblich sein. Nicht auf das Interesse des Beschuldigten kann es ankommen, sondern auf die Ziele des Strafverfahrens. Dazu zählen auch die Aburteilung von Unrecht und die Schaffung von Rechtsfrieden.¹⁰⁴ Angenommen, dem Verstoß folgt das Verfahrenshindernis, wäre eine effektive Strafrechtspflege kaum noch möglich und Verteidigerarbeit allein darauf beschränkt, irgendeinen Grundrechtsverstoß aufzudecken, um das Verfahren zum Erliegen zu bringen, ohne dabei auf Findung der Wahrheit und Gerechtigkeit einzugehen.

Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass Grundrechtsverletzungen keine Auswirkungen haben dürfen,

¹⁰⁰ *Dalbkmeyer* (Fn. 4), S. 228) will selbst die Zurechnung zulassen, wenn die Maßnahme aus der „Sphäre der Strafjustiz“ stammt.

¹⁰¹ So *Dalbkmeyer* (Fn. 4), S. 229 mit Verweis auf *Roxin* (NSStZ 1991, 153) und *Hassemer* (NJW 1985, 1921 [1928]).

¹⁰² *Dalbkmeyer* (Fn. 4), S. 230.

¹⁰³ Vgl. *Boll*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Fn. 6), Bd. 7, 25. Aufl. 2003, § 142 GVG Rn. 36, 49; *Huber*, in: Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2010, § 142 GVG Rn. 11.

¹⁰⁴ *Kühne* (Fn. 4), Rn. 1; *Kühne*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Fn. 6), Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. B Rn. 13 ff.

doch müssen diese auf anderer Ebene Wirkung zeitigen. Insoweit sei auf die rechtliche Würdigung von Verfahrensverzögerungen verwiesen,¹⁰⁵ die lediglich eine Anrechnung im Hinblick auf die mit dem Strafgesetz verbundene Rechtsfolge zulassen.

Festhalten lässt sich dies mit der Formulierung, dass Grundrechtsverstöße, die sich nicht im Wege eines Rechtsmittels angreifen lassen, auf die noch zu verbüßenden Rechtsfolgen anrechenbar sind. Wie dies im Detail auszusehen hat, kann an dieser Stelle nicht mehr erörtert werden.

Mithin folgt aus einem Verstoß kein Verfahrenshindernis. Denkbar wäre allein die Annahme einer Anrechnung auf die bereits verbüßte Strafe.

b) Rechtsmittel: Berufung und Revision

Die Rechtsmittel Berufung und Revision kommen nur bei Urteilen als Ergebnis einer Hauptverhandlung in Betracht,¹⁰⁶ und zeitigen auch nur dann Erfolg, wenn tatsächlich ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften festgestellt werden kann.

In Betracht kommen in diesem Zusammenhang drei verschiedene Verfahrensverstöße. Das ist zunächst der Vorwurf, dass das Verfahren für den Beschuldigten nicht fair abgelaufen ist bzw. gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßen wurde. Daneben kommt als zweite und dritte Möglichkeit der Vorwurf der Befangenheit des Laienrichters bzw. der Staatsanwaltschaft in Betracht.

Ob Letzteres überhaupt zur Begründetheit des Rechtsmittels führen kann und worin der Verstoß gegen bestehende Verfahrensvorschriften liegt,¹⁰⁷ soll an dieser Stelle nicht entschieden werden. Aufgezeigt soll nur sein, dass sich jedenfalls im weitesten Sinne die Unbefangenheit der Staatsanwaltschaft aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergibt (Art. 6 EMRK) und ein Verstoß hiergegen durchaus eine Begründetheit des Rechtsmittels herbeiführen kann.¹⁰⁸

Im Ergebnis muss aber festgehalten werden, dass der Verfahrensverstoß, will man einmal von der Berufung absehen, begründet werden und tatsächlich der Nachweis hierzu gelingen muss. Maßgeblich ist insoweit das Protokoll und es muss sich zeigen, dass das Urteil auf dem Verfahrensverstoß basiert. Diesen Nachweis zu erbringen, wird sich regelmäßig als unmöglich erweisen und ist nur in Extremfällen möglich, denn es bedarf schon eines außerordentlichen Begründungsaufwandes darzulegen, dass die Berichterstattung der Medien, die (allein) auf Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft beruht, eine Vorverurteilung bei dem Schöffen herbeigeführt hat.

¹⁰⁵ BGHSt 46, 159 (171); *Murmann*, Beilage zur JuS 11/2007, 1 (4).

¹⁰⁶ Unter der Voraussetzung natürlich, dass das entscheidende Gericht nicht selbst schon Berufungs- bzw. Revisionsinstanz ist.

¹⁰⁷ Vgl. *Hackner*, Der befangene Staatsanwalt, 1995, S. 123 ff; *Reinhardt*, Der Ausschluss des befangenen erscheinenden Staatsanwaltes, 1997, S. 74 ff., 119.

¹⁰⁸ BGH StV 2010, 285 (286); NSStZ 2010, 53 mit Anm. *Schneider*; *Beulke* (Fn. 6), Rn. 563 ff. Vgl. aber: EGMR NSStZ 2008, 699.

Das zeigt, dass die Ahndung eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht kaum über die ordentlichen Rechtsbehelfe Berufung und Revision betrieben werden kann.

c) Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren

Trifft die Staatsanwaltschaft während des Ermittlungsverfahrens grundrechtseinschränkende Maßnahmen, muss entsprechend Art. 19 Abs. 4 GG auch in diesen Fällen Rechtsschutz gewährleistet sein. Zwar kann nicht grundsätzlich der Ablauf des Ermittlungsverfahrens in Frage gestellt werden,¹⁰⁹ doch hat das BVerfG angemahnt, dass im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes strafrechtliche Eingriffe einer gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen sind.¹¹⁰ Insoweit kennt die StPO keine Universalnorm, sondern sieht zum einen an entsprechenden Stellen Kontrollmöglichkeiten vor (vgl. § 101 Abs. 7 StPO) oder aber die Rechtsprechung hat solche in analoger Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 und § 304 StPO entwickelt.

Allerdings sind Pressemitteilungen keine klassischen Zwangsmaßnahmen im Sinne der StPO, sodass hier das Regelungswerk der §§ 98 Abs. 2 S. 2, 304 StPO analog nicht zur Anwendung kommt.¹¹¹

2. Öffentlich-rechtliche Auswirkungen

a) §§ 23 ff. EGGVG

Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind Presseerklärungen der Staatsanwaltschaften über den Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO gerichtlich überprüfbar, da solche Tätigkeiten nicht Ausdruck der Strafrechtspflege sind, sondern dem Verwaltungshandeln näher stehen.¹¹²

Dies wird bisweilen in der Literatur und auch in der (ordentlichen) Gerichtsbarkeit anders beurteilt, danach kommt eine Überprüfung im Rahmen der §§ 23 ff. EGGVG in Betracht.¹¹³ Insoweit kommt der Regelungsbereich der §§ 23 ff. EGGVG zur Anwendung, wenn die Presseerklärung in Wahrnehmung einer spezifischen Aufgabe, die der Behörde zugewiesen ist, vorgenommen wird.¹¹⁴ Ob dies bei Pressemitteilungen als Annex der Kernaufgabe „Strafverfolgung“ der Fall ist¹¹⁵ oder ob Pressemitteilung und Durchführung des Ermittlungsverfahrens lediglich in Zusammenhang miteinander stehen,¹¹⁶ braucht an dieser Stelle nicht erörtert werden.¹¹⁷ Maßgeblich ist, dass hier eine Überprüfung jedenfalls dem

Grunde nach möglich ist und in beiden Fällen Unterlassungs- wie Folgenbeseitigung in Betracht kommen.¹¹⁸

b) Andere formlose Rechtsbehelfe

In Betracht kommt weiterhin die Ahndung über die formlosen Rechtsbehelfe der Aufsichtsbeschwerde und der Dienstaufsichtsbeschwerde. Bei der Aufsichtsbeschwerde geht es um die inhaltliche Überprüfung und Korrektur von behördlichem Fehlverhalten.¹¹⁹ Einer Rücknahme der Presseerklärung wird aber regelmäßig, ebenso wie Gegendarstellungen in der Presse, nie die gleiche Wahrnehmung und Meinungsbildung zukommen, sodass damit keine wirkliche Besserstellung einhergeht. Ähnlich verhält es sich mit der Dienstaufsichtsbeschwerde, die das persönliche Fehlverhalten eines Beamten zur Überprüfung anmahnt.¹²⁰

Beiden Beschwerdeformen ist gemein, dass sie lediglich eingelegt werden können, nicht aber geht damit zugleich das Recht einher, dass sie auf ihre Begründetheit hin überprüft werden.¹²¹ Das zeigt schon, dass diesen Instituten keine Bedeutung zur Erlangung eines effektiven Rechtsschutzes zukommt.

3. Zivilrechtliche Auswirkungen

Neben den Möglichkeiten, die sich im strafrechtlichen Bereich zeigen, bleibt auch noch der Weg über die Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.¹²² Insoweit zeigt *Dalb-kermeyer* auf, dass sich die Rechtsprechungspraxis hinsichtlich der Annahme eines Anspruchs neuerdings zugänglicher zeigt, als dies bisher noch der Fall war.¹²³ Insoweit besteht allerdings noch Klärungsbedarf, wie sich die Höhe des Anspruchs beziffern lässt und ob sich dessen Geltendmachung alternativ oder kumulativ zur Anrechnung auf das Strafmaß (vgl. unter 1. a) gestalten lässt.

VIII. Fazit

Es ist die Aufgabe der Medien durch Berichterstattung den demokratischen Meinungsbildungsprozess zu unterstützen. Dazu gehört auch die Berichterstattung über strafrechtlich relevante Verfehlungen innerhalb der Gesellschaft.

Die Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist, diese Verfehlungen zu verfolgen und bei Bestätigung des Tatvorwurfs diese zur Anklage zu bringen. Dass das Ergebnis der staatsanwaltlichen Tätigkeit Anlass für die gesellschaftliche Meinungsbildung ist, ist Ausdruck und Errungenschaft des demokratischen Rechtsstaates. Dieses Resultat ist aber vielmehr ein Reflex der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft. Bezweckt die Staatsanwaltschaft eine Beeinflussung der gesellschaftlichen Meinungsbildung, so überschreitet sie ihren Aufgabenbereich und stößt an die Grenzen des Art. 20 Abs. 3 GG. Damit verliert sie dann wohl auch das Privileg, die „objektivste“ Behörde der Welt zu sein.

¹⁰⁹ BVerfG NStZ 2004, 447; *Beulke* (Fn. 6), Rn. 321.

¹¹⁰ BVerfG NStZ 2004, 447.

¹¹¹ *Beulke* (Fn. 6), Rn. 328; *Lehr*, NStZ 2009, 409 (413).

¹¹² BVerwG NStZ 1988, 513; VG Frankfurt StV 1997, 240.

¹¹³ OLG Koblenz StV 1987, 430; OLG Stuttgart NJW 2001, 3797; *Beulke* (Fn. 6), Rn. 328; *Dalb-kermeyer* (Fn. 4), S. 195, 204 ff. *Neuling*, StV 2008, 387; *Roxin/Schünemann* (Fn. 34), § 18 Rn. 23.

¹¹⁴ BVerwGE 69, 192 (195); BVerwG NStZ 1988, 513.

¹¹⁵ *Neuling*, StV 2008, 387 (388).

¹¹⁶ So in ablehnender Haltung das BVerwG (NStZ 1988, 513 [514]).

¹¹⁷ Vgl. *Lilie* (Fn. 44), S. 359 ff.

¹¹⁸ *Neuling*, StV 2008, 387 (390); zweifelnd *Dalb-kermeyer* (Fn. 4), S. 208.

¹¹⁹ *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 4.

¹²⁰ *Schenke* (Fn. 119), Rn. 5.

¹²¹ *Schenke* (Fn. 119), Rn. 6.

¹²² *Roxin/Schünemann* (Fn. 34), § 18 Rn. 23.

¹²³ *Dalb-kermeyer* (Fn. 4), S. 233 ff.

Übungsfall: Der arglistige Anlagevermittler

Von Wiss. Mitarbeiterin **Doris Forster**, Konstanz*

Der Fall greift ein aktuell in vielen Urteilen behandeltes Problem auf: die arglistige Täuschung über das Risiko einer Kapitalanlage durch den Anlagevermittler. Thematisch wird das Verständnis des Trennungs- und Abstraktionsprinzips anhand der Anfechtung des Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfts geprüft. Dabei stellt sich u.a. die Frage der Relevanz eines Irrtums nach § 119 Abs. 2 BGB für das Verfügungsgeschäft und der Anfechtung bei einer Täuschung durch Dritte gem. § 123 Abs. 2 BGB.

Sachverhalt

Privatbankier B will Kunden dafür gewinnen, ihr Vermögen in eine Kapitalanlage seiner Bank zu investieren. Er bereitet einen Vertrag über die Investition in die Anlage vor, der eine einmalige Zahlung in Höhe von 10.000 € vorsieht.

Das Anlageobjekt ist ein höchst riskantes Aktienpaket, das maximale Gewinne verspricht. Dem Anleger wird bei ungünstiger Kursentwicklung kein Gewinn ausgeschüttet. Im schlechtesten Fall verliert er sein gesamtes Anlagekapital kompensationslos. Auf sämtliche Risiken weist B in seiner Informationsbroschüre hin.

Unterstützung erhält B von dem erfahrenen „Werbeprofi“ W. W soll für Bs Anlage werben und möglichst viele Kunden akquirieren.

Am 1.6.2010 trifft W den skeptischen Rentner R, der an gewinnversprechenden Geschäften Interesse äußert. W erklärt ihm wahrheitswidrig, dass es sich bei dem Angebot um eine „sehr sichere Geldanlage“ handle und die Rückzahlung des Einlagekapitals „in jedem Fall“ erfolge. Sogar eine jährliche Rendite von 10 % sei ihm bei der Anlage sicher.

Daraufhin geht R noch am selben Nachmittag zu B in dessen Geschäftsräume, um einen Vertrag mit B abzuschließen. Den Anlageprospekt liest sich R trotz Bs Hinweis nicht aufmerksam durch. Er unterzeichnet den Vertrag über die Investition in die Kapitalanlage. R zahlt die 10.000 € in bar an B und erhält im Gegenzug einen Inhaberschein von B. B bewahrt die eingezahlte Summe zunächst separat im Safe seiner Geschäftsräume auf.

Am 2.6.2010 berichtet bei der Senioren-Skatrunde ein Mitspieler dem R von Bs riskanter Geldanlage. Nun klärt sich alles auf. Sofort eilt R zu B und verlangt von B sein gezahltes Geld zurück. Unter diesen Umständen hätte er den Vertrag nie unterschrieben.

Frage 1: Kann R von B die Rückzahlung der von ihm gezahlten Geldscheine im Wert von 10.000 € fordern?

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Matthias Armgardt für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte an der Universität Konstanz. Die Klausur wurde als Abschlussklausur der Vorlesung Vertragsrecht I im Sommersemester 2010 gestellt.

Abwandlung

Ein Vermittlungsgespräch zwischen R und W findet nicht statt. Um sich für seine Niederlagen beim Skat zu rächen, erzählt Mitspieler M dem R wahrheitswidrig von einer „sicheren“ Kapitalanlage des B. Daraufhin begibt sich R wieder in Bs Geschäftsräume und unterzeichnet den Vertrag mit B. Er bezahlt bar und bekommt den Inhaberschein ausgehändigt. Später klärt sich der Vorgang auf. Sofort geht R zu B und will sein Geld zurück.

Frage 2: Wer ist Eigentümer der 10.000 €?

Bearbeitervermerk

Gehen Sie in Ihrem Gutachten allein auf gesetzliche Ansprüche ein. Nicht zu prüfen sind vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche. Das Gutachten erstreckt sich allein auf die Vorschriften des BGB. Falls Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht geprüft werden, ist die Prüfung auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu beschränken.

Lösungsvorschlag

Ausgangsfall

Anspruch R gegen B auf Rückzahlung der eingezahlten 10.000 €.

Hinweis: Aufgrund des Bearbeitervermerks sind mögliche vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche nicht zu prüfen. Ohne die einschränkende Aufgabenstellung wäre ein vorvertraglicher Schadensersatzanspruch nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB gerichtet auf Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB in Form der Auflösung des Vertrags und Rückzahlung des Geldes, zu erörtern gewesen.

I. Anspruch aus § 985 BGB

R könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der eingezahlten Geldscheine im Wert von 10.000 € nach § 985 BGB haben. Dies setzt voraus, dass R Eigentümer der Geldscheine und B deren Besitzer ist, ohne ein Recht zum Besitz zu haben. Zunächst müsste aber ein tauglicher Vindikationsgegenstand, also eine Sache im Sinne von § 90 BGB vorliegen.

1. Sache

R verlangt von B die Herausgabe der von ihm bezahlten Geldscheine (Geldsachvindikation). Dabei handelt es sich um körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB.

Hinweis: Verlangte R die bloße Zahlung im Wert von 10.000 €, ohne den Anspruch näher zu konkretisieren, handelte es sich um eine sog. Geldwertvindikation. Dann wäre der Anspruch nach h.M. mangels eines körperlichen Gegenstandes zu verneinen.¹

¹ Vgl. Strohe, JuS 2002, 858.

2. Besitz des B

Nach § 854 BGB ist Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt. B verwahrt die eingezahlte Summe im Safe seiner Geschäftsräume. Somit übt er die Sachherrschaft darüber aus.

3. Eigentümer R

R müsste Eigentümer der Geldscheine sein. Nach der allgemeinen Rechtsfortdauervermutung ist anknüpfend an die Vermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB vom ursprünglichen Eigentum des R auszugehen.²

a) Eigentumserwerb des B nach § 948 Abs. 1 BGB

B könnte das Eigentum an den Geldscheinen kraft Gesetzes nach § 948 Abs. 1 BGB erworben haben, wenn Rs Geldscheine mit denen Bs untrennbar vermengt wurden. Die Geldscheine werden jedoch separat in Bs Safe aufbewahrt. Folglich scheidet eine Vermengung aus.

b) Eigentumsübertragung an B nach § 929 S. 1 BGB

Möglich wäre ein Eigentumsverlust durch Übertragung des Eigentums nach § 929 S. 1 BGB an B.

aa) Einigung

In der Übergabe des Geldes könnte konkludent der Wille zur Übertragung des Eigentums von R an B geäußert worden sein, §§ 133, 157 BGB.³ R bezweckte mit der Zahlung seine Pflichterfüllung aus dem Vertrag. Sein Wille richtete sich auch auf die Verschaffung des Eigentums daran. B nahm dieses Angebot konkludent mit der Entgegennahme der Geldscheine an. Eine Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB liegt vor.

bb) Übergabe

Indem R die 10.000 € an B zahlte, verlor er die tatsächliche Sachherrschaft und R erwarb daran den Besitz. Eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB erfolgte.

cc) Berechtigung des R

Als Rechtsinhaber war R Verfügungsberechtigter.

dd) Zwischenergebnis

B wurde neuer Eigentümer der eingezahlten Geldscheine im Wert von 10 000 €.

c) Nichtigkeit ex-tunc der Einigung nach § 142 Abs. 1 BGB

Die Einigung nach § 929 S. 1 BGB könnte aber nach § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend nichtig sein. In diesem Fall würde das Eigentum bei R verbleiben.

aa) Anwendbarkeit

Anfechtbar sind grundsätzlich nur Rechtsgeschäfte. Im Rahmen des Eigentumsübergangs nach § 929 S. 1 BGB schlossen B und R einen dinglichen Vertrag. Die Vorschriften der Anfechtung sind anwendbar.

bb) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1, 2 BGB

R müsste gegenüber dem Anfechtungsgegner, nach § 143 Abs. 2 Alt. 1 BGB sein Vertragspartner B, die Anfechtung erklärt haben. R machte deutlich, dass er sich aufgrund der Fehlinformation nicht mehr an den Vertrag gebunden sieht. Eine Anfechtungserklärung liegt vor, §§ 133, 157 BGB.⁴

cc) Anfechtungsgrund

Die Einigung kann nur aus einem der gesetzlich vorgesehenen Gründe angefochten werden.

(1) § 119 Abs. 2 BGB – Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaft einer Sache

R könnte sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstands irren, indem er davon ausging, eine „sichere Geldanlage“ zu erwerben, obwohl er Teilnehmer eines riskanten Aktiengeschäfts wurde. Das Ergebnis kann an dieser Stelle aber offen bleiben, wenn dieser Irrtum keine Auswirkung auf die Einigung nach § 929 S. 1 BGB hat. Ein Irrtum über die Sicherheit der Geldanlage bezieht sich primär auf das Verpflichtungsgeschäft. Inhalt der Einigung nach § 929 S. 1 BGB ist lediglich die auf einen bestimmten Verfügungsgegenstand bezogene Herbeiführung der Verfügungswirkung. Für die Erklärung der Eigentumsübertragung ist der Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts hinsichtlich der Eigenschaften des Vertragsgegenstands also nicht maßgeblich. Der Wille des R zur Eigentumsübertragung wurde folglich irrtumsfrei gebildet.⁵

Einer anderen Ansicht zufolge ist ein Irrtum nach § 119 Abs. 2 BGB hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts auch für das Verfügungsgeschäft beachtlich, wenn beide Geschäfte in einem Willensakt zusammenfallen.⁶ Busche fordert einschränkend die Kausalität des Anfechtungsgrundes für das Verfügungsgeschäft.⁷ Eine weitere Meinung, begründet von Flume, bejaht grundsätzlich die Erstreckung des Eigenschaftsirrums auf das Verfügungsgeschäft, indem die Eigenschaft des zu übereignenden Gegenstands auch als Inhalt der dinglichen Willenserklärung betrachtet wird. Da sich aus dem Kausalgeschäft der Sinn der Übereignung ergebe, stehe diese Ansicht der abstrakten Natur der Verfügung nicht entgegen.⁸

⁴ Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl. 2007, § 25 Rn. 18.

⁵ Grigoleit, AcP 199 (1999), 379 f.; Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, Einl v. § 854 Rn. 13.

⁶ RGZ 66, 385 (390); Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 138.

⁷ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 142 Rn. 15.

⁸ Flume, Eigenschaftsirrtrum und Kauf, 1975, S. 11 ff, 83 ff.

² Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 1006 Rn. 25.

³ Oechsler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 929 Rn. 27.

Dieser Lösungsansatz ist unpräzise. Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft kann zwar bei der Abgabe der Willenserklärung für das Verfügungsgeschäft noch fort-dauern, doch ist dessen rechtliche Bedeutung für die Willenserklärung zur Übertragung des Eigentums keinesfalls selbstverständlich. Die Vorstellungen der Vertragsparteien bei der Übertragung des Eigentums sind unabhängig von den Vorstellungen über das Verpflichtungsgeschäft.⁹ Auch wenn R hier einen Vertrag über eine „sichere“ Kapitalanlage unterzeichnet hätte, so bestünde seine Pflicht zur Übertragung des Eigentums weiter fort. Folglich erstreckt sich der Irrtum nicht auf die Einigung nach § 929 S. 1 BGB. Somit ist die dingliche Einigung nicht aufgrund § 119 Abs. 2 BGB anfechtbar.

(2) § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB – Arglistige Täuschung durch B

Im Fall einer arglistigen Täuschung durch B ist R nach § 123 Abs. 1 BGB zur Anfechtung berechtigt. Dieser Anfechtungsgrund schlägt anders als § 119 Abs. 1 und 2 BGB regelmäßig vom Verpflichtungs- auf das Verfügungsgeschäft durch, was nicht allein mit der Kausalität der Täuschung für das Verfügungsgeschäft, sondern auch mit der verminderten Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu begründen ist.¹⁰

B könnte R getäuscht haben. Eine Täuschung ist die bewusste Vorspiegelung, Entstellung oder das Verschweigen von Tatsachen zum Zwecke der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums. Indem R sich falsche Vorstellungen über die Sicherheit und Rentabilität der Geldanlage machte, irrte er.

Eine Täuschungshandlung seitens des B durch eine aktive Handlung ist nicht ersichtlich. Eine Täuschung durch Unterlassen kommt nur im Falle einer rechtlichen Pflicht zur Aufklärung in Betracht. Eine Aufklärungspflicht kann insbesondere bei einem Informationsvorsprung einer Vertragspartei bestehen.¹¹

Der Privatbankier B weist aufgrund seines Fachwissens hinsichtlich von Kapitalanlagen einen Wissensvorsprung gegenüber dem unerfahrenen R auf. Aufgrund des rechtlich gebotenen Kapitalanlegerschutzes muss auf dessen vollständige und wahrheitsgemäße Aufklärung hingewirkt werden. Dabei sind sämtliche für die Entscheidung relevanten Informationen zu übermitteln.¹² B stellte R einen vollständigen und inhaltlich richtigen Prospekt zur Verfügung und wies R darauf hin. Dass R diesen nicht aufmerksam durchlas, fällt in seinen Verantwortungsbereich. Somit kam B seiner Aufklärungspflicht nach. Im Ergebnis scheidet eine Täuschung durch Unterlassen des B aus.

Ferner ist eine Anfechtung aufgrund einer Täuschung durch W zu prüfen. W machte gegenüber R bewusst falsche Angaben über die Geldanlage. War W Dritter i.S.d. § 123

Abs. 2 BGB, so wäre Bs Kenntnis Voraussetzung für die Anfechtung. Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB ist jedoch nur der am Geschäft Unbeteiligte, der unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dem Kreis des Erklärungsempfängers zuzurechnen ist.¹³ Wer auf Seiten des Erklärungsempfängers steht und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrags mitwirkt, ist nicht Dritter.¹⁴ W tritt als Bs Vermittler auf, um Kunden für ihn anzuwerben. Da er allein Bs Interessen wahrnimmt, steht W in Bs „Lager“. Auch der Schutzzweck des § 123 BGB fordert eine enge Auslegung des Begriffs des Dritten, um die Möglichkeit der Anfechtung nicht zu stark zu begrenzen.¹⁵ Somit ist die Eigenschaft Ws als Dritter zu verneinen. Ws Täuschung wird B als eigene zugerechnet.¹⁶

R schloss das Geschäft aufgrund Ws Fehlinformation ab. Die Täuschung war *conditio sine qua non* für den Abschluss. W erkannte und billigte, dass R das Geschäft unter Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht abgeschlossen hätte. Er handelte vorsätzlich. Sein Verhalten war widerrechtlich.

dd) Anfechtungsfrist, § 124 BGB

Der Beginn der Frist fällt nach § 124 Abs. 2 BGB auf den Zeitpunkt der Entdeckung der Täuschung. Da R noch am Tag der Entdeckung der Täuschung gegenüber B die Anfechtung erklärte, wurde die einjährige Anfechtungsfrist nach § 124 BGB gewahrt.

ee) Zwischenergebnis

Die Einigung nach § 929 S. 1 BGB zwischen B und R auf Übertragung des Eigentums am Geld ist nach § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend nichtig. Folglich ist R Eigentümer geblieben.

ff) Recht zum Besitz, § 986 BGB

Der Anspruch auf Herausgabe der eingezahlten Geldscheine könnte aber an einem Besitzrecht des B nach § 986 BGB scheitern. Der zwischen B und R abgeschlossene Vertrag könnte B ein Besitzrecht verleihen.¹⁷

(1) Wirksamer Vertragsschluss

R und B haben einen Vertrag über die Investition in Bs Kapitalanlage abgeschlossen.

Hinweis: Bei dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft kann es sich um einen Rechtskauf nach §§ 457, 433 BGB oder eine entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB in Form eines Investmentvertrags handeln. Dies muss in einer Anfängerklausur nicht vertieft werden.

⁹ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 197-198.

¹⁰ Grigoleit, AcP 199 (1999), 379 (404); Bassenge (Fn. 5), Einl v § 854 Rn. 13.

¹¹ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 123 Rn. 5.

¹² BGH NJW 1981, 1449 (1450); BGH NJW 1982, 1095 (1095).

¹³ Mot. I 206; Singer/von Finckenstein, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 123 Rn. 46.

¹⁴ BGH NJW 2001, 358 (358); NJW 1990, 1661 (1662).

¹⁵ Rütters/Stadler (Fn. 4), § 25 Rn. 81; Ellenberger (Fn. 11), § 123 Rn. 13.

¹⁶ Schubert, AcP 168 (1968), 470 (471, 475); Singer/von Finckenstein (Fn. 13), § 123 Rn. 47.

¹⁷ Bassenge (Fn. 5), § 986 Rn. 4.

(2) Nichtigkeit

Der Vertrag könnte aber aufgrund der wirksamen Anfechtung ex-tunc nichtig sein, § 142 Abs. 1 BGB. R erklärte gegenüber B konkludent die Anfechtung, § 143 Abs. 1, 2 BGB. Ws Täuschung erfasst das Verpflichtungsgeschäft (s.o.). Bei § 123 BGB liegt folglich Fehleridentität vor. Die Jahresfrist nach § 124 Abs. 1, 2 BGB wurde eingehalten.

Zu untersuchen ist ferner, ob die Anfechtung auf § 119 Abs. 2 BGB gestützt werden kann. Die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB wird aber nach h.M. aufgrund der Spezialität des Mängelgewährleistungsrechts nach Gefahrübergang abgelehnt.¹⁸ Beim Erwerb von Wertpapieren geht die Gefahr mit Übergabe der Papiere über.¹⁹ R wurde der Inhaberschein nach Vertragsschluss übergeben. Folglich ist der Gefahrübergang zu bejahen. Die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB scheidet aus.

Das Verpflichtungsgeschäft ist aufgrund § 123 BGB nichtig. B hat kein Recht zum Besitz.

4. Ergebnis

R kann von B die Herausgabe des Geldes nach § 985 BGB verlangen.

II. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

R könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Geldscheine (10.000 €) aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

1. Etwas erlangt

B hat Besitz am Geld erlangt. Eigentum daran hat er aufgrund der wirksamen Anfechtung nicht erworben.

2. Durch Leistung

Unter Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen. R wollte seine Pflicht aus dem Vertrag erfüllen. Folglich mehrte er bewusst und zweckgerichtet Bs Vermögen.

3. Ohne Rechtsgrund

Als Rechtsgrund für die Zahlung an B kommt der zwischen B und R geschlossene Vertrag in Betracht. Dieser ist wie gezeigt nach § 142 Abs. 1 BGB ex-tunc nichtig.

4. Herausgabe

Nach § 818 Abs. 1 BGB sind außerdem gezogene Nutzungen wie Zinsen herauszugeben.²⁰ Da B die Geldscheine in seinem Safe aufbewahrte wurden keine Nutzungen gezogen.

5. Ergebnis

Somit hat R gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Abwandlung

Zu untersuchen ist, wer Eigentümer der eingezahlten Geldscheine im Wert von 10.000 € ist. Ursprünglich war R Eigentümer.

I. Eigentumsübertragung an B nach § 929 S. 1 BGB

R hat das Eigentum nach § 929 S. 1 BGB an B übertragen (s.o.).

II. Nichtigkeit der Einigung nach § 142 Abs. 1 BGB

Die Einigungserklärung könnte nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig sein.

1. Anfechtungserklärung § 143 Abs. 1, 2 BGB

R fordert B zur Rückgabe der eingezahlten Geldscheine auf. Dadurch erklärte er konkludent die Anfechtung der dinglichen Einigung gegenüber seinem Anfechtungsgegner.

*2. Anfechtungsgrund**a) § 119 Abs. 2 BGB – Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaft*

Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft bezieht sich nur auf das Verpflichtungsgeschäft. Mangels Fehleridentität scheidet § 119 Abs. 2 BGB als Anfechtungsgrund aus.²¹

b) § 123 Abs. 1, 2 BGB – Arglistige Täuschung

Die Einigung über die Übertragung des Eigentums könnte aber nach § 123 Abs. 1 BGB anfechtbar sein.

aa) Täuschung durch Unterlassen des B

Zwar unterlag B einer Aufklärungspflicht, doch hat er diese nicht verletzt (s.o.).

bb) Täuschung durch den Dritten M

M behauptete gegenüber R wahrheitswidrig, es handle sich bei Bs Geldanlage um eine „sichere“ Investition. Zwar wird der Begriff des Dritten eng ausgelegt, doch ist Ms Erklärung in keiner Hinsicht B zuzurechnen. Eine Interessenwahrnehmung des B durch M ist zu verneinen. M ist Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB.

cc) Kenntnis des B

Bei der Täuschung durch einen Dritten ist für die wirksame Anfechtung die diesbezügliche Kenntnis des Vertragspartners erforderlich, § 123 Abs. 2 BGB. Ohne diese Voraussetzung wären dessen Schutz und die Verkehrssicherheit zu stark eingeschränkt.²² B weiß nichts von der Täuschung durch M. Folglich ist § 123 Abs. 2 BGB zu verneinen. Ein Anfechtungsgrund fehlt.

¹⁸ Staudinger/Ewert, JA 2010, 241 (245); a.A. Staub, in: HGB Großkommentar, 4. Aufl. 1995, Vor § 22 Rn. 53.

¹⁹ Fleckner, WM 2009, 2064 (2064).

²⁰ OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1610 (1612).

²¹ S.o. unter I. 3. c) cc) (1).

²² Kramer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 123 Rn. 1.

dd) Zwischenergebnis

Die Einigung nach § 929 S. 1 BGB zwischen B und R auf Übertragung des Geldes wurde von R nicht wirksam angefochten.

III. Ergebnis

Folglich ist B neuer Eigentümer der eingezahlten Geldscheine.

Übungsfall: Verfolgungsfahrt im Dienstwagen

Von Dr. Robert Horn, Frankfurt a.M.*

Der Fall betrifft – eingebettet in den Regress des Sozialversicherungsträgers aufgrund nach § 116 Abs. 1 SGB X übergegangener Ansprüche – verschiedene zivilrechtliche Haftungsprobleme sowie Fragen des Haftungsausschlusses im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung nach SGB VII. Das Niveau entspricht dem einer Examensklausur.

Sachverhalt

A ist als Monteur im Außendienst bei der S-GmbH beschäftigt und gesetzlich unfallversichert. Er fährt mit einem Firmenwagen, der ihm auch zur privaten Nutzung überlassen ist, von seiner Wohnung zu seiner Arbeitsstätte. Auf dem Weg dorthin unterbricht A die Fahrt und macht an seinem auf dem Weg zur Arbeit liegenden Stammkiosk des W Halt, um sich mit Getränken zu versorgen. Plötzlich dringt der mit einer Pistole bewaffnete R in den Innenraum des Kiosk ein und verlangt vom Betreiber das vorhandene Bargeld heraus. Als R das Geld einsteckt, hält A die Gelegenheit für günstig und stürzt sich auf R, der in den Raum feuert und A mit einem Streifschuss trifft, wobei dieser nur leicht verletzt wird. R flieht mit einem Motorrad. A nimmt die Verfolgung des R mit dem Firmenfahrzeug auf, um R festzunehmen.

Als A mit hoher Geschwindigkeit dem R folgt, wobei er alle Geschwindigkeitsbeschränkungen ignoriert, versagen in einer Kurve die Bremsen des Firmenwagens aufgrund unzureichender Wartung durch den Mitarbeiter M der firmeneigenen Fahrzeugwerkstatt.

A erleidet einen Unfall, wobei er sich einen komplizierten Schienbeinbruch sowie mehrere leichte Verletzungen zuzieht. Die Folgen der Beinfraktur können nur durch eine Reihe von Operationen behoben werden.

Bearbeitervermerk: Bestehen Regressansprüche des Unfallversicherungsträgers, der Leistungen in gesetzlichem Umfang erbracht hat?

Aufbauhinweis

Regelmäßig wird in den methodischen Hinweisen zur Falllösung im Zivilrecht empfohlen, vertragliche vor deliktischen Anspruchsgrundlagen zu prüfen. Davon sollte im vorliegenden Fall abgewichen werden. Ausgehend vom Sachverhalt ist zu fragen, wie die dort mitgeteilten Tatsachen rechtlich einzuordnen sind, d.h. welchem materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis der geschilderte Lebensvorgang entspricht. Hier ist R die tat- und handlungsnächste Person. Gegen ihn kommen vertragliche Ansprüche offensichtlich nicht in Betracht, so dass mit deliktischen Ansprüchen A gegen R zu beginnen ist.

* Der Verf. ist Richter als weiterer aufsichtführender Richter am Sozialgericht Frankfurt a.M. und Kommissionsvorsitzender in der staatlichen Pflichtfachprüfung.

Gliederung

Ansprüche des Unfallversicherungsträgers aus übergegangenem Recht gem. § 116 Abs. 1 SGB X

I. Bestehen von Ansprüchen des Versicherten

1. Schadensersatzansprüche des A nach §§ 823 ff. BGB
 - a) Anspruch gegen R aus § 823 Abs. 1 BGB
 - aa) Körper- und Gesundheitsverletzung
 - bb) Verletzungshandlung
 - cc) Kausalität und Zurechnung
Problem: Zurechnung in Verfolgungsfällen
 - dd) Rechtswidrigkeit
 - ee) Verschulden
 - ff) Ergebnis
 - b) Anspruch gegen M aus § 823 Abs. 1 BGB
 - aa) Körper- und Gesundheitsverletzung
 - bb) Verletzungshandlung
 - cc) Kausalität und Zurechnung
 - dd) Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht
Problem: Verkehrssicherungspflicht des Arbeitnehmers
 - ee) Schutzbereich der Verkehrssicherungspflicht
 - ff) Rechtswidrigkeit
 - gg) Verschulden
 - hh) Haftungsausschluss, § 105 Abs. 1 SGB VII
 - ii) Ergebnis
 - c) Haftung der S-GmbH nach § 831 Abs. 1 BGB
2. Schadensersatzanspruch nach § 7 Abs. 1 StVG
3. Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung
 - a) Anspruch gegen die S-GmbH aus §§ 280 Abs. 1, 618 Abs. 1, 278 BGB
 - aa) Schuldverhältnis
 - bb) Pflichtverletzung
 - cc) Kausalität und Zurechnung des Schadens
Problem: Private Nutzung eines Firmenfahrzeugs vom Schutzzweck des § 618 Abs. 1 BGB erfasst?
 - dd) Vertretenmüssen
 - ee) Haftungsausschluss, § 104 Abs. 1 SGB VII
 - ff) Ergebnis
 - b) Anspruch gegen die S-GmbH aus §§ 280 Abs. 1, 618 Abs. 1, 328 Abs. 1 BGB

II. Gesamtergebnis

III. Übergang der Ansprüche nach § 116 Abs. 1 SGB X

1. Sachliche Kongruenz
2. Zeitliche Kongruenz

Lösung**Ansprüche des Unfallversicherungsträgers aus übergegangenem Recht gem. § 116 Abs. 1 SGB X**

Die zuständige Berufsgenossenschaft als Trägerin der Arbeitnehmer-Unfallversicherung¹ hat möglicherweise Regressansprüche wegen der von ihr zu erbringenden Leistungen aus auf sie übergegangenen Schadensersatzansprüchen des A gegen Dritte, die für die von A erlittenen gesundheitlichen Schäden – zivilrechtlich – haften. Einzige in Betracht kommende Rechtsgrundlage für den Anspruchsübergang ist § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X. Danach gehen privatrechtliche Schadensersatzforderungen im Wege einer Legalzession auf den Versicherungsträger über; es handelt sich insoweit um einen abgeleiteten, keinen originären Anspruch.²

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des A durch die Berufsgenossenschaft setzt voraus, dass solche Ansprüche zu Gunsten des A entstanden und wegen sachlicher sowie zeitlicher Kongruenz mit den zu erbringenden Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung auf den Versicherungsträger übergegangen sind.

I. Bestehen von Ansprüchen des Versicherten (A)*1. Schadensersatzansprüche nach §§ 823 ff. BGB**a) Anspruch gegen R aus § 823 Abs. 1 BGB*

A kann gegen R einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB haben, wenn R durch seine Flucht zurechenbar und schuldhaft die Körper- und Gesundheitsverletzungen des A verursacht hat.

aa) Körper- und Gesundheitsverletzung

A hat sich bei dem Unfall einen komplizierten Schienbeinbruch zugezogen. Die erforderliche Rechtsgutverletzung liegt damit vor.

bb) Verletzungshandlung

Dem R wird die Verletzung eines Rechtsgutes des A dann zugerechnet, wenn sie auf seinem Handeln beruht. Das Handeln umfasst das positive Tun und das – pflichtwidrige – Unterlassen, das zu einer nachteiligen Beeinträchtigung führt.³ Eine solche Handlung liegt hier in der Flucht des R mit einem Motorrad bei überhöhter Geschwindigkeit.

cc) Kausalität und Zurechnung

Die Gesundheitsbeeinträchtigungen des A müssen durch das Verhalten des R auch kausal und zurechenbar verursacht worden sein.

R ist auf dem Motorrad geflohen und hat dadurch den A veranlasst, ihn zu verfolgen, so dass das Handeln des R für die bei dieser Verfolgung eingetretene Körperverletzung kausal wurde. Seine Flucht ist eine *conditio sine qua non* für

die Körperverletzung. Somit ist die Flucht des R kausal im Sinne der Äquivalenztheorie⁴ für die Verletzungen des A.

Da vom Standpunkt des optimalen Beobachters die Flucht nach der Lebenserfahrung generell geeignet war, den A zur Verfolgung zu veranlassen und dessen Verletzung herbeizuführen, hat R die Körperverletzung adäquat kausal verursacht.⁵ Des Weiteren muss der durch das schädigende Ereignis eingetretene Verletzungserfolg vom Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB erfasst werden. Grundsätzlich reicht es zur Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit zwar aus, dass die Rechtsgutverletzung adäquat kausal auf dem Handeln des Anspruchsgegners beruht. Es ist aber nicht in jedem Fall sachgerecht, allein aufgrund dieser adäquaten Kausalität dem Anspruchsgegner die Rechtsgutverletzung zuzurechnen. Der Schaden ist hier nicht unmittelbar durch eine Handlung des Schädigers – die Flucht – verursacht worden, sondern nur mittelbar. Ohne die hinzutretende Verfolgungshandlung wäre der Erfolg nicht eingetreten. Da alle mit der Rechtsverletzung im inneren Zusammenhang stehenden Nachteile auszugleichen sind, deren Eintritt nach dem Sinn und Zweck der haftungsbegründenden Norm verhindert werden soll, sind grundsätzlich auch die mittelbaren Schäden auszugleichen. Die Haftung des Anspruchsgegners kann allerdings dann unbillig sein, wenn der Anspruchsteller selbst die Verletzungshandlung unmittelbar vorgenommen hat und der Anspruchsgegner nur mittelbar, wenn auch adäquat kausal, daran beteiligt war.

A hat die Verfolgung aufgrund eines frei gefassten und selbständigen Entschlusses aufgenommen. Somit hätte allein die Flucht des R die Verletzung bei A nicht herbeigeführt. Fraglich ist daher, ob dem R die Verletzung des A nur wegen der adäquaten Kausalität zuzurechnen ist.

Nach allgemeiner Meinung kann in den so genannten Verfolgungsfällen⁶ die objektive Zurechnung nur aufgrund einer weiteren wertenden Betrachtung erfolgen. Im Einzelnen gilt dafür:

Der Verfolgte muss den Verfolgenden zum Eingreifen geradezu herausgefordert haben,⁷ d.h. für ihn erkennbar durch seine Flucht ohne Notwendigkeit in zurechenbarer Weise eine Lage erhöhter Verletzungsgefahr für den Verfolger geschaffen haben, in dem er die mit dem Gesetz in Einklang stehende Verfolgung durch den Verfolger herausforderte, obwohl er die nicht unerhebliche Gefährdung voraussehen und vermeiden konnte.⁸ Der Verfolger muss sich zu seiner Reaktion herausgefordert fühlen dürfen.⁹ Er muss durch die im Ansatz billigenwertige hervorgerufene Motivation¹⁰ an-

⁴ Vgl. hierzu: *Körber/Effer-Uhe*, JuS 2006, 1003 (1005); *Eleftheriadou*, JuS 2009, 434 (439).

⁵ Vgl. *Körber/Effer-Uhe*, 1003 (1005); *Eleftheriadou*, JuS 2009, 434 (439).

⁶ *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 94 m.w.N.

⁷ BGH NJW 1996, 1533; NJW 1995, 452; s.a. *Hübner*, JuS 1974, 496.

⁸ BGH NJW 1996, 1533; NJW 1971, 1980.

⁹ BGH NJW 1996, 1533; NJW 1971, 1980.

¹⁰ BGH NJW 1996, 1533; NJW 1971, 1980.

¹ Ansprüche der für A zuständigen Krankenkasse entfallen wegen § 11 Abs. 5 SGB V.

² *Fuchs*, Zivilrecht und Sozialrecht, 1992, S. 182.

³ *Spindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 18, Stand: 1.10.2007, § 823 Rn. 6.

nehmen können, er sei zum Handeln verpflichtet oder er handle wenigstens in Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Des Weiteren muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein, d.h. zwischen dem Zweck der Verfolgung und deren erkennbaren Risiken muss ein angemessenes Verhältnis bestehen.¹¹

Schließlich muss die Rechtsgutverletzung durch die mit der Verfolgung verbundenen Risiken eingetreten sein. Verwirklicht sich dagegen bei der Verfolgung nur das allgemeine Lebensrisiko, so wird die Handlung dem mittelbaren Verursacher nicht zugerechnet.¹²

Auf den Fall bezogen heißt das, dass R durch sein Verhalten bei A eine billigenswerte Motivationslage hervorgerufen haben muss. Die billigenswerte Motivationslage ist in den begangenen Straftaten der räuberischen Erpressung gem. §§ 253, 255 StGB zum Nachteil des W und der vorsätzlichen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB zum Nachteil des A zu sehen. Wegen dieser Straftaten liegen auch die Voraussetzungen für das jedermann und somit auch A zustehende Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 S.1 StPO vor. Die Rechtsprechung hat eine billigenswerte Motivationslage für den Fall anerkannt, dass sich Polizeibeamte zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben zu einer Verfolgung herausgefordert fühlen und zu Schaden kommen.¹³ Für die jedermann zustehende Festnahmebefugnis nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gilt nichts anderes angesichts der gesetzgeberischen Wertung, Verfolgern von Straftätern im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. c SGB VII für Gesundheitsschäden und nach § 13 SGB VII darüber hinaus sogar für Sachschäden Ersatz zu leisten. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll sonst in der gesetzlichen Unfallversicherung ausgeschlossener Sachschadens- und Aufwendungsersatz den im Gesetz genannten Helfern wegen ihres besonderen uneigennütigen Einsatzes zugestanden werden.¹⁴ Danach durfte sich A zur Verfolgung des R herausgefordert fühlen.

Fraglich ist, ob auch ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Zweck der Verfolgung und deren erkennbaren Risiken gewahrt ist. Hierbei sind alle Umstände zu berücksichtigen.¹⁵

Im vorliegenden Fall war die Verfolgung für A zwar gefährlich, gleichwohl folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht, dass jedes gefährliche Verhalten des Verfolgers allein wegen seiner Gefahren eine Zurechnung ausschließt. Ein derartiges „Alles-oder-Nichts“-Prinzip ließe keinen Raum für eine Abwägung nach § 254 BGB, sondern würde vielmehr eine differenzierende Abwägung erschweren oder sogar verhindern. Somit bestand hier zwischen dem Risiko eines Unfalls und dem Zweck der Verfolgung bei sehr hoher Geschwindigkeit angesichts der Schwere der dem R zu Last fallenden Delikte kein Missverhältnis. R musste damit

rechnen, dass ihm A mit dem Firmenwagen folgen würde. Es fehlen hier auch schutzwürdige Interessen des R an seiner Flucht. Nach den gegebenen Umständen steht das Risiko der Verfolgung nicht außer Verhältnis zu seinem Zweck.

Fraglich ist allerdings, ob sich der Schadenseintritt nicht deswegen dem persönlichen Lebensbereich des A – und nicht dem Handeln des R – zuordnen lässt, weil A ein wegen der mangelhaft gewarteten Bremsen nicht voll funktionstüchtiges Fahrzeug eingesetzt hat und die Ursache des Schadens damit aus seiner Sphäre herrührt. Für eine derartige Sichtweise ließe sich anführen, dass der Schaden letztlich auch bei ausschließlich privater oder dienstlicher Nutzung des Fahrzeugs durch A eingetreten wäre und es vor diesem Hintergrund zweifelhaft erscheint, dem A einen Anspruch zuzusprechen, nur weil der Unfall sich zufälligerweise während einer Verfolgungsfahrt und nicht während einer privaten oder dienstlichen Fahrt ereignet hat.

Dem ist jedoch entgegenzutreten. Das Unfallrisiko ist nicht allein deswegen dem persönlichen Lebensbereich des A zuzuordnen, weil der Unfall letztlich auf einem technischen Defekt des eingesetzten Fahrzeugs oder gar auf einem persönlichen Fehlverhalten des A beruht. Damit wird die durch das jedermann zustehende Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO veranlasste Fahrt des A nicht zur Dienst- oder Privatfahrt.

Der durch die Flucht des R mittelbar verursachte Schaden wird demgemäß vom Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB umfasst und kann dem R zugerechnet werden.

dd) Rechtswidrigkeit

Die durch die Flucht des R verursachte Körper- und Gesundheitsverletzung ist rechtswidrig.

ee) Verschulden

Hinsichtlich des Verletzungserfolgs muss R fahrlässig gehandelt haben. R hat bei seiner Flucht mit Höchstgeschwindigkeit die Regeln der StVO missachtet und damit sorgfaltpflichtwidrig gehandelt. Für R war auch vorhersehbar, dass es bei einer durch ihn provozierten Verfolgungsjagd bei hohem Tempo zu Schädigungen bei Verfolgern gerade durch die besonderen Bedingungen einer solchen Verfolgung kommen konnte. R hätte dieses Risiko vermeiden können, in dem er eine geringere Geschwindigkeit gewählt hätte. Damit hat R in Bezug auf die Verursachung der Körper- und Gesundheitsschäden des A auch fahrlässig gehandelt.

ff) Ergebnis

A hat einen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB gegen R. Dieser richtet sich auf Ersatz der Heilungskosten nach § 249 S. 2 BGB, nach § 253 Abs. 2 BGB auf angemessenes Schmerzensgeld sowie auf Ausgleich der Erwerbsnachteile nach § 842 BGB.

b) Anspruch gegen M aus § 823 Abs. 1 BGB

A könnte einen Anspruch auf Ersatz seiner Schäden aus § 823 Abs. 1 BGB haben, wenn M durch die mangelhafte Wartung der Bremsen die Körper- und Gesundheitsverlet-

¹¹ BGH NJW 1993, 2234.

¹² BGH NJW 1996, 1533.

¹³ BGH NJW 1996, 1533.

¹⁴ BGH NJW 1996, 1533.

¹⁵ Rieke, in: Leitherer, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 66. El. 2010, § 13 SGB VII Rn. 2.

zungen des A schuldhaft in zurechenbarer Weise verursacht hat.

aa) Körper- und Gesundheitsverletzungen

A hat durch den Unfall die beschriebenen Gesundheitsbeeinträchtigungen erlitten.

bb) Verletzungshandlung

Als Verhalten des M, das die Körper- und Gesundheitsverletzungen des A verursacht hat, ist das Unterlassen der ordnungsgemäßen Wartung der Bremsen des Firmenfahrzeuges zu sehen.

cc) Kausalität und Zurechnung

Durch dieses Unterlassen des M müssen die Gesundheitsbeeinträchtigungen des A in kausaler und zurechenbarer Weise verursacht worden sein.

Die Durchführung der ordnungsgemäßen Wartung der Bremsen durch den M hätte das Bremsversagen in der Kurve bei hoher Geschwindigkeit und damit die Entstehung des Schadens verhindert. Somit liegt Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie vor.

Da die Ursächlichkeit im Sinne der Bedingungstheorie nicht ausreicht, muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ursächlich im Sinne der Adäquanztheorie sind solche Bedingungen, die im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sind, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen.¹⁶ Dabei sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zum einen alle Umstände zu berücksichtigen, die für den optimalen Beobachter zum Zeitpunkt des Eintritts des Ereignisses erkennbar waren und zum anderen auch die, die dem Handelnden bekannt waren.¹⁷

Im vorliegenden Fall ist ein adäquater Kausalzusammenhang zu bejahen, denn das Unterlassen mangelfreier Wartung von Bremsen ist dem Grunde nach geeignet, deren Versagen herbeizuführen. Demzufolge ist dem M die adäquate Verursachung des schädigenden Ereignisses zuzurechnen.

Für eine endgültige Zurechnung der Schädigung reicht dies jedoch noch nicht aus. Der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB umfasst zwar auch mittelbar verursachte Schäden.¹⁸ Vorliegend sind darüber hinaus aber die Folgen des Unterlassens zu werten. Dieses Unterlassen, die Bremsen ordnungsgemäß zu warten, ist nur dann ein tatbestandsmäßiges Handeln, wenn für M eine Rechtspflicht zum Handeln bestand, denn ohne eine solche Pflicht ist das Unterlassen als solches rechtlich ohne Bedeutung.¹⁹ M muss also eine Verkehrssicherungspflicht verletzt haben, als er die Bremsen des Firmenfahrzeuges mangelhaft wartete.

dd) Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht

Zunächst muss M eine Verkehrssicherungspflicht gehabt haben. Diese Pflicht kann hier unter dem Aspekt der Übernahme einer Aufgabe²⁰ in Frage kommen. Wer eine bestimmte Aufgabe übernimmt, trägt die Verantwortung für deren ordnungsgemäße Erfüllung. Hierdurch entstehen Obhutspflichten im Hinblick auf diejenigen Rechtsgüter, die bei Nichterfüllung der Aufgabe gefährdet sind. Grundgedanke dieser Haftung ist, dass derjenige, der eine Aufgabe übernimmt, das Vertrauen erweckt, die Aufgabe ordnungsgemäß zu erfüllen.²¹

Dem M oblag die Aufgabe, als Werkstattmitarbeiter den Firmenwagen der S-GmbH zu warten. Hierdurch hat er die bestehende Verkehrssicherungspflicht der S-GmbH als Fahrzeughalterin übernommen. Damit erweckt M Vertrauen im Hinblick auf den ordnungsgemäßen Zustand des Fahrzeugs, auch seitens der S-GmbH. Denn auch der an sich Verkehrssicherungspflichtige bleibt nach der Übertragung der Aufgabe verkehrssicherungspflichtig. Seine eigene Verkehrssicherungspflicht wandelt sich in eine Überwachungspflicht um bzw. verringert sich bei Inanspruchnahme abhängig Beschäftigter, ohne sie völlig zu beseitigen.²²

Nach Auffassung des BGH besteht eine eigene Verkehrssicherungspflicht jedoch nur bei Personen, die beruflich oder im gewerblichen Leben eine gewisse selbständige Stellung erlangt haben oder ihre beruflichen oder gewerblichen Dienste der Allgemeinheit anbieten und die damit kraft ihres Berufes oder Gewerbes eine besondere Verantwortlichkeit der Allgemeinheit gegenüber übernommen haben. Wer lediglich als Arbeitnehmer den Weisungen seines Dienstherrn nachzukommen und ihm gegenüber Aufsichtspflichten zu erfüllen hat, kann danach bei mangelhafter Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht unter dem Gesichtspunkt, er habe seinen Beruf schlecht ausgeübt, von einem dadurch betroffenen Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Ansonsten würde der Anwendungsbereich der Schadensersatzvorschriften wegen unerlaubter Handlung in sachlich ungerechtfertigter und nahezu schrankenloser Weise ausgedehnt. Die außervertragliche Haftung wegen Verletzung beruflicher Verkehrssicherungspflichten sei deshalb auf Unternehmer mit einer gewissen Selbständigkeit zu begrenzen.²³

Danach entfielen eine Gefahrvermeidungspflicht des M. Das schädigende Ereignis könnte ihm nicht zugerechnet werden.

Einer solchen Sicht steht hier jedoch entgegen, dass die Übernahme der Verkehrssicherungspflicht nicht auf einer Weisung der S-GmbH, sondern auf dem Arbeitsvertrag zwischen M und der S-GmbH beruht. Hinzu kommt, dass M aufgrund seines Fachwissens eine gewisse Weisungsfreiheit genießt. Damit lässt sich aus diesem Aspekt nichts gegen die Annahme einer Verkehrssicherungspflicht des M herleiten.

¹⁶ BGH NJW 1975, 168 (169).

¹⁷ *Körper/Effer-Uhe*, JuS 2006, 1003 (1005).

¹⁸ *Körper/Effer-Uhe*, JuS 2006, 1003 (1005) unter Hinweis auf BGH NJW 1995, 126.

¹⁹ S.o. Fn. 6.

²⁰ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, BGB, § 823 Rn. 2.

²¹ Dazu *Raab*, JuS 2002, 1041 (1044).

²² *Raab*, JuS 2002, 1041 (1045).

²³ BGH NJW 1982, 2187 (2188).

Folglich hatte M die Pflicht, eine Gefährdung durch mangelhafte Fahrzeugwartung zu vermeiden.

ee) Schutzbereich der Verkehrssicherungspflicht

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass A mit der Verfolgung möglicherweise den Rahmen der von der S-GmbH vertraglich eingeräumten Nutzungsbefugnis überschritt (wobei allerdings an eine Rechtfertigung entsprechend § 904 BGB zu denken wäre). Denn der Verkehrssicherungspflichtige muss ein naheliegendes Fehlverhalten Dritter berücksichtigen²⁴. Gerade bei einem Firmenwagen liegt eine eventuelle bestimmungswidrige Nutzung nahe. Somit bestand in jedem Fall eine Verkehrssicherungspflicht, in deren Schutzbereich A einbezogen ist. Damit ist dem M die Rechtsgutverletzung zuzurechnen.

ff) Rechtswidrigkeit

Das Verhalten des M ist auch rechtswidrig.

gg) Verschulden

M muss die Verursachung der Gesundheitsbeeinträchtigungen des A auch verschuldet haben. Als Verschuldensmaßstab kommt hier Fahrlässigkeit, § 276 Abs.1 S. 1 BGB in Betracht. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Hierbei gilt ein auf die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab, weil sich im Rechtsverkehr jeder grundsätzlich darauf verlassen dürfen muss, dass der andere die für die Erfüllung seiner Pflichten erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt.²⁵ Bei einem Werkstattmitarbeiter, dessen Aufgabe darin besteht, Fahrzeuge zu warten und instand zu setzen umfasst die objektiv zu erwartende Sorgfalt eine korrekte Wartung der Bremsen. Damit liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung des M vor.

Der zu den Gesundheitsbeeinträchtigungen des A führende Kausalverlauf war für den M auch vorhersehbar. Dass mangelhaft gewartete Fahrzeuge extremen Fahrbedingungen nicht gewachsen sind, ist nicht außergewöhnlich. Schließlich war die Sorgfaltspflichtverletzung auch individuell durch eine sorgfältige Wartung der Bremsen vermeidbar, so dass M im Hinblick auf die Rechtsgutverletzung fahrlässig gehandelt hat.

hh) Haftungsausschluss gemäß § 105 Abs. 1 SGB VII

Dem Schadensersatzanspruch des A könnte § 105 Abs. 1 SGB VII entgegenstehen. Danach sind Personen, die durch eine betriebliche Tätigkeit einen Versicherungsfall von Versicherten desselben Betriebes verursachen, diesen zum Ersatz des Personenschadens nur verpflichtet, wenn sie den Versicherungsfall vorsätzlich oder auf einem nach § 8 Abs. 2 SGB VII versicherten Weg herbeigeführt haben. Der Normzweck dieser Bestimmung besteht darin, dass ein Arbeitnehmer, der durch eine betriebliche Tätigkeit einem Dritten einen Schaden zufügt, diesem zwar nach allgemeinen Grundsätzen zum

Ersatz verpflichtet ist, von seinem Arbeitgeber aber nach Maßgabe des innerbetrieblichen Schadensausgleichs Freistellung wegen dieser Ansprüche verlangen kann. Im wirtschaftlichen Ergebnis würde der Arbeitgeber dann nicht nur die Kosten des Unfallversicherungsschutzes des Geschädigten tragen (§ 150 Abs. 1 SGB VII), sondern hätte auch für den darüber hinausgehenden Schadensersatz einzustehen. Damit würde die von der gesetzlichen Unfallversicherung bezweckte Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz unterlaufen.²⁶ M hat zwar eine betriebliche Tätigkeit ausgeführt, weil die Wartung des Fahrzeugs unmittelbar dem Betriebszweck diene.²⁷

Die Anwendung des Haftungsausschlusses entfällt im vorliegenden Fall aber, weil der Versicherungsschutz für die Hilfeleistung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. c SGB VII eingreift. A hat zwar einen Arbeitsunfall im Sinne des § 8 Abs. 1 S. 1 SGB VII erlitten. Sein Versicherungsschutz ist jedoch nicht aus seiner Beschäftigung bei der S-GmbH abzuleiten, sondern nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. c SGB VII aus seiner Eigenschaft als bei der Strafverfolgung Tätiger im Rahmen der unechten Unfallversicherung. Bei einer Hilfeleistung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. c SGB VII ergibt sich die Unfallversicherung kraft Gesetzes und nicht etwa daraus, dass der Versicherte einem Unternehmen zu Hilfe kommt. Der Versicherte – hier A – leistete Hilfe im Sinne dieser Vorschrift und half somit der Allgemeinheit. Daraus resultiert, dass dieser Versicherungsschutz nicht zur Anwendung des Haftungsausschlusses gemäß § 105 Abs. 1 S. 1 SGB VII führt. A handelte nicht als Beschäftigter des Betriebs im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII, sondern setzte sich persönlich bei der Verfolgung einer Person ein, die einer Straftat verdächtig war gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. c SGB VII.

Ein Haftungsausschluss nach § 105 SGB VII zu Gunsten des M liegt nicht vor.

ii) Ergebnis

A hat einen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB gegen M. Dieser Anspruch richtet sich auf Ersatz der Heilungskosten nach § 249 S. 2 BGB, nach § 253 Abs. 2 BGB auf angemessenes Schmerzensgeld und auf Ausgleich der Erwerbsnachteile nach § 842 BGB.

c) Haftung der S-GmbH gemäß § 831 Abs. 1 BGB

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass ein Verrichtungsgehilfe gehandelt hat. Verrichtungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn in dessen Interesse tätig wird und von dessen Weisungen abhängig ist. Das Weisungsrecht braucht nicht ins Einzelne zu gehen. Ob hier wie bei dem Besitzdiener nach § 855 BGB ein soziales Abhängigkeitsverhältnis erforderlich ist, kann dahinstehen.²⁸ Erforderlich und

²⁴ BGH NJW 1987, 2510 (2511).

²⁵ BGH VersR 1982, 854 (855).

²⁶ Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 276 Rn. 15 m.w.N.

²⁷ Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, § 105 SGB VII Rn. 1 m.w.N.

²⁸ Vgl. Rolfs (Fn. 27), § 105 SGB VII Rn. 3; BGH WM 1998, 257; Sprau (Fn. 20), § 831 Rn. 5.

ausreichend ist, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden beschränken oder entziehen bzw. nach Zeit und Umfang bestimmen kann. Diese Voraussetzungen sind im Verhältnis der S-GmbH zu M gegeben.

Der Verrichtungsgehilfe muss eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung begangen haben; schuldhaftes Handeln ist nicht erforderlich.²⁹ Im vorliegenden Fall hat M den § 823 Abs. 1 BGB objektiv und rechtswidrig erfüllt, da er den Körper des A verletzt hat.

Darüber hinaus muss der Verrichtungsgehilfe in Ausführung der Verrichtung gehandelt haben. Das ist der Fall, wenn zwischen der übertragenen Verrichtung und der schädigenden Handlung ein äußerer und innerer Zusammenhang besteht.³⁰ Im vorliegenden Fall gehörten die Wartung und die Instandsetzung der Firmenfahrzeuge und damit der Bremsen des von A benutzten Fahrzeuges zu dem M übertragenen Aufgabenbereich. Auch der unmittelbare Zusammenhang zwischen Verrichtung und schädigender Verhaltensweise besteht; die mangelhafte Wartung erfolgte in Ausübung der dem M obliegenden Tätigkeit für die S-GmbH.

Die Haftung tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis führen kann, § 831 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Ersatzpflicht entfällt, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl des Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Dabei sind die an die Auswahl zu stellenden Sorgfaltsanforderungen umso höher, je größer die mit der Verrichtung verbundenen Gefahren und die damit verbundene Verantwortung sind.³¹ Die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl wird in ergänzender Auslegung des Wortlauts des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB erweitert durch eine Pflicht zur Überwachung. Dies ergibt sich daraus, dass es auf die Zuverlässigkeit des Gehilfen zur Zeit der jeweiligen konkreten Verrichtung ankommt.³²

Ist der Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB nicht geführt, so besteht ein Anspruch auch dann nicht, „wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde“, § 831 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB. Die Kausalitätsvermutung ist widerlegt durch den Nachweis, dass der Schaden auch bei Bestellung einer zuverlässigen Person und bei deren Überwachung eingetreten wäre. Dieser Nachweis ist erbracht, wenn sich der Verrichtungsgehilfe verkehrsrichtig verhalten hat; denn auch ein sorgfältig ausgesuchter und überwachter Gehilfe kann sich nicht besser als verkehrsrichtig verhalten.³³

Für eine Exkulpation ist dem Sachverhalt jedoch nichts zu entnehmen. Insoweit ist eine Haftung der S-GmbH nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB anzunehmen. A hat damit auch gegen die S-GmbH einen Schadensersatzanspruch im dargelegten Umfang.

2. Schadensersatz gegen die S-GmbH aus Gefährdungshaftung nach § 7 StVG

Die Voraussetzungen des § 7 StVG liegen vor: A ist körperlich verletzt worden. Die Vorschriften des § 7 StVG gelten aber nicht, wenn der Verletzte bei dem Betrieb des Kraftfahrzeugs tätig war (§ 8 Nr. 2 StVG). Zu diesem Personenkreis gehört in erster Linie der Fahrer³⁴ A führte das Firmenfahrzeug, so dass ein Anspruch nicht in Betracht kommt.

3. Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung

a) Anspruch gegen die S-GmbH aus §§ 280 Abs. 1, 618 Abs. 1, 278 BGB wegen mangelhafter Wartung des Firmenfahrzeugs

In Betracht kommt weiter ein Anspruch gegen die S-GmbH auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 618 Abs. 1, 278 BGB wegen mangelhafter Wartung des Firmenfahrzeugs.

aa) Schuldverhältnis

Zwischen A und der S-GmbH liegt ein Schuldverhältnis in Form eines Arbeitsvertrages nach § 611 BGB vor.

bb) Pflichtverletzung

Hier kommt eine Verletzung der Pflicht zu Schutzmaßnahmen nach § 618 Abs. 1 BGB in Frage. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitsmittel, wozu auch Fahrzeuge zählen,³⁵ so zu unterhalten, dass dem Arbeitnehmer keine Schäden entstehen. Die S-GmbH hat ihre Pflicht, den dem A zur Verfügung gestellten Firmenwagen in einem Zustand zu erhalten, in dem A keine Gefahr drohte, objektiv verletzt. Da § 618 BGB eine erfolgsbezogene Pflicht enthält, reicht es für die Feststellung der Pflichtverletzung aus, dass die S-GmbH hinter dem vertraglich Geschuldeten objektiv zurückbleibt, eine Verhaltens- oder Verschuldenszurechnung ist auf dieser Stufe nicht nötig.

cc) Kausalität und Zurechnung des Schadens

Ohne die Pflichtverletzung der S-GmbH wären die Gesundheitsbeeinträchtigungen des A nicht entstanden. Die Pflichtverletzung war somit im Sinne der Äquivalenztheorie kausal. Des Weiteren ist die Zurechnung im Sinne der Adäquanztheorie zu bejahen, weil die mangelhafte Wartung für die Entstehung eines solchen Schadens generell geeignet war.

Fraglich ist jedoch, ob auch die private Nutzung des Firmenfahrzeuges durch A vom Schutzzweck des § 618 Abs. 1 BGB erfasst ist. Die sich aus § 618 Abs. 1 BGB ergebende Pflicht ist dabei eine Teilausprägung der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern. Bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, dass der Arbeitnehmer vor Gefahren des Arbeitsmittels geschützt werden soll, weil er diesen infolge der Arbeit im Gefahrenbereich des Arbeitgebers ausgesetzt ist. Vorliegend ist das Arbeitsmittel – Firmenfahrzeug – privater Nutzung zugänglich.

²⁹ Vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 831 Rn. 14.

³⁰ *Sprau* (Fn. 20), § 831 Rn. 10.

³¹ BGH NJW 1971, 31 (32).

³² BGH VersR 1961, 330.

³³ *Sprau* (Fn. 20), § 831 Rn. 14.

³⁴ Vgl. BGH NJW 1954, 913 (914).

³⁵ *Burmann/Heß/Jahnke/Janker*, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl. 2010, § 8 Rn. 8.

Demzufolge ist die Schadenszurechnung auch bei privater Nutzung gerechtfertigt. Insbesondere bei Firmenwagen, die gerade im Rahmen einer Dienstreise auch privat genutzt werden (müssen) ist die Schadenszurechnung insoweit gerechtfertigt. Des Weiteren dürfte für die Einbeziehung der privaten Nutzung des Fahrzeugs in den Schutzbereich des § 618 Abs. 1 BGB auch die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäß §§ 611 ff. BGB sprechen.³⁶ Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist neben den §§ 617-619 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 241 Abs. 2 BGB normiert. Unter § 241 Abs. 2 BGB fällt vor allem die Schutzpflicht, d.h. die Pflicht sich bei Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Körper, Leben, Eigentum und sonstige Rechtsgüter des anderen Teils – hier des Arbeitnehmers – nicht verletzt werden.³⁷ In jedem Fall würde die allgemeine Fürsorgepflicht die S-GmbH als Arbeitgeberin verpflichten, A vor Rechtsgutsbeeinträchtigungen durch ein verkehrsunsicheres Fahrzeug zu schützen, einschließlich der Gefahren aus einer zwar nicht erlaubten, aber doch zumindest naheliegenden Nutzung.

Danach wird der konkrete Schaden vom Schutzzweck des § 618 Abs. 1 BGB erfasst.

dd) Vertretenmüssen

Wie festgestellt ist die Pflichtverletzung auf das fahrlässige Verhalten des M zurückzuführen. Dessen Verschulden in Form fahrlässigen Handelns ist der S-GmbH zuzurechnen, wenn M Erfüllungsgehilfe der S-GmbH im Sinne von § 278 BGB ist und in Erfüllung der Verbindlichkeit gehandelt hat. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Willen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis als Hilfsperson tätig wird. In Erfüllung der Verbindlichkeit handelt der Erfüllungsgehilfe, wenn seine Handlung noch in einem äußeren und inneren Zusammenhang mit der übernommenen Tätigkeit steht.³⁸

Vorliegend wurde M mit Wissen und Willen der S-GmbH tätig. Dieser ist das festgestellte Verschulden ihres Erfüllungsgehilfen M nach § 278 S. 1 BGB zuzurechnen. Demgemäß hat die S-GmbH die objektive Pflichtverletzung zu vertreten.

ee) Haftungsausschluss nach § 104 Abs. 1 SGB VII

Nach § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII sind Unternehmer den Versicherten, die für ihre Unternehmen tätig sind oder zu ihren Unternehmen in einer sonstigen die Versicherung begründenden Beziehung stehen, zum Ersatz des Personenschadens, den ein Versicherungsfall verursacht hat, verpflichtet, wenn sie den Versicherungsfall vorsätzlich oder auf einem nach § 8 Abs. 2 SGB VII versicherten Weg herbeigeführt haben.

Vom Haftungsausschluss betroffen sind Versicherte, die für das Unternehmen tätig sind, d.h. Versicherte, deren Tä-

tigkeit mit den Unternehmen in einem rechtlichen wesentlichen Zusammenhang steht und dem Unternehmen wesentlich dient.³⁹ Das ist hier jedoch nicht der Fall. Vielmehr wird der Versicherungsschutz des Verfolgers durch die Leistung der Verfolgung begründet und folgt unmittelbar aus § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. c SGB VII, wird also gerade nicht durch die Beziehung zu einem Unternehmen begründet, wie § 104 SGB VII dies voraussetzt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Hilfeleistung einem Unternehmen zugutekommt.⁴⁰ Danach entfällt hier ein Haftungsausschluss. A war nicht wegen seiner Tätigkeit nach § 2 Abs. 1 S. 1 SGB VII gesetzlich unfallversichert, sondern im Rahmen der unechten Unfallversicherung des § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. c SGB VII. Der Haftungsausschluss nach § 104 SGB VII greift vorliegend somit nicht.

ff) Ergebnis

A hat gegen die S-GmbH einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 618 Abs. 1, 278 S. 1 BGB nach §§ 249 ff. BGB. Der Anspruch richtet sich auf Ersatz der Heilungskosten nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB. Des Weiteren richtet sich der Anspruch nach § 253 Abs. 2 BGB auf angemessenes Schmerzensgeld und auf Ausgleich der Erwerbsnachteile nach § 842 BGB.

b) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 618 Abs. 1, 328 Abs. 1 BGB

Ein unmittelbarer Anspruch des A gegen die S-GmbH ist insoweit nur dann gegeben, wenn M und die S-GmbH einen Vertrag zu seinen Gunsten, also einen Vertrag zu Gunsten Dritter, abgeschlossen haben. Dann müssten sich M und die S-GmbH darüber geeinigt haben, dass der A berechtigt sein soll, die mit dem Vertragsschluss entstehenden Ansprüche geltend zu machen. Hiervon kann nicht ausgegangen werden. Der zwischen M und der S-GmbH geschlossene Arbeitsvertrag ist kein Vertrag zu Gunsten Dritter.

A könnte jedoch in den Schutzbereich des zwischen M und der S-GmbH geschlossenen Arbeitsvertrages einbezogen sein. Dafür müsste der Arbeitsvertrag zwischen M und der S-GmbH ein Vertrag mit Schutzwirkung für A sein. Im vorliegenden Fall kann indes dahinstehen, ob die Voraussetzungen der Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des Vertrages zwischen M und der S-GmbH überhaupt vorliegen. Denn es fehlt in jedem Fall an der Schutzbedürftigkeit des A. Diese ist nicht gegeben, wenn dem Dritten aus der Schädigung vertragliche Ansprüche gegen den Gläubiger des Hauptvertrages zustehen.⁴¹ A hat gegen die S-GmbH als Gläubigerin des M einen eigenen Schadensersatzanspruch. Es fehlt somit an der Schutzbedürftigkeit des A. Die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten des A liegen nicht vor.

³⁶ Putzo, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 618 Rn. 3.

³⁷ Vgl. hierzu Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 84 Rn. 1 ff.

³⁸ Heinrichs (Fn. 26), § 241 Rn. 7.

³⁹ Heinrichs (Fn. 26), § 278 Rn. 7, 20.

⁴⁰ Schmitt, in: Schmitt, SGB VII, Gesetzliche Unfallversicherung, 4. Aufl. 2009, § 104 Rn. 5.

⁴¹ BGH NJW 2006, 1592 (1593).

II. Gesamtergebnis

A hat deliktische Ansprüche gegen R aus § 823 Abs. 1 BGB sowie gegen M aus § 823 Abs. 1 BGB und die S-GmbH aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB. R, M und die S-GmbH haften nach § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner.

Außerdem hat A gegen die S-GmbH einen Schadenersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 618 Abs. 1 BGB.

III. Übergang der Ansprüche

Voraussetzung des Anspruchsübergangs ist nach § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X die sachliche und zeitliche Kongruenz von Schaden und Leistung.⁴²

1. Sachliche Kongruenz

Sachliche Kongruenz liegt vor, wenn die Sozialleistung der Behebung eines artgleichen Schadens dient.⁴³ Dies trifft zunächst für das Verhältnis der dem A zustehenden Ansprüche auf Heilbehandlung nach § 27 Abs. 1 SGB VII und den Ansprüchen auf Heilungskosten nach Deliktsrecht gegen R, die S-GmbH sowie M. Sachliche Kongruenz besteht auch in Bezug auf den Anspruch auf Verletztengeld nach §§ 45 ff. SGB VII sowie die Ansprüche nach § 842 BGB auf Ersatz des Erwerbsschadens.

Schließlich besteht sachliche Kongruenz hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 618 Abs. 1, 278 S. 1 BGB.⁴⁴ Sachliche Kongruenz besteht nicht in Bezug auf das dem A zustehende Schmerzensgeld, weil die gesetzliche Unfallversicherung kein Schmerzensgeld gewährt.

2. Zeitliche Kongruenz

Die Leistungen des Sozialversicherungsträgers müssen sich auf denselben Zeitraum beziehen, für den Schadenersatzansprüche bestehen.⁴⁵ Die Ansprüche des A auf Leistungen gegen die Berufsgenossenschaft und seine zivilrechtlichen Ansprüche beruhen auf demselben Lebenssachverhalt und gleichen die Schäden aus, die durch das schädigende Ereignis hervorgerufen wurden. Damit liegt die erforderliche zeitliche Kongruenz ebenfalls vor.

Im Ergebnis gehen die o.g. Ansprüche des A auf die Berufsgenossenschaft wegen ihrer an A erbrachten Leistungen über.

⁴² BGH NJW 1996, 2927 (2929); s.a. *Bayer*, JuS 1996, 437 (438).

⁴³ *Kater*, in: Leitherer, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Stand: 66. EL 2010, § 116 SGB X Rn. 4.

⁴⁴ *Bieresborn*, in: v. Wulffen, SGB X Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 7. Aufl. 2010, § 116 Rn. 5.

⁴⁵ *Kater* (Fn. 43), § 116 SGB X Rn. 107.

Übungsklausur: Europa ohne Grenzen

Von Prof. Dr. Josef Ruthig, Mainz

Der Fall, ein aktualisierter Originalfall aus dem 1. Juristischen Examen in Rheinland-Pfalz, beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der sog. Schleierfahndung. Darunter versteht man die Durchführung verdachtsunabhängiger Anhalte- und Sichtkontrollen im öffentlichen Verkehrsraum. Diese soll der Situation Rechnung tragen, dass Rheinland-Pfalz sich immer stärker zu einem Transitland entwickelt. Dies erfordere es, so der Gesetzgeber, die Verkehrswege und -einrichtungen stärker zu kontrollieren, um der grenzüberschreitenden, der organisierten und der Schleuserkriminalität effektiv entgegenzutreten zu können.¹ Insoweit greift der Fall die seit über einem Jahrzehnt geführte Diskussion um ihre verfassungs- und unionsrechtliche Zulässigkeit auf, die regelmäßig die Verfassungsgerichte beschäftigt.² Zusätzlich stellen sich Standardprobleme der polizei- und ordnungsrechtlichen Dogmatik (Anscheinsgefahr und Anscheinstörer) am Beispiel von Gewahrsam (§§ 14 ff. POG) und Sicherstellung (§ 22 POG) sowie des – in der obergerichtlichen Judikatur weiterhin umstrittenen – Rechtswegs für die nachträgliche Überprüfung eines Gewahrsams.

Sachverhalt

Nach Erkenntnissen des rheinland-pfälzischen Verfassungsschutzes operieren islamische Terroristen in beträchtlichem Umfang von Rheinland-Pfalz aus und kooperieren dabei zunehmend mit Gruppierungen aus Frankreich. Die nach § 78 POG örtlich zuständige Polizei führt daher auf der Grundlage von § 9a Abs. 4 POG verstärkte Verkehrskontrollen im südpfälzischen Grenzgebiet durch.

Eines Abends ist der aus Landau stammende, deutsche Staatsangehörige A auf dem Heimweg von einem Ausflug nach Straßburg. Kurz nachdem er die deutsch-französische Grenze passiert hat, wird er von der Polizei an einer solchen Kontrollstelle angehalten. Er wird gebeten, sich auszuweisen und seinen Kofferraum zu öffnen. A macht seinem Unmut lautstark Luft. Europa habe die Grenzen abgeschafft, aber die deutsche Polizei führe sich auf wie die Grenzpolizisten der früheren DDR. Er lässt jedoch die Prozedur über sich ergehen, weist sich aus und gestattet den Polizisten auch einen Blick in seinen Kofferraum und dessen Inhalt.

Nachdem Polizist P dort in einer Plastiktüte mehrere Fleischermesser entdeckt hat, die A in Straßburg gekauft hatte, fragt P den A, ob er in Kontakt zu islamischen Terroristen

stehe oder ob ihm im Grenzbereich verdächtige Personen aufgefallen seien. Da besinnt sich A, dessen Kontakte mit islamischen Ländern sich auf einen jährlichen Badeurlaub in der Südtürkei beschränken, auf seine schauspielerischen Fähigkeiten. Er gibt sich – sehr überzeugend – gegenüber P als ein führendes Mitglied der Terrororganisation Al-Kaida aus. Er komme gerade von einem konspirativen Treffen in Straßburg zurück und sei auf dem Weg nach Mainz, wo er in den nächsten Wochen einen Anschlag auf die Landesregierung durchführen werde. A wird daraufhin von der Polizei in Vorbeugegewahrsam genommen. P legt ihm Handschellen an und sperrt ihn in ein Polizeifahrzeug. Die Fleischermesser werden sichergestellt. Noch bevor A nach § 15 Abs. 1 S. 1 POG dem zuständigen Amtsrichter vorgeführt werden kann, klärt sich der Sachverhalt auf. A wird aus dem Gewahrsam entlassen und seine Messer werden ihm wieder ausgehändigt.

A möchte allerdings die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen überprüfen lassen. Die Straßensperre habe gegen seine verfassungsmäßigen Rechte sowie die Freizügigkeit des Art. 18 EGV und außerdem gegen den Schengener Grenzkodex verstoßen, der Grenzkontrollen und vergleichbare Maßnahmen zwischen den Schengen-Staaten verbiete. Außerdem könne es doch wohl nicht angehen, dass deutsche Polizisten derart leichtgläubig seien, dass sie einen unbescholtenen Bürger in Gewahrsam nähmen und auch noch seine Mitbringsel sicherstellten. Etwas mehr Humor erwarte man in der Pfalz schon.

Frage 1: Waren die polizeilichen Maßnahmen rechtmäßig?

Frage 2: Wäre eine noch in derselben Woche vor dem Verwaltungsgericht erhobene Klage des A zulässig?

Schengener Grenzkodex³

Artikel 1 Gegenstand und Grundsätze

Diese Verordnung sieht vor, dass keine Grenzkontrollen in Bezug auf Personen stattfinden, die die Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union überschreiten. Sie legt Regeln für die Grenzkontrollen in Bezug auf Personen fest, die die Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union überschreiten.

Artikel 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

1. „Binnengrenzen“
 - a) die gemeinsamen Landgrenzen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Fluss- und Binnenseegrenzen [...]
2. „Außengrenzen“ die Landgrenzen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Fluss- und Binnenseegrenzen, der Seegrenzen

¹ LT-Drs. 14/2287, S. 35. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof argumentiert ähnlich. Nach dem Abbau der Binnengrenzkontrollen durch das Schengener Abkommen habe durch die Schleierfahndung eine Auffangmaßnahme geschaffen werden sollen, die die weggefallene „Filterfunktion“ der bisherigen Grenzkontrollen aufgreift, vgl. BayVerfGH NJW 2006, 3552.

² Vgl. BayVerfGH NVwZ 2003, 1375; BayVerfGH NVwZ 2006, 1284; BayVerfGH, Entsch. v. 24.2.2010 – Vf. 7-VI-08 (juris); SächsVerfGH, SächsVBl. 2003, 247; einschränkend MVVerfG DVBl. 2000, 262.

³ Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) ABl. EG 2006 Nr. L 105/1 (Auszug).

zen und der Flughäfen sowie der Flussschifffahrts-, See- und Binnenseehäfen, soweit sie nicht Binnengrenzen sind [...]

8. „Grenzübergangsstelle“ einen von den zuständigen Behörden für das Überschreiten der Außengrenzen zugelassenen Ort des Grenzübertritts;

9. „Grenzkontrollen“ die an einer Grenze nach Maßgabe und für die Zwecke dieser Verordnung unabhängig von jedem anderen Anlass ausschließlich aufgrund des beabsichtigten oder bereits erfolgten Grenzübertritts durchgeführten Maßnahmen, die aus Grenzübertrittskontrollen und Grenzüberwachung bestehen.

Artikel 20 Überschreiten der Binnengrenzen

Die Binnengrenzen dürfen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden.

Artikel 21 Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets

Die Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen berührt nicht:

a) die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Rechts, sofern die Ausübung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat; dies gilt auch in Grenzgebieten. Im Sinne von Satz 1 darf die Ausübung der polizeilichen Befugnisse insbesondere nicht der Durchführung von Grenzübertrittskontrollen gleichgestellt werden, wenn die polizeilichen Maßnahmen

i) keine Grenzkontrollen zum Ziel haben;
 ii) auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen;
 iii) in einer Weise konzipiert sind und durchgeführt werden, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheidet;

iv) auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden;

b) die Durchführung von Sicherheitskontrollen bei Personen in See- oder Flughäfen durch die zuständigen Behörden nach Maßgabe des nationalen Rechts, die Verantwortlichen der See- oder Flughäfen oder die Beförderungsunternehmer, sofern diese Kontrollen auch bei Personen vorgenommen werden, die Reisen innerhalb des Mitgliedstaats unternehmen;

c) die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, in ihren Rechtsvorschriften die Verpflichtung zum Besitz oder Mitführen von Urkunden und Bescheinigungen vorzusehen [...]

Artikel 39 Aufhebungen

Die Artikel 2 bis 8 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 werden mit Wirkung vom 13. Oktober 2006 aufgehoben.

Artikel 40 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 13. Oktober 2006 in Kraft. [...]

Bearbeitervermerk: Andere als die im Sachverhalt genannten unionsrechtlichen Vorschriften sind nicht zu prüfen.

Lösung

I. Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen

1. Die Schleierfahndung (§ 9a Abs.4 POG)

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 9a Abs. 4 Satz 1 POG darf die Polizei Kontrollen im gesamten öffentlichen Verkehrsraum durchführen, ohne dass eine konkrete Gefahr vorliegen muss. Es ist lediglich erforderlich, dass „durch Tatsachen begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 28 Abs. 3 POG) oder zur vorbeugenden Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität oder zur Unterbindung unerlaubten Aufenthalts erforderlich ist.“ Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass die angehaltene Person in einem Zusammenhang mit diesen Verdachtsmomenten steht.

aa) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Maßnahme war formell rechtmäßig. Die Kontrollen wurden durch die hierfür zuständige Polizei durchgeführt, A wurde angehört und auch sonst sind formelle Fehler nicht ersichtlich.

bb) Materielle Rechtmäßigkeit

Wie von § 9a Abs. 4 POG gefordert, fanden die Kontrollen im öffentlichen Verkehrsraum statt. Es gab Anhaltspunkte, d.h. nachprüfbar Tatsachen, dass die Kontrolle im südpfälzischen Raum zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung oder grenzüberschreitender Kriminalität oder zur Unterbindung unerlaubten Aufenthalts erforderlich war. Die Polizei hatte Hinweise auf grenzüberschreitende Aktivitäten aus dem Umfeld islamischer Terroristen, aus dem Straftaten von erheblicher Bedeutung zu erwarten waren. Solche sind nach der Legaldefinition des § 28 Abs. 3 POG, auf den § 9a Abs. 4 POG verweist, unter anderem Verbrechen und Vergehen, die bandenmäßig begangen werden und geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören. Straftaten im terroristischen Umfeld sind also eindeutig erfasst. Dass die Polizei zunächst keinerlei Verdachtsmomente hatte, die auf eine Beteiligung des A an derartigen Straftaten hindeuteten, ist unerheblich, da die Vorschrift insoweit keine Verantwortlichkeit des A voraussetzt.

cc) Die von § 9a POG umfassten Maßnahmen

Die im Sachverhalt erwähnten einzelnen, von der Polizei im vorliegenden Fall getroffenen Einzelmaßnahmen sind von dieser Standardmaßnahme gedeckt. Die Polizei kann schon nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 9a Abs. 4 POG Personen anhalten, befragen, sich Ausweispapiere aushändigen lassen und mitgeführte Fahrzeuge und Sachen in Augenschein nehmen. Die Inaugenscheinnahme umfasst auch die Befugnis, sich den Kofferraum eines Pkw und (Hand-)Taschen öffnen zu lassen, um Einblick in diese zu nehmen. Sie stellt noch keine Durchsuchung dar, so dass die Maß-

nahme nicht an § 19 POG zu messen ist. Da A diese Maßnahmen „über sich ergehen“ ließ, stellte sich die Frage der Vollstreckbarkeit solcher Standardmaßnahmen bzw. der Abgrenzung von den Standardmaßnahmen nicht.⁴

b) Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Im vorliegenden Fall stellen sich nach dem Sachverhalt sowohl verfassungs- wie unionsrechtliche Fragen. Unionsrecht und nationales Recht bilden zwei getrennte Rechtskreise, die allerdings nicht unverbunden nebeneinander stehen.⁵ Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen EU-Recht und nationalem Recht erfolgt grundsätzlich durch das Unionsrecht, denn nur so lässt sich ein einheitlicher Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten sicherstellen.⁶ EuGH und BVerfG nehmen einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts an.⁷ Danach tritt im Falle der Kollision zwischen nationalem Recht und einer Norm des Unionsrechts das nationale Recht in seiner Anwendung zurück. Das bedeutet, dass die nationale Vorschrift in diesem speziellen Fall nicht angewendet wird, es bedeutet hingegen nicht, dass die nationale Vorschrift nichtig ist (kein Geltungs-, sondern Anwendungsvorrang).

aa) Unionsrechtskonformität

Fraglich ist, ob die Schleierfahndung gegen Regeln des Unionsrechts, vor allem gegen den Schengener Grenzkodex (SGK)⁸, verstößt. Grundsätzlich dürfen nach Art. 20 SGK die

Grenzen der Mitgliedstaaten an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Nach Art. 2 SGK sind Grenzkontrollen „die an einer Grenze nach Maßgabe und für die Zwecke dieser Verordnung unabhängig von jedem Anlass ausschließlich aufgrund des beabsichtigten oder bereits erfolgten Grenzübertritts durchgeführten Maßnahmen, die aus Grenzübertrittskontrollen und Grenzüberwachung bestehen“. Art. 20 SGK verbietet also zunächst Kontrollen unmittelbar an der Grenze. Art. 21 SGK lässt die Polizeibefugnisse im eigenen Hoheitsgebiet und die nationalen Regeln ausdrücklich unberührt. Danach sind auch Grenzübertrittskontrollen durch die nationale Polizei möglich, sofern diese keine Grenzkontrollen zum Ziel haben bzw. auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen, Art. 20 lit. a und b SGK. Die im vorliegenden Fall durchgeführte Schleierfahndung gem. § 9a Abs. 4 POG hatte keine Grenzkontrolle zum Ziel, sondern zielte auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität ab. Denn der rheinland-pfälzische Verfassungsschutz hatte festgestellt, dass islamische Terroristen in beträchtlichem Umfang von Rheinland-Pfalz aus arbeiten und zunehmend mit Gruppierungen aus Frankreich kooperieren. Mithin verstößt die Schleierfahndung nicht gegen Art. 20 SGK.

Auch sonstiges (primäres) Unionsrecht steht § 9a Abs. 4 POG nicht entgegen. Als solches käme das von Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a, Art. 21 AEUV umfasste Recht auf Freizügigkeit in Betracht. Danach darf sich – unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung, wie sie die Marktfreiheiten voraussetzen – jeder Unionsbürger im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten. Auf dieses Recht können sich allerdings nach der – freilich im deutschen Schrifttum keineswegs unumstrittenen – Rechtsprechung des EuGH die Unionsbürger nicht gegenüber ihrem eigenen Mitgliedstaat berufen⁹, zum anderen folgt daraus auch für Angehörige anderer EU-Staaten lediglich ein Anspruch auf vollständige Inländergleichbehandlung.¹⁰ Die Freizügigkeit aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a, Art. 21 AEUV steht daher inner-

⁴ In einer aktuellen Entscheidung vom 24.2.2010 (Vf. 7-VI-08) hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof bei einer Durchsuchung eines KFZ, gestützt auf das bayerische PAG, entschieden, dass unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bei einer Durchsuchung eines KFZ strengere Anforderungen zu stellen seien als bei einer reinen Identitätskontrolle. Überträgt man diese Wertung auf § 9a Abs. 4 POG, so erscheint es sinnvoll, statt einer Anwendung unterschiedlicher Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe eine restriktive Auslegung des Merkmals „in Augenschein nehmen“ schon auf Tatbestandsebene vorzunehmen und im Wege der (verfassungskonformen) Auslegung lediglich die von außen vorgenommene Inaugenscheinnahme des KFZ als von § 9a Abs. 4 POG erfasst anzusehen. Öffnet der Betroffene also den von außen nicht einsehbaren Kofferraum nicht freiwillig, käme demnach nur eine Durchsuchung nach § 19 POG in Betracht.

⁵ EuGH Slg. 1964, 1251 (1269 f.); BVerfGE 73, 339 (368).

⁶ Herdegen, *Europarecht*, 11. Aufl. 2009, § 11 Rn. 1. Strittig ist lediglich, worauf dieser Vorrang beruht, vgl. Herdegen (a.a.O.) und Streinz, *Europarecht*, 8. Aufl. 2008, Rn. 202 ff. Die grundsätzliche EuGH-Entscheidung hierzu ist Costa/ENEL, EuGH Slg. 1964, 1251 (1269 ff.).

⁷ Dazu ausführlich Schroeder, in: Streinz (Hrsg.) *EUV/EGV*, 2003, Art. 249 EGV Rn. 40 ff.; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 220 EGV Rn. 28; Herdegen (Fn. 6), § 11 Rn. 1.

⁸ Bereits das Schengener Durchführungsübereinkommen (Durchführungsübereinkommen [„Schengen II“] zum Übereinkommen betreffend den schrittweisen Abbau an den ge-

meinsamen Grenzen vom 14.6.1985 [„Schengen I“], BGBl. II 1993, S. 1013 ff. – SDÜ) von 1990 zielte auf die Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen der Gemeinschaft ab. Es handelte sich ursprünglich um ein Verwaltungsabkommen zwischen den Beneluxstaaten, Deutschland und Frankreich. Durch die Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in das Unionsrecht nach dem Vertrag von Amsterdam – dazu Rossi, in: Calliess/Ruffert (Fn. 7), Art. 61 Rn. 17. – konnte es durch sekundäres Unionsrecht fortentwickelt werden. Seit dem 13.10.2006 wird es durch den Schengener Grenzkodex, eine Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 562/2006), ersetzt, vgl. Kugelman, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2006, Kap. 3 Rn. 78 ff.

⁹ EuGH Slg. 1997, I-3171 Rn. 16 ff.; Magiera, in: Streinz, *EUV/EGV* (Fn. 7), Art. 18 Rn. 14.

¹⁰ EuGH Slg. 2002, I-6191 Rn. 28 ff.; Magiera (Fn. 9), Art. 18 Rn. 15; a.A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 18 Rn. 6.

staatlichen Ausweispflichten und ähnlichen Maßnahmen schon dann nicht entgegen, wenn sie unterschiedslos allen Betroffenen auferlegt werden.¹¹

Im Ergebnis verstößt somit § 9a Abs. 4 POG weder gegen den Schengener Grenzkodex noch gegen primäres Unionsrecht. Sofern man – was mit entsprechender Begründung vertretbar ist – Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. a, Art. 21 AEUV für einschlägig hält, stellt sich – wie bei Art. 11 GG – das Problem der Dauer der Maßnahme.¹²

bb) Verfassungsmäßigkeit

Die Regelung beinhaltet einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das vom Bundesverfassungsgericht seit dem Volkszählungsurteil¹³ richterrechtlich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wird, und ist deswegen rechtfertigungsbedürftig. Ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die gleichzeitig den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an eine dem Wesentlichkeitsvorbehalt genügende, bereichsspezifische Rechtsgrundlage erfüllt. Eine solche ist mit § 9a Abs. 4 POG vorhanden. § 9a Abs. 4 S. 1 POG genügt den Anforderungen an die Bestimmtheit der Eingriffsgrundlage, denn die Schleierfahndung ist nur bei durch Tatsachen begründeten Anhaltspunkten zulässig.¹⁴ Die in dieser Bestimmung wie auch sonst verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, vor allem der Gefahrbegriff, sind von der Rechtsprechung hinreichend konkretisiert worden und genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Wesentlichkeitsvorbehalt und die Bestimmtheit.¹⁵

Die Regelung müsste aber auch materiell den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 GG genügen, dessen Schranken auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erstreckt werden. Sie dient dem Schutz vor bestimmten schweren Formen der Kriminalität und kann sich insoweit auf die gesetzgeberischen Schutzpflichten stützen, bei deren Konkretisierung dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zuzubilligen ist. Als problematisch könnte man allenfalls – auch bei der

Regelung in Rheinland-Pfalz – die fehlende Verknüpfung zwischen einem Verhalten des Betroffenen und den Schutzgütern ansehen. Die Vorschrift erlaubt die Kontrolle sämtlicher an der Kontrollstelle angetroffener Personen, obwohl eine solche Inanspruchnahme (auch) von Nichtstörern nach allgemeinen Grundsätzen nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig ist.¹⁶ Teilweise wurde deswegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung in Zweifel gezogen. Das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern¹⁷ hielt die Schleierfahndung für unverhältnismäßig, wenn sie sich nicht auf den unmittelbaren Grenzbereich (30 km Entfernung von der Grenze) beschränkt und an gesicherte Erkenntnisse (polizeiliches Lagebild) anknüpft. Ähnlich übten Teile der Literatur Kritik an dieser „Methode aus dem Arsenal des permanenten Ausnahmezustandes“.¹⁸ Diese Kritik überspannt jedoch die Anforderungen an das Übermaßverbot,¹⁹ vor allem hinsichtlich einer starren Zone. Hinsichtlich der Eingriffsschwelle bleibt die rheinland-pfälzische Regelung zwar unterhalb der Schwelle einer echten Gefahr, setzt aber immerhin „durch Tatsachen begründete Anhaltspunkte“ voraus und lässt keineswegs jede Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausreichen. Zulässig ist die Schleierfahndung nur „zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 28 Abs. 3) oder zur vorbeugenden Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität oder zur Unterbindung unerlaubten Aufenthalts.“ Zum Schutz dieser Rechtsgüter werden dem Einzelnen – als Nichtverantwortlichem – relativ geringfügige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugemutet, mildere Mittel sind auch nicht ersichtlich.²⁰

Die Identitätsfeststellung dient freilich primär der Gefahrforschung.²¹ Damit zusammenhängend sah sie sich dem Einwand ausgesetzt, dass es sich dabei in Wahrheit nicht um Gefahrenabwehr, sondern um die Verfolgung von Straftaten handele, wie nicht zuletzt die Auswertung der „Trefferstatistiken“ zeige.²² Diese Argumentation überzeugt allerdings deswegen nicht, weil nach allgemeinem Verständnis auch die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten zu den präventivpolizeilichen Aufgaben gehört, wie sich ausdrücklich aus § 1

¹¹ EuGH Slg. 1998, I-2133 Rn. 13 f.; Auch *Magiera* (Fn. 9), Art. 18 Rn. 15.

¹² *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 7), Art. 18 Rn. 4.

¹³ BVerfGE 65, 1 (41).

¹⁴ BayVerfGH NVwZ 2006, 1284.

¹⁵ Vor allem im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betont das BVerfG den Bestimmtheitsgrundsatz, an dem viele Vorschriften im Ergebnis scheiterten. Im aktuellen Polizeirecht von Rheinland-Pfalz führt dies zur Verfassungswidrigkeit der automatischen Kfz-Kennzeichenerfassung (§ 27 Abs. 5 POG), vgl. *Ruthig/Fickenschner*, in: *Hendler/Hufen/Jutzi* (Hrsg.) *Landesrecht Rheinland-Pfalz*, 5. Aufl. 2009, § 4 Rn. 179 m.w.N.; *Rofsnagel*, NJW 2008, 2547 (2550); allgemein dazu BVerfG NJW 2008, 1505; *Breyer*, NVwZ 2008, 824; *Cornils*, Jura 2010, 443; *Sachs*, JuS 2008, 825; anders zur neuen bayerischen Regelung VG München MMR 2010, 65.

¹⁶ Vgl. dazu insbesondere BayVerfGH NVwZ 2003, 1375.

¹⁷ MVVerfG DVBl. 2000, 262.

¹⁸ *Lisken*, NVwZ 1998, 22 (24); krit. auch *Stephan*, DVBl. 1998, 81; *Waechter*, DÖV 1999, 138.

¹⁹ Vgl. auch *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl. 2009, Rn. 121 m.w.N.; *Schoch*, in: *Schmidt-Aßmann/Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 201 m.w.N. Auch die Rechtsprechung der anderen Landesverfassungsgerichte bejahte die Vereinbarkeit mit dem Übermaßverbot, BayVerfGH NVwZ 2003, 1375; SächsVerfGH SächsVBl. 2003, 247.

²⁰ Dies konzidiert auch *Schütte*, DÖV 2002, 393 (399), als einer der Kritiker der Regelung.

²¹ BayVerfGH NVwZ 2003, 1375 (1377); *Rachor*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl. 2007, Teil F Rn. 380; *Gusy*, *Polizeirecht*, 7. Aufl. 2009, Rn. 200.

²² *Schütte*, ZRP 2002, 393 (396 f.).

Abs. 1 S. 2 POG ergibt.²³ Diese umfasst auch die Schleierfahndung. Damit erweisen sich auch diese Bedenken nicht als durchschlagend. Ebenso wenig überzeugen die Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz. Für den Grenzschutz besteht kraft Natur der Sache eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG, der hiervon auch mit dem BPolG Gebrauch gemacht und in diesem Gesetz auch die Schleierfahndung vorgesehen hat. Daraus kann aber schon deswegen nicht ein Kompetenzverstoß des Landesgesetzgebers gesehen werden, weil sich die rheinland-pfälzische Regelung ja gerade nicht auf den Grenzbereich beschränkt.

Folglich verstößt § 9 Abs. 4 a POG nicht gegen die Verfassung.

2. Der Gewahrsam

Die polizeiliche Ingewahrsamnahme ist der Entzug der Bewegungsfreiheit (Art 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 5 Abs. 1 LV), indem eine Person zu präventivpolizeilichen Zwecken an einem bestimmten Ort festgehalten wird. Diese Maßnahme ist nicht mehr von § 9a Abs. 4 POG gedeckt, der nur das kurzfristige Anhalten zum Zweck der Identitätsfeststellung gestattet. Rechtsgrundlage ist vielmehr § 14 POG (Gewahrsam), der die zulässigen Gewahrsamszwecke abschließend aufzählt. Die Vorschrift stellt wohl eine der massivsten Standardmaßnahmen dar.²⁴ Sie steht nach allgemeiner Auffassung mit der Verfassung und mit Art. 5 EMRK in Einklang.²⁵

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Der Verhinderungsgewahrsam (Präventivgewahrsam) nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 POG dient der Verhinderung von unmittelbar bevorstehenden Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung. Das Problem des vorliegenden Falles besteht darin, dass objektiv (sozusagen aus Sicht eines allwissenden Beobachters) diese Voraussetzungen nicht vorlagen, da es sich bei A um einen unbescholtenen Bürger handelte, dass aber aufgrund seiner eigenen Angaben die Polizei davon ausgehen musste, in der Person des A lägen diese Voraussetzungen vor. Dieser Sachverhalt ist unter die Tatbestandsvoraussetzung zu subsumieren.

²³ Auch nach Ansicht des BVerfG liegt „die Verhütung einer Straftat [...] in der Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Gefahrenabwehr, und zwar auch dann, wenn sie vorbeugend für den Zeitraum vor dem Beginn einer konkreten Straftat vorgesehen wird. Wieweit der Gesetzgeber eine derartige Maßnahme in das Vorfeld künftiger Rechtsgutverletzung verlegen darf, ist eine Frage des materiellen Rechts, berührt aber nicht die Gesetzgebungskompetenz des Landes“, BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 (2605). Zur entsprechenden Diskussion um die Kfz-Kennzeichenüberwachung *Cornils*, Jura 2010, 443 (444 f.).

²⁴ Vertiefend *Ruthig/Fickenschner* (Fn. 15), § 4 Rn. 115 ff.

²⁵ SächsVerfGH LKV 1996, 273 (275 ff.); *Schoch* (Fn. 19), Rn. 218.

aa) Gefahr

Der Wortlaut der Vorschrift (unmittelbar bevorstehend) knüpft an den Gefahrbegriff an, wie er auch der Generalklausel zugrunde liegt. Gefahr bedeutet nach der allgemein anerkannten Definition des Polizei- und Ordnungsrechts die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass bei ungehindertem Geschehensablauf die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt werden. Die Konstellationen der Anscheinsgefahr sind durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass aus der Sicht ex ante eine Gefahr vorliegt, sich jedoch im Nachhinein (ex post) herausstellt, dass ein Schaden tatsächlich nicht gedroht hat. Wegen des prognostischen Charakters jedes Gefahrenurteils ist die Anscheinsgefahr eine echte Gefahr, denn die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts verlangt nicht, dass tatsächlich eine Störung eintritt. Hat der handelnde Beamte eine alle relevanten Umstände berücksichtigende Prognoseentscheidung getroffen, ist das Einschreiten aufgrund der Anscheinsgefahr rechtmäßig. Anhaltspunkte für drohende Anschläge lagen im vorliegenden Fall vor. Aufgrund der prinzipiell glaubhaften Angaben des A verdichteten sich diese zu einer konkreten Gefahr. Unter diesen Umständen konnte von den Polizisten nicht verlangt werden, den A erst einmal „laufen“ zu lassen und weitere Ermittlungen anzustellen, um seine eigene, auf den ersten Blick durchaus glaubhafte Aussage zu überprüfen.²⁶

bb) Verantwortlichkeit

Die Vorschrift verlangt außerdem, dass die Gefahr (drohende Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten) gerade von der Person ausgeht, die in Gewahrsam genommen werden soll. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz des Polizei- und Ordnungsrechts, dass die Abwehr von Gefahren in erster Linie dadurch zu erfolgen hat, dass die für eine Gefahr Verantwortlichen zu ihrer Beseitigung herangezogen werden. Die Inanspruchnahme der Störer hat Vorrang vor eigenen, nicht an Bürger adressierten, behördlichen Bekämpfungsmaßnahmen und erst recht vor der Inanspruchnahme Nichtverantwortlicher. Dies gilt als Konsequenz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erst recht bei einer schwerwiegenden Maßnahme wie der Ingewahrsamnahme. Eine Ingewahrsamnahme anderer, nichtverantwortlicher Personen würde schon gar nicht den Zweck der Vorschrift erreichen können.

Hier besteht die Besonderheit darin, dass A lediglich behauptet hat, er beabsichtige die Begehung schwerer Straftaten. Derjenige, der bei verständiger Würdigung der Sachlage aus der ex-ante Sicht der einschreitenden Polizei den Anschein erweckt, Verhaltens- oder Zustandsstörer zu sein, wird

²⁶ Würde man den Sachverhalt trotz der deutlichen Hinweise auf die schauspielerischen Fähigkeiten des A allerdings so interpretieren, dass die Polizisten den „Scherz“ hätten erkennen müssen, fehlte es an einer Gefahr. Zur Gefahr als Grundbegriff der polizeirechtlichen Dogmatik und den Abgrenzungsfragen ausführlich *Ruthig/Fickenschner* (Fn. 15), § 4 Rn. 36 ff.

von der h.M. als Anscheinstörer bezeichnet.²⁷ Er kann nach dieser h.M. auf der Primärebene uneingeschränkt in Anspruch genommen werden.

Die Gegenauffassung hält die h.M. in mehrfacher Hinsicht für problematisch. Vor allem findet deren Lösung im Wortlaut der §§ 4, 5 POG keine Grundlage. Diese stellen auf eine „Verursachung“ der Gefahr und nicht einen Anschein ab. Durch die unzulässige Parallelisierung zwischen Anscheinstörer und Anscheinsgefahr kommt es zu systematischen Brüchen, vor allem aufgrund der Trennung von Primär- und Sekundärebene, die ebenfalls keine Grundlage im Wortlaut des POG findet, aber zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse für die h.M. unverzichtbar ist. Die Lösung der Problematik kann deshalb nur darin liegen, die allgemeinen Grundsätze der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit (Störereigenschaft) heranzuziehen und nach diesen Kriterien eine Person entweder als Störer oder als Nichtstörer einzustufen.²⁸ Erste Voraussetzung der Verantwortlichkeit ist ein tatsächliches Verhalten des Betroffenen, eine bloße Denunziation durch Dritte würde nicht genügen. Außerdem muss das Verhalten schon nach dem Wortlaut des § 4 POG ursächlich für die Gefahr sein. Auch hierfür gelten die allgemeinen Kriterien der Theorie von der unmittelbaren Verursachung, die sich für die typischen Konstellationen des Anscheinstörers konkretisieren lassen: Es reicht die Schaffung eines erhöhten Risikos. Der Betroffene ist also bereits dann Störer, wenn er Kenntnis davon hat, dass er ein erhöhtes Risiko schafft. Wer also gegenüber der Polizei vortäuscht, eine Gefahr verursacht zu haben, ist auch nach dieser Auffassung Anscheinstörer. Auch nach dieser bezüglich der Primärebene engeren Auffassung ist A somit Störer, so dass der Meinungsstreit keiner Entscheidung bedarf.

Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ingewahrsamnahme vor.

b) Richtervorbehalt

Da der polizeiliche Gewahrsam immer eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 1 LV ist, unterliegt sie dem Richtervorbehalt des § 104 Abs. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 2 LV, der in § 15 Abs. 1 POG konkretisiert wird. Kann eine vorherige richterliche Entscheidung nicht eingeholt werden, ist sie unverzüglich nachzuholen. Die richterliche Entscheidung kann unterbleiben, wenn sie – wie vorliegend – erst nach Wegfall des Gewahrsamsgrundes herbeigeführt werden könnte. Die vorherige Einschaltung des Richters war also nicht erforderlich.

3. Die Sicherstellung der Messer

Sicherstellung i.S.d. § 22 POG bedeutet Beendigung des Gewahrsams des bisherigen Gewahrsamsinhabers unter Begründung neuen Gewahrsams durch die Polizei oder von ihr beauftragte Personen zum Zweck der Gefahrenabwehr.²⁹ Die

Sicherstellung könnte zum einen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr (§ 22 Nr. 1 POG) oder nach § 22 Nr. 3 POG dann zulässig sein, wenn die sicherzustellende Sache von einer Person mitgeführt wird, die nach dem POG oder anderen Vorschriften festgehalten wird, und sie zu bestimmten, in lit. a bis d aufgeführten Zwecken verwendet werden kann.

§ 22 Nr. 1 POG verlangt eine gegenwärtige Gefahr. Diese setzt voraus, dass die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorsteht. An einer solchen Gegenwartigkeit der Gefahr fehlt es, selbst wenn man auf der Grundlage der obigen Ausführungen zur Anscheinsgefahr unterstellt, dass die Polizei zu Recht von einem bevorstehenden Terroranschlag ausging und weiter annahm, dass die Messer dabei eingesetzt würden. A hat aber lediglich von einem Anschlag „in den nächsten Wochen“ gesprochen, was nicht mehr unter den Begriff der gegenwärtigen Gefahr subsumiert werden kann. Einschlägig ist also (nur) § 22 Nr. 3 POG. A wurde zum Zeitpunkt der Sicherstellung von der Polizei festgehalten. Die Messer waren auch abstrakt geeignet, sich oder die Polizisten zu verletzen oder die Flucht zu ermöglichen. Eine konkrete Gefahr verlangt Nr. 3 nicht. Zur Rückgabe der Messer war die Polizei schon nach § 25 Abs. 1 POG verpflichtet, allerdings ist sie diesem Rückgabeverlangen auch unverzüglich nachgekommen, so dass diese Frage nicht zu prüfen war.

II. Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage

Der Antrag ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO

Der A will sich gegen polizeiliche Maßnahme wenden. Dabei handelt es sich um einen klassischen Fall der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Insbesondere liegt kein Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 EGGVG vor, da es sich um Gefahrenabwehr- und nicht um Strafverfolgungsmaßnahmen handelt.

Besonderheiten bestehen allerdings hinsichtlich der Ingewahrsamnahme. Da die polizeiliche Ingewahrsamnahme immer eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 1 LV ist, unterliegt sie dem Richtervorbehalt des § 104 Abs. 2 GG bzw. Art. 5 Abs. 2 LV, der in § 15 Abs. 1 POG konkretisiert wird.³⁰ Für diese Entscheidung ist nach § 15 Abs. 2 POG das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Person festgehalten wird. Die richterliche Entscheidung kann aber unterbleiben, wenn sie erst nach Wegfall des Gewahrsamsgrundes herbeigeführt werden könnte. Fraglich ist deswegen, welches Gericht dann zuständig ist,

nahme. Zu aktuellen Fallbeispielen der Sicherstellung, etwa von Presseerzeugnissen, siehe *Ruthig/Fickenscher* (Fn. 15), § 4 Rn. 136 f.

³⁰ Kann eine vorherige richterliche Entscheidung nicht eingeholt werden, ist sie unverzüglich nachzuholen. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die nachträgliche gerichtliche Überprüfung BVerfG NJW 2006, 579.

²⁷ *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Fn. 21), Teil L Rn. 42.

²⁸ *Schenke/Ruthig*, VerwArch 87 (1996), 329 (361).

²⁹ Das POG differenziert – anders als andere landesrechtliche Vorschriften – nicht zwischen Sicherstellung und Beschlagnahme.

wenn – wie im vorliegenden Fall – eine vorherige richterliche Entscheidung nicht getroffen wurde, weil der Betroffene vor Einholung der Entscheidung bereits wieder entlassen worden ist und deswegen erst nach Beendigung des Gewahrsams dessen Rechtmäßigkeit zu prüfen ist.

Die Lösung ist umstritten. Man kann einmal davon ausgehen, dass sich die Entscheidungszuständigkeit der Amtsgerichte auch auf die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der behördlichen Maßnahme erstreckt.³¹ Man könnte andererseits aber auch § 15 Abs. 2 POG als abdrängende Sondervorschrift eng auslegen. Sie würde dann nur richterliche Entscheidungen erfassen, die während der Freiheitsentziehung tatsächlich getroffen würden, so dass für die nachträgliche Überprüfung die Verwaltungsgerichte zuständig wären.³² Berücksichtigt man aber, dass der Amtsrichter sowieso nicht die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme kontrolliert, sondern lediglich darüber befindet, ob die Voraussetzungen für eine weitere, richterliche Ingewahrsamnahme vorliegen,³³ erfasst § 15 Abs. 2 POG schon aus diesem Grund die Überprüfung einer behördlichen Ingewahrsamnahme nicht, so dass auf jeden Fall der Verwaltungsrechtsweg für eine nachträgliche verwaltungsgerichtliche Überprüfung der polizeilichen Ingewahrsamnahme gegeben ist. Damit ist auch hinsichtlich des Polizeigewahrsams der Verwaltungsrechtsweg zu bejahen.³⁴

2. Statthafte Klageart: Fortsetzungsfeststellungsklage bzw. allg. Feststellungsklage

Die statthafte Klageart hängt vom Klagebegehren ab, § 88 VwGO. Vorliegend kommt nur noch eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Maßnahmen in Betracht. Ob es sich dabei um eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO oder um eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog handelt, hängt von der Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahmen ab.

a) Verwaltungsaktsqualität der angegriffenen Maßnahmen

Sämtliche Maßnahmen basieren auf den Standardermächtigungen des POG. Die Rechtsnatur solcher offenen Standardmaßnahmen ist umstritten. Nach zutreffender Ansicht handelt es sich nicht nur dann um Verwaltungsakte, wenn sie den Betroffenen – wie im vorliegenden Fall die Aufforderung, an einer Kontrollstelle anzuhalten und sich auszuweisen – ausdrücklich zu einem Handeln oder Unterlassen verpflichten. Auch bei solchen Standardmaßnahmen wie Gewahrsam bzw. Sicherstellung, bei denen die reale polizeiliche Vollziehung im Vordergrund steht, darf das Regelungselement nicht ausgeblendet werden. Diese Maßnahmen sind nämlich noch keine Vollstreckungshandlungen, ein Verwaltungsakt „auf Duldung“ macht hier auch sehr wohl Sinn.³⁵ Sieht man in den Standardmaßnahmen nämlich ausschließlich Realakte, ergeben sich erhebliche dogmatische Schwierigkeiten, wenn sie zwangsweise durchgesetzt werden müssen. Da ein Realakt nicht Grundlage für eine Verwaltungsvollstreckung sein kann, müsste jedenfalls dann, wenn der Betroffene mit der Maßnahme nicht einverstanden ist, doch noch eine Duldungsverfügung ergehen.³⁶ Dies gilt unabhängig davon, wo genau die Grenze zwischen dem von einer Standardmaßnahme noch mit umfassten „körperlichen Einwirken“³⁷ und der zwangsweisen Durchsetzung solcher Maßnahmen liegt. Deswegen ist im Ergebnis davon auszugehen, dass es sich bei sämtlichen polizeilichen Maßnahmen um Verwaltungsakte gehandelt hat.³⁸

b) Erledigung vor Klageerhebung

Diese Maßnahmen haben sich allerdings erledigt. Erledigung liegt immer dann vor, wenn die Aufhebung des Verwaltungsakts (neben der Feststellung seiner Rechtswidrigkeit) sinnlos geworden ist. Hier ist Erledigung durch Zeitablauf eingetreten. Allerdings trat die Erledigung vor Klageerhebung ein, so dass § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO unmittelbar nicht anwendbar ist. Damit könnte die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft sein.

³¹ Vgl. ausführlich OVG Berlin-Brandenburg NJW 2009, 2695; auch VGH München BayVBl. 1988, 246 (247), nicht beanstandet von BVerwG NJW 1989, 1048 (1049). Zur Prüfung durch ein Zivilgericht: OLG München, Beschl. v. 2.10.2008 – 34 Wx 10/08, 34 Wx 010/08 (juris).

³² OVG Bremen NVwZ-RR 1997, 474; VGH Kassel NJW 1984, 821 (822); VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540; OVG Weimar DÖV 1999, 879.

³³ BVerfGE 96, 27; OLG Karlsruhe VBIBW. 1999, 234; Schenke (Fn. 19), Rn. 145 m.w.N.

³⁴ Der Sachverhalt fragt ausdrücklich nach der Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage, so dass Bearbeiter, die entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Zuständigkeit des Amtsgerichtes bejahen, nichts zu den weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen zu sagen haben. Obwohl diese Fragen auch jüngst wieder die Gerichte beschäftigt haben, werden vertiefte Ausführungen zur Rechtswegproblematik von den Bearbeitern nicht erwartet.

³⁵ Zu dieser Titelfunktion des Verwaltungsakts *Stelkens/Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 38.

³⁶ Näher Schenke (Fn. 19), Rn. 116.

³⁷ Besonders deutlich wird dieses Problem bei Pieroth/Schlink/Kniessel, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2008, § 8 Rn. 37, die am Beispiel der Wohnungsdurchsuchung ausführen, dass die Standardmaßnahme noch mitumfasst „ein körperliches Einwirken, solange nicht der Widerstand des Pflichtigen gebrochen oder die Funktionsfähigkeit einer Sache gestört wird“.

³⁸ Selbstverständlich ist auch die Auffassung vertretbar, dass es sich bei der Sicherstellung um einen Realakt gehandelt hat. Dann ist zu problematisieren, ob die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO oder die Fortsetzungsfeststellungsklage in doppelter Analogie des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft ist, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 113 Rn. 116 m.w.N.

Eine Analogie setzt voraus, dass eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes („Regelungslücke“) besteht. An einer Regelungslücke fehlt es, wenn dem Kläger keine andere Klageart zur Verfügung steht, die ihm effektiven Rechtsschutz gewährleistet. In Betracht kommt hier eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO. Diese ist auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder auf die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes gerichtet. Für die Annahme einer Feststellungsklage spricht, dass ein Verwaltungsakt, auch wenn er selbst kein Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO darstellt, zumindest Ausfluss bzw. Grundlage eines solchen sein kann. Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass der Wortlaut des § 43 Abs. 1 VwGO zwischen Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis differenziert. Der Begriff „Rechtsverhältnis“ kann nicht so weit ausgelegt werden, dass er auch Verwaltungsakte erfasst. Außerdem geht es im vorliegenden Fall um die Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes, nicht um dessen Nichtigkeit. Der Gesetzgeber hat mit § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO eine Norm geschaffen, die auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes gerichtet ist. Diese Regeln verdrängen die allgemeine Feststellungsklage. Mithin besteht eine Regelungslücke. Diese ist auch planwidrig, weil es sonst keine Rechtsschutzmöglichkeit gegen sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte gäbe, was nicht mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar wäre. Zudem besteht eine vergleichbare Interessenlage zwischen geregelterm und ungeregeltem Fall. Aus Sicht des Bürgers ist es nämlich gleichgültig, ob sich ein Verwaltungsakt vor oder nach Klageerhebung erledigt. Außerdem kann der Zeitpunkt der Erledigung zufällig sein. Mithin ist die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft.³⁹

3. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Die Fortsetzungsfeststellungsklage erfordert, dass auf Seiten des Klägers ein besonderes Feststellungsinteresse besteht, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog. Dieses ist gegeben, wenn eine Wiederholungsgefahr, ein Rehabilitationsinteresse oder ein Präjudizinteresse bestehen oder wenn ein erheblicher Eingriff in ein wichtiges Grundrecht erfolgt ist, der sich typischerweise kurzfristig erledigt.⁴⁰ Wiederholungsgefahr verlangt die hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit, dass sich der Lebenssachverhalt und das behördliche Vorgehen in absehbarer Zeit wiederholen können,⁴¹ hierfür enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Es erscheint auch fraglich, ob A ein Rehabilitationsinteresse wegen der diskriminierenden Wirkung der polizeilichen Maßnahme hat. Dabei ist zu beachten, dass nicht allein die – möglicherweise – rechtswidrige Maßnahme als solche diskriminierend wirkt, sondern

zusätzlich eine Ehrverletzung durch persönlichen Vorwurf oder Bemakelung festzustellen sein muss.⁴² Darüber hinaus wird bei Verwaltungsakten, die sich typischerweise kurzfristig erledigen, ein berechtigtes Feststellungsinteresse auch aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleitet: Sich schnell erledigende Verwaltungsakte wären ansonsten einer gerichtlichen Überprüfung nämlich grundsätzlich entzogen. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse des A ist somit gegeben.

4. Klagebefugnis analog § 42 Abs.2 VwGO

Ob neben dem Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch die Klagebefugnis zu fordern ist, ist umstritten, wird aber von der neueren Rechtsprechung ausdrücklich bejaht.⁴³ Hier besteht die Möglichkeit, dass er als Adressat der belastenden Maßnahmen in seinen Rechten zumindest aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist, so dass die Klagebefugnis gegeben ist.

5. Durchführung des Vorverfahrens

Fraglich ist, ob analog § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO ein Vorverfahren durchzuführen ist. Das ist unstrittig dann der Fall, wenn sich der Verwaltungsakt erst nach Klageerhebung erledigt, weil bereits die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage ein solches vorausgesetzt hätte. Streitig ist jedoch, ob das auch für die Fälle der Erledigung vor Klageerhebung gilt. Dafür spricht, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage eine verlängerte Anfechtungsklage ist. Dagegen spricht allerdings, dass der Gesetzgeber in § 68 VwGO deutlich gemacht hat, dass ein Vorverfahren nur bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen erforderlich ist. Zudem können die Zwecke des Vorverfahrens nach Erledigung des Verwaltungsaktes nicht mehr erreicht werden. Deshalb ist bei der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in den Fällen der Erledigung vor Klageerhebung ein Vorverfahren nicht erforderlich.⁴⁴

6. Klagefrist

Fraglich ist, ob für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist besteht. Unstrittig ist die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO einzuhalten, wenn die Erledigung erst nach Klageerhebung erfolgt, weil diese Frist bereits für die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage maßgeblich war. Streitig ist jedoch, wie bei Erledigung vor Klageerhebung zu verfahren ist.

Nach einer Ansicht folgt aus dem engen Zusammenhang mit der Anfechtungsklage, dass die Klagefrist einzuhalten ist. Nach der Gegenauffassung ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht fristgebunden. Eine zeitliche Beschränkung wird danach für nicht erforderlich gehalten, da der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der der Grund für die Fristbindung von Rechtsbehelfen ist, nach der Erledigung des Verwaltungsaktes

³⁹ Ausführlich zur Statthaftigkeit *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 322 ff.

⁴⁰ Vgl. zu den entsprechenden Fallgruppen ausführlich *Schenke* (Fn. 39), Rn. 579 ff.

⁴¹ BVerwG NVwZ 1990, 360; *Kopp/Schenke* (Fn. 38), § 113 Rn. 141.

⁴² Vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 Rn. 92 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁴³ Vgl. BVerwGE 100, 262 (271); 111, 276 (279); BVerwG DVBl. 2009, 1382; dagegen *Schenke* (Fn. 39), Rn. 409 f.

⁴⁴ So die h.M., vgl. zum Streitstand *Kopp/Schenke* (Fn. 38), § 113 Rn. 127.

nur noch von untergeordneter Bedeutung ist. Zudem wird die Verwaltung ausreichend durch das Erfordernis eines berechtigten Interesses und das Institut der Verwirkung geschützt. Nach beiden Ansichten ist eine Klageerhebung im vorliegenden Fall noch problemlos möglich, weil A die Klage innerhalb einer Woche nach Erledigung erheben will.

7. Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Rheinland-Pfalz als Träger der Polizeibehörde.

8. Ergebnis

Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Fahrzeugkontrolle, der Gewahrsamnahme und der Sicherstellung der Messer ist zulässig. Die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO liegen vor.

Übungsklausur: Tagesmutter trotz Scientology-Mitgliedschaft?

Von Wiss. Mitarbeiterin **Marion Wenzel**, Wiss. Mitarbeiter **Philipp Meinert**, Jena*

Sachverhalt

Beate Glaubdran (B) wohnt in Jena und ist dort seit vier Jahren hauptberuflich als sog. Tagesmutter (Tagespflegeperson) tätig. Hinter ihrem Haus befindet sich eine ansprechende Grünanlage samt Spielplatz, auf der sich die fünf Kinder, die sie regelmäßig betreut, austoben können. Ihre Wohnung, die mit ca. 75 m² für diesen Zweck hinreichend groß ist, wurde kindgerecht und sicher ausgestaltet. Sie nahm zur fachlichen Vorbereitung auf ihre Tätigkeit über mehrere Wochen an einem Qualifizierungskurs teil. Darüber hinaus besucht sie fortlaufend entsprechende Weiterbildungen. Die für ihre Tätigkeit erforderliche Erlaubnis wurde ihr durch das dafür zuständige Jugendamt der Stadt Jena auf ihren vollständigen Antrag hin erteilt. Angaben zu ihrer Religionszugehörigkeit macht sie nicht, da sie diese aufgrund ihrer Qualifikation für unwesentlich erachtet. Zu diesem Zeitpunkt nimmt B sporadisch an Info-Veranstaltungen der Scientology Kirche Deutschland e.V. teil.

Am 8.2.2010 stellt sich bei der Sachbearbeiterin des Jugendamtes (S) der von B geschiedene Ehemann (E) vor. Nach seiner Aussage ist die B seit zwei Jahren aktives Mitglied in der örtlichen Niederlassung der Scientology Kirche Deutschland e.V. Daraufhin bestellt S die B noch am selben Tag zum Gespräch in das Jugendamt. Da B die Aussage des E nicht bestreitet, erklärt ihr S, dass der B aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Scientology Kirche Deutschland e.V. hiermit die Erlaubnis zur Kindertagespflege wieder entzogen werde. Am 12.2.2010 geht B ein dementsprechender Bescheid mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung zu. Zur Begründung wird ausgeführt, dass B zur Erfüllung der Aufgabe ungeeignet sei und daraus eine Gefährdung des Kindeswohls an der Pflegestelle resultiere. Die inhaltlichen und methodischen Grundsätze von Scientology liefen dem Recht des Kindes auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gesellschaftlichen Persönlichkeit zuwider. Nach einem Urteil des OVG Münster¹ lägen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass Scientology Bestrebungen verfolge, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet seien. Insbesondere aus den Schriften L. Ron Hubbards, dem Scientology-Gründer, ergäben sich zahlreiche Hinweise darauf, dass Scientology eine Gesellschaftsordnung anstrebe, in der zentrale Verfassungswerte wie die Menschenwürde und das Recht auf Gleichbehandlung außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden sollen. Im Mittelpunkt von Scientology stehe eine Lehre vom Wissen (sog. Dianetik) und nicht das Verhältnis zu einem höheren Wesen. Zentraler Bezugspunkt bildet die Stärkung der im Menschen selbst liegenden geistigen Kräfte. Die geschäftlichen Aktivitäten machen dabei

einen erheblichen Anteil des gesamten Tätigkeitsfeldes von Scientology aus. Um die Nicht-Scientologen zu „befreien“, wendet die Organisation der Gehirnwäsche vergleichbare Psycho-Techniken wie „Auditing“ und andere Methoden an, welche die Persönlichkeit der teilnehmenden Personen erheblich verändern können.²

Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Theorien von Scientology in die tägliche Betreuungspraxis einfließen würden. Da durch Scientology und seine Mitglieder gegen das Wertesystem des Grundgesetzes gerichtete Positionen vertreten würden, sei die gesellschaftliche Integration der Kinder nicht gewährleistet. Letztlich gehe es nicht um die Zugehörigkeit der Klägerin zu Scientology als solche, sondern darum, eine Erziehung nach „scientologischen Technologien“ in der konkret betroffenen Pflegestelle zu unterbinden. Eine bloß inhaltliche oder formelle Beschränkung der Erlaubnis könne die Gefährdung der Kinder nicht beseitigen.

B ist verärgert über ein solches Maß an Intoleranz und erhebt am 15.3.2010 Widerspruch mit folgender Begründung: Sie erfülle in jeder Hinsicht alle erforderlichen Eignungsvoraussetzungen und Qualifikationen. Ihre erzieherischen Fähigkeiten seien vom Jugendamt über einen Zeitraum von vier Jahren eng beobachtet und positiv bewertet worden. Auch von den Eltern erhalte sie durchwegs positive Rückmeldungen. Es habe nie einen Konflikt zwischen ihren Anschauungen und denen der Sorgeberechtigten gegeben. Der Entzug der Erlaubnis sei eine Diskriminierung und eine Verletzung ihrer Religions- und Berufsfreiheit. Jedenfalls sei ein Entzug aufgrund der Möglichkeit, nachträglich eine Auflage zu erteilen, unverhältnismäßig.

Die Widerspruchsbehörde teilt die Rechtsansicht des Jugendamtes und weist den Widerspruch der B aus diesem Grund zurück. B möchte ihrem Beruf, der ihr immer viel Spaß gemacht hat, trotzdem weiter nachgehen und erwägt nun eine Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht.

Bearbeitervermerk: Prüfen Sie in einem umfassenden Gutachten, ggf. hilfsgutachterlich, ob eine Klage der B Aussicht auf Erfolg hätte. Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten nach §§ 8, 51, 204 SGG ist nicht eröffnet. Das SGB X soll keine Anwendung finden. Zwar ist für sozialrechtliche Fälle grundsätzlich das speziellere Verfahrensrecht des SGB X einschlägig, die Anwendbarkeit des (Thür-)VwVfG hingegen ausgeschlossen, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 ThürVwVfG, § 2 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Der vorliegende Sachverhalt, der sowohl Probleme aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht als auch grundrechtlicher Art enthält, soll indes nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensgesetz gelöst werden.

* Die Verf. sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M. (Universität Jena).

¹ OVG Münster, Urt. v. 12.2.2008 – 5 A 130/05, Rn. 270 ff. (juris).

² Bayerisches Staatsministerium des Innern, Verfassungsschutzbericht 2009, S. 197 (abrufbar unter:

http://www.innenministerium.bayern.de/imperia/md/content/stmi/sicherheit/verfassungsschutz/verfassungsschutzberichte/verfsch_09.pdf).

Gesetzesauszug

§ 43 SGB VIII Erlaubnis zur Kindertagespflege

(1) Eine Person, die ein Kind oder mehrere Kinder außerhalb des Haushalts des Erziehungsberechtigten während eines Teils des Tages und mehr als 15 Stunden wöchentlich gegen Entgelt länger als drei Monate betreuen will, bedarf der Erlaubnis.

(2) ¹Die Erlaubnis ist zu erteilen, wenn die Person für die Kindertagespflege geeignet ist. ²Geeignet im Sinne des Satzes 1 sind Personen, die

1. sich durch ihre Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen auszeichnen und

2. über kindgerechte Räumlichkeiten verfügen.

³Sie sollen über vertiefte Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege verfügen, die sie in qualifizierten Lehrgängen erworben oder in anderer Weise nachgewiesen haben.

(3) ¹Die Erlaubnis befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern. [...] ⁴Die Erlaubnis ist auf fünf Jahre befristet. ⁵Sie kann mit Nebenbestimmungen versehen werden. ⁶Die Tagespflegeperson hat den Träger der öffentlichen Jugendhilfe über wichtige Ereignisse zu unterrichten, die für die Betreuung des oder der Kinder bedeutsam sind.

(4) [...]

(5) Das Nähere regelt das Landesrecht.

Lösung

Die Klage der B wird erfolgreich sein, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sowie die Klage zulässig und begründet ist.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, bestimmt sich mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Voraussetzung ist danach, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Gemäß der sog. modifizierten Subjektstheorie³ ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur gegeben, wenn die streitentscheidenden Rechtssätze zumindest auf einer Seite ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigen oder verpflichten. Gegenstand der vorliegenden Streitigkeit ist der Entzug der Erlaubnis zur Kindertagespflege nach den §§ 48, 49 ThürVwVfG. Diese Vorschriften berechnen allein eine Behörde als Träger öffentlicher Gewalt, einseitig eine bereits gewährte Begünstigung oder Belastung wieder zu entziehen. Demnach ist hier ein Träger öffentlicher Gewalt ausschließlich berechtigt, so dass die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Mangels sog. doppelter Verfassungsunmittelbarkeit besteht auch kein verfassungsrechtliches Rechtsverhältnis. Auch eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersicht-

lich. Für die Klage der B ist damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Zulässigkeit

1. Statthafte Klageart

Welche Klage statthaft ist, bestimmt sich nach dem Klagebegehren des Klägers (§ 88 VwGO) und dem zugrundeliegendem Sachverhalt. B wünscht die Aufhebung der Erlaubnisentziehung, welche unproblematisch ein Verwaltungsakt i.S.v. § 35 ThürVwVfG ist: Die Entziehung der Erlaubnis zur Kindertagespflege stellt eine hoheitlich getroffene Einzelfallregelung einer Behörde dar, die auf unmittelbare Außenwirkung gegenüber B angelegt ist. Des Weiteren ist die Aufhebung eines Bewilligungsbescheids durch die Behörde nach der actus-contrarius-Theorie dann ein Verwaltungsakt, wenn der ursprüngliche Bewilligungsbescheid ein Verwaltungsakt war. Auch in Letzterem hat die Behörde durch eine einseitige Regelung mit unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung der B gegenüber die Erlaubnis zur Kindertagespflege erteilt. Diese Bewilligung war demnach Verwaltungsakt, so dass auch deren Aufhebung als Verwaltungsakt zu klassifizieren ist. Folglich ist die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft.

2. Klagebefugnis

Eine Anfechtungsklage ist nach § 42 Abs. 2 VwGO nur zulässig, wenn B plausibel geltend macht, durch den angefochtenen Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Da B durch den Aufhebungsbescheid eine vorher zuerkannte Erlaubnis wieder entzogen wird, entfaltet der Bescheid für sie belastende Wirkung. Es ist daher möglich, dass B als Adressatin des Bescheids zumindest in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG verletzt ist (Adressatentheorie). Sie ist folglich klagebefugt.

3. Vorverfahren

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage ist ein vor Erhebung der Klage ordnungsgemäß aber erfolglos durchgeführtes Vorverfahren nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO. Vorliegend hat B Widerspruch erhoben; diesem wurde durch die Behörde nicht abgeholfen. Der Widerspruch gegen die Aufhebung der Erlaubnis könnte allerdings verfristet gewesen sein. Nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO beträgt die Widerspruchsfrist einen Monat nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts.

a) Widerspruchsfrist

Zunächst ist fraglich, wann die für die Widerspruchsfrist maßgebliche Bekanntgabe erfolgte und damit die Monatsfrist zu laufen begann. B gegenüber wurde am 8.2.2010 durch S mündlich erklärt, dass die ihr erteilte Erlaubnis zur Kindertagespflege aufgrund der Mitgliedschaft in der Scientology Kirche e.V. wieder entzogen werde. Dies stellt einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 ThürVwVfG dar. Fraglich ist, ob dies für eine Bekanntgabe hinreichend ist. Ein Verwaltungsakt kann gem. § 37 Abs. 2 S. 1 ThürVwVfG grundsätzlich mündlich erlassen werden. Vorliegend bestand auch kein

³ Siehe *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 11 Rn. 17; *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rn. 11.

Schriftformerfordernis. Ein sonstiger Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 37 ff. ThürVwVfG ist nicht ersichtlich. Jedoch erfolgte durch die S keine Rechtsbehelfsbelehrung. Das ist problematisch, da sowohl eine unterbliebene als auch eine lediglich mündlich erfolgte Rechtsbehelfsbelehrung die Frist nicht in Lauf setzen würden. Vielmehr muss die Belehrung zwingend schriftlich oder elektronisch erfolgen.⁴

Mithin könnte für den vorliegenden Fall die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO gelten. Dann wäre der von B eingelegte Widerspruch vom 15.3.2010 in jedem Fall fristgerecht. Es besteht allerdings die Möglichkeit, eine Rechtsmittelbelehrung nachzuholen, wenn sie unterblieben ist oder fehlerhaft erteilt wurde. Das ist weder durch § 58 VwGO noch durch andere Vorschriften ausgeschlossen. Die Rechtswirkungen des § 58 Abs. 1 VwGO treten in einem solchen Fall mit der Bekanntmachung (Zustellung) für die Zukunft ein, was auch bedeutet, dass die zunächst ausgelöste Wirkung des § 58 Abs. 2 VwGO, solange die Jahresfrist noch nicht abgelaufen ist, wieder beseitigt wird.⁵ Dem Bescheid vom 12.2.2010 kommt mangels eigenständiger Regelungswirkung nicht der Charakter eines (Zweit-)Verwaltungsaktes zu. Es handelt sich lediglich um eine sog. wiederholende Verfügung. Jedoch wurde durch ihn die Rechtsbehelfsbelehrung nach § 58 VwGO in der gebotenen Form nachgeholt. Damit galt ab dem 12.2.2010 die durch § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO vorgeschriebene Monatsfrist.

Weiterhin problematisch ist die Berechnung der Frist. Umstritten ist, ob sich diese nach dem Verweis in der VwGO oder dem im ThürVwVfG richtet. Eine Ansicht wendet die §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1 ZPO, 187 f. BGB an.⁶ Demgegenüber richtet sich nach anderer Ansicht die Berechnung der Frist nach §§ 79, 31 Abs. 1 ThürVwVfG, §§ 187 f. BGB. Letztlich sind nach beiden vertretenen Ansichten die §§ 187, 188 BGB anwendbar. Die Frist zur Einlegung des Widerspruchs würde daher am 13.2.2010 um 0.00 Uhr beginnen und am 12.3.2010 um 24.00 Uhr enden. B legte jedoch erst am 15.3.2010 Widerspruch ein.

b) Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde

Damit ist der Widerspruch der B verfristet, was grundsätzlich zur Unzulässigkeit der Klage führt. Möglicherweise ist die Verfristung aber durch die erfolgte sachliche Entscheidung der Widerspruchsbehörde geheilt worden. Nach einer Ansicht steht es der Widerspruchsbehörde nämlich grundsätzlich frei, sich auf die Verfristung zu berufen.⁷ Nimmt sie eine Sachprüfung vor, ist die Fristversäumung unbeachtlich. Das gilt allerdings dann nicht, wenn es sich um einen verfristeten Drittwiderspruch handelt, weil der durch den zu spät angegriffenen Verwaltungsakt Begünstigte durch die eingetretene Bestandskraft eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat, die

⁴ Kopp/Schenke (Fn. 3), § 58 Rn. 6.

⁵ Meissner, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Aufl. 2009, § 58 Rn. 39.

⁶ Geis/Hinterseh, JuS 2001, 1176 (1178); Brühl, JuS 1994, 153 (156).

⁷ BVerwG DVBl. 1982, 1097; VGH Mannheim NVwZ-RR 1999, 432; Kintz, JuS 1997, 1115 (1122).

ihm nicht mehr einseitig auf diesem Wege genommen werden kann.

Nach anderer Ansicht ändert die vorgenommene Sachentscheidung nichts an der Verfristung und der daraus folgenden Unzulässigkeit der Klage.⁸ § 70 Abs. 1 VwGO stehe nicht zur Disposition der Widerspruchsbehörde. Die Verfristung könne nur durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überwunden werden. Da die Widerspruchsbehörde jedoch „Herrin des Vorverfahrens“ ist und es ihr aus diesem Grund nicht genommen werden kann, über den Sachverhalt trotz Verfristung zu entscheiden, ist ersterer Ansicht zu folgen. Ein der Entscheidung entgegenstehender Drittwiderspruch ist nicht gegeben. Letztlich handelt es sich um übertriebenen Formalismus, an der Einhaltung der Frist festzuhalten, obwohl die Widerspruchsbehörde in der Sache entschieden hat. Im Ergebnis wurde durch die Entscheidung der Widerspruchsbehörde die Verfristung geheilt. B hat das notwendige Vorverfahren mithin erfolglos, aber ordnungsgemäß durchgeführt.

4. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Jugendamt Jena befindet sich in der Trägerschaft Jenas als kreisfreier Stadt, vgl. § 1 ThürKJHAG, § 1 Nr. 2 ThürNGG. Diese ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligten- und gemäß § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig. Hierbei wird sie durch ihren Oberbürgermeister vertreten, vgl. §§ 31, 28 Abs. 1 S. 2 ThürKO.

5. Frist und Form

Die Klageerhebung der B muss fristgerecht, § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO, in der nach den §§ 81, 82 VwGO vorgeschriebenen Form erfolgen.

6. Ergebnis

Die Anfechtungsklage der B gegen die Aufhebung der Erlaubnis ist zulässig.

III. Begründetheit

Die Klage der B ist begründet, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist und soweit der VA in Gestalt des Widerspruchsbescheids rechtswidrig ist und die B dadurch in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

1. Passivlegitimation

Die Klage hat sich gegen die Stadt Jena als Rechtsträgerin des Jugendamtes zu richten, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

2. Befugnisgrundlage

Der Verwaltungsakt vom 8.2.2010 über den Entzug der Erlaubnis hat belastenden Charakter, da er B ein begünstigendes subjektiv-öffentliches Recht nimmt. Nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes als Ausprägung des Rechtsstaatsprin-

⁸ Kopp/Schenke (Fn. 3), § 70 Rn. 1; Ehlers, Jura 2001, 415 (420).

zips (Art. 20 Abs. 3 GG) bedarf die Aufhebung daher einer Befugnisgrundlage.

Die Aufhebung von VAs richtet sich – sofern nicht spezielle Vorschriften einschlägig bzw. vorrangig sind – nach den §§ 48 und 49 ThürVwVfG. Da § 43 SGB VIII keine speziellere Regelung für die Entziehung einer einmal gewährten Erlaubnis enthält, muss auf die §§ 48, 49 ThürVwVfG zurückgegriffen werden. Welche dieser Normen Anwendung findet, beurteilt sich danach, ob der aufzuhebende Verwaltungsakt ursprünglich rechtswidrig oder rechtmäßig war (vgl. § 48 Abs. 1 S. 1 bzw. § 49 Abs. 1 S. 1 ThürVwVfG).

Rechtmäßig war die Erlaubnis dann, wenn sie ihrerseits auf einer insoweit tragfähigen Ermächtigungsgrundlage beruhte und von dieser auch gedeckt war. Eine Erlaubnis ist aufgrund des § 43 Abs. 1 SGB VIII erforderlich, da die B bis zu fünf Kinder außerhalb des Haushalts der Erziehungsberechtigten dieser Kinder ca. 40 Stunden pro Woche betreut. An der Rechtmäßigkeit des § 43 SGB VIII bestehen keine Zweifel.

a) Formelle Rechtmäßigkeit der Erlaubnis

Die Erlaubnis erging formell rechtmäßig. Insbesondere handelte mit dem Jugendamt Jena die für die Erlaubniserteilung zuständige Behörde.

b) Materielle Rechtmäßigkeit der Erlaubnis

Gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 SGB VIII handelt es sich bei der Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege um eine gebundene Entscheidung, wenn die den Antrag stellende Person für die Kindertagespflege geeignet ist. Dabei handelt es sich bei dem Begriff der Eignung um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Ob die antragstellende Person geeignet ist, richtet sich nach § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2, S. 3 SGB VIII.

Nach § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VIII ist eine Person zur Kindertagespflege geeignet, wenn sie sich durch Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen auszeichnet und über kindgerechte Räumlichkeiten verfügt. Daneben sollen vertiefte Kenntnisse hinsichtlich der Anforderungen der Kindertagespflege nach § 43 Abs. 2 S. 3 SGB VIII vorhanden sein, die in qualifizierten Lehrgängen erworben wurden. B nahm an einem entsprechenden Kurs teil. Auch standen ihr angemessene Räume zur Verfügung. Fraglich ist, ob sie die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB VIII erfüllt. Mangels einer speziellen Ausbildung der B ist dabei auf das Gesamtbild der Persönlichkeit und der sozialen und kommunikativen Kompetenz abzustellen. Tagespflegepersonen müssen nicht nur zur Kooperation bereit sein, sondern sich auch dadurch auszeichnen. Dazu gehört die Verpflichtung, das Jugendamt über wichtige Ereignisse, die für die Betreuung der Kinder bedeutsam sind, zu unterrichten, ebenso wie die Fähigkeit zu angemessenem und transparentem Austausch mit den Erziehungsberechtigten.⁹

⁹ BayVerwGH, Beschl. v. 31.5.2010 – 12 BV 09.2400, Rn. 18 (juris).

Fraglich ist, ob der B diese Eigenschaften zukommen. Sie hatte Kontakt zu einer möglicherweise verfassungsfeindlich agierenden Organisation und teilte dies dem Jugendamt nicht mit. B war zum Zeitpunkt der Beantragung der Erlaubnis bei Scientology involviert, nahm aber nur sporadisch an deren Veranstaltungen teil und war noch nicht aktiv tätig. Um den Tatbestand des § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB VIII nicht zu erfüllen, müsste dieser Kontakt zu Scientology als wichtiges Ereignis, das für die Betreuung der Kinder bedeutsam ist, qualifiziert werden.

Durch die bloße Teilnahme an Informationsveranstaltungen kann ein Einfluss der Scientology Kirche auf B, der ihre Erziehungs- und Pflegemethoden in relevantem Maße prägt, nicht angenommen werden. Es steht nicht fest, dass B damals schon eine Mitgliedschaft bei Scientology ins Auge gefasst hätte. Eine Informationspflicht der B über ihr Interesse an Scientology bestand damit nicht. Die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 SGB VIII wurden von B erfüllt.

Zusätzlich ist nach § 43 Abs. 3 S. 1 SGB VIII erforderlich, dass von der Tagespflegeperson nicht mehr als fünf Kinder gleichzeitig betreut werden. Auch diese Voraussetzung erfüllte B. Die Erlaubnis war damit auch materiell rechtmäßig.

c) Zwischenergebnis

Aufgrund der Rechtmäßigkeit der Erlaubnis kommt als Befugnisgrundlage für deren Aufhebung nur § 49 ThürVwVfG in Betracht.

3. Formelle Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheids

Der Aufhebungsbescheid wurde vom Jugendamt der Stadt Jena erlassen. Die Zuständigkeit für die Aufhebung eines Verwaltungsakts nach § 49 ThürVwVfG liegt grundsätzlich bei der Ausgangsbehörde. Mangels anderweitiger Regelungen ist damit das Jugendamt zuständig. Da sowohl verfahrensrechtliche als auch formelle Fehler i.S.d. §§ 28 Abs. 1 sowie 39 ThürVwVfG nicht ersichtlich sind, erging der Widerruf formell rechtmäßig.

4. Materielle Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheids

Der Widerruf der Erlaubnis müsste materiell rechtmäßig sein.

a) Vereinbarkeit mit der Befugnisgrundlage, § 49 VwVfG

Welche Voraussetzungen für den Widerruf gelten, richtet sich danach, welche der in § 49 ThürVwVfG normierten Konstellationen anwendbar ist. Durch die Erlaubnis erhielt die B die Möglichkeit, als Tagesmutter tätig zu sein. Damit handelte es sich um einen die B begünstigenden Verwaltungsakt. Da durch die Erlaubnis keine Leistung i.S.d. § 49 Abs. 3 S. 1 ThürVwVfG gewährt wurde, richten sich die Voraussetzungen für den Widerruf nach § 49 Abs. 2 ThürVwVfG. Vorliegend könnte § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ThürVwVfG den Widerruf begründen.

aa) Nachträglich eingetretene Tatsache

Dafür muss zunächst eine Tatsache nachträglich eingetreten sein. Als Tatsachen i.S.d. § 49 ThürVwVfG kommen sowohl

das Verhalten des Betroffenen als auch äußere Umstände in Betracht, die außerhalb der Verantwortungssphäre des Begünstigten liegen.¹⁰ Für das nachträgliche Eintreten ist der Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts maßgeblich. Das bloße Bekanntwerden unverändert gebliebener Umstände genügt dagegen nicht. B trat im Jahr 2008, also nach Erteilung der Erlaubnis 2006, der Scientology Kirche Deutschland e.V. als aktives Mitglied bei. Dieser Beitritt ist als Verhalten der B und damit als neue nachträglich eingetretene Tatsache zu qualifizieren.

bb) Berechtigung zum Nichterlass des VA auf Grund der neuen Tatsachen

Die Änderung der Sachlage muss Gesichtspunkte betreffen, die nach dem anzuwendenden Recht den Nichterlass des Verwaltungsakts rechtfertigen könnten, wobei diese Tatsachen auch in etwaige Ermessensentscheidungen mit einfließen können.¹¹ Veränderte Tatsachen sind nur dann für Nr. 3 ausreichend, wenn sie Elemente des ursprünglich vollständig gegebenen gesetzlichen Tatbestandes entfallen lassen. Der Beitritt der B zu Scientology als aktives Mitglied muss also den oben aufgeführten Bestimmungen widersprechen. In Betracht kommt dabei § 43 Abs. 2 S. 2 SGB VIII, welcher an den unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung anknüpft und ihn in den nachfolgenden Sätzen weiter präzisiert. Maßgeblich für die Eignung ist dabei u.a. die Orientierung der Pflegeperson am Kindeswohl der betreuten Kinder. Die Mitgliedschaft in einer Organisation, welche persönlichkeitsverändernde Praktiken anwendet und zweifelhafte Ansichten zu zentralen Verfassungswerten vertritt, könnte die Annahme entfallen lassen, B weise die in § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB VIII geforderten Eigenschaften (hinsichtlich der Persönlichkeit, Sachkompetenz und Kooperationsbereitschaft mit Erziehungsberechtigten und anderen Tagespflegepersonen) auf. Ein Einfluss der sich aktiv in der Scientology Kirche engagierenden Tagesmutter B auf die geistige und gesellschaftliche Entwicklung ist nicht auszuschließen. Dies führt zu einer permanenten Gefährdung des Kindeswohls. Das Gesamtbild der Persönlichkeit und der sozialen und kommunikativen Kompetenz der B entspricht folglich nicht mehr den Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB VIII.

cc) Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne den Widerruf

Über die bisher behandelten Voraussetzungen hinaus muss bei Unterlassen eines Widerrufs eine Gefährdung des öffentlichen Interesses bestehen. Darunter ist die Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für den Staat, die Allgemeinheit oder für andere von der Rechtsordnung geschützten Güter und Rechtsgüter oder von Individualrechten zu verstehen. Der mit dem Widerruf verfolgte Schutz des Kindeswohls ist ein solches öffentliches Interesse. Die Wahrung des öffentlichen Interesses muss auch im Aufgabenbe-

reich der widerrufenden Behörde liegen¹². Letzteres ist bei dem Schutz des Kindeswohls durch das Jugendamt gegeben. Notwendig ist schließlich eine konkrete Gefährdung dieses öffentlichen Interesses durch den Bestand des Verwaltungsakts, zu deren Beseitigung der Widerruf beitragen kann und auch erforderlich ist¹³. Eine konkrete Gefahr bildet eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei ungehindertem Fortgang in räumlichem und zeitlichem Zusammenhang von einer bestimmten Person oder Sache ein Schaden für das jeweils betroffene öffentliche Interesse ausgeht. Aufgrund des ständigen und alleinigen Kontaktes der B mit den Kindern während der bereits laufenden Betreuung ist jederzeit eine schädliche Beeinflussung der Kinder möglich. Diese kann sich über die Dauer des Betreuungsverhältnisses mit jedem Betreuungstermin naturgemäß steigern. Eine konkrete Gefahr liegt somit vor. Da die B durch einen Widerruf keinen Kontakt mehr zu den zu betreuenden Kindern hätte, wäre ein Widerruf zum Erreichen des Kinderschutzes geeignet. Ob er erforderlich ist, ist im Rahmen einer gesonderten Verhältnismäßigkeitsprüfung festzustellen.

dd) Zwischenergebnis

Durch die nach der Erteilung der Erlaubnis erfolgte Mitgliedschaft der B in der Scientology Kirche Deutschland e.V. sind die Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 ThürVwVfG erfüllt. Auch ist der Verwaltungsakt hinreichend klar und bestimmt.

b) Verhältnismäßigkeit

Der vollständige Widerruf der Erlaubnis muss verhältnismäßig sein.

aa) Legitimes Ziel

Mit dem Widerruf der Erlaubnis verfolgt die Stadt Jena das legitime Ziel der Sicherung des Kindeswohls der von B betreuten Kinder.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme muss auch zur Erreichung des angegebenen Gemeinwohlziels tauglich sein. Wenn sich die Mitgliedschaft der B zur Scientology Kirche e.V. derart auf ihre Arbeit auswirkt, dass dadurch das Kindeswohl, der von ihr betreuten Kinder gefährdet wird, ist die gegenüber B getroffenen Maßnahme (Widerruf der Erlaubnis) zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Fraglich ist aber, ob auch die Erforderlichkeit bejaht werden kann. Das ist der Fall, wenn es kein gleich geeignetes, aber für B weniger belastendes Mittel gibt, das bezweckte Ziel zu erreichen. Hier sind denkbare mildere Alternativen zu erörtern. In Betracht zu ziehen wäre etwa eine nachträgliche

¹⁰ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 49 Rn. 59 f.

¹¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 49 Rn. 47.

¹² Kopp/Ramsauer (Fn. 11), Rn. 48.

¹³ Gayer, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), VwVfG, Stand: 1.4.2010, § 49 Rn. 57; Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 49 Rn. 47.

Auflage i.S.d. § 36 Abs. 1 Alt. 2 ThürVwVfG zur Erlaubnis gegenüber B. Die Auflage ergänzt den Verwaltungsakt durch eine eigene Sachregelung; sie verpflichtet den Begünstigten zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen, enthält also ein Gebot oder Verbot.¹⁴ Eine solche Auflage könnte vorsehen, dass die Klägerin den Eltern der von ihr betreuten Kinder ihre Zugehörigkeit zu Scientology offenbaren müsse, um es den Personensorgeberechtigten zu ermöglichen, diesen Punkt in ihre Entscheidung bezüglich der Betreuung ihrer Kinder durch die B einzubeziehen.

(1) Zulässigkeit einer nachträglichen Auflage

Der Erlass einer nachträglichen Auflage, d.h. eine Auflage nach Erlass des Ausgangs-Verwaltungsaktes, müsste zunächst zulässig sein. Der Wortlaut des § 36 Abs. 2 ThürVwVfG, der für Ermessensverwaltungsakte Anwendung findet, bringt zum Ausdruck, dass Nebenbestimmungen grundsätzlich nur gleichzeitig mit dem Haupt-Verwaltungsakt erlassen werden können. Dies gilt auch für Abs. 1, welcher auf gebundene Verwaltungsakte wie die Erlaubnis nach § 43 SGB VIII anwendbar ist.¹⁵ Daher ist die nachträgliche Anordnung einer Auflage nur möglich, wenn sie ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist¹⁶ oder im ursprünglichen Verwaltungsakt gem. § 36 Abs. 2 Nr. 5 ThürVwVfG analog vorbehalten wurde,¹⁷ oder wenn insoweit die Voraussetzungen eines Widerrufs gem. § 49 ThürVwVfG oder einer Rücknahme gem. § 48 ThürVwVfG vorliegen.¹⁸ Letzteres muss bereits aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglich sein, denn die nachträgliche Auflage stellt für den Betroffenen im Vergleich zu einem vollständigen Widerruf bzw. einer Rücknahme des Verwaltungsakts den weniger belastenden Eingriff dar.¹⁹ Mithin müssen für die Zulässigkeit einer nachträglichen Auflage die Voraussetzungen der §§ 48 ff. ThürVwVfG vorliegen und die beizufügende Nebenbestimmung den Anforderungen des § 36 ThürVwVfG gerecht werden. Ersteres ist vorliegend gegeben (s.o.). Zu erörtern ist nun, ob die Voraussetzung für eine Auflage nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 ThürVwVfG gegeben sind. Danach ist eine Nebenbestimmung zulässig, die sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. Ein solcher Anlass kann bei Verwaltungsakten in Betracht kommen, wenn entweder von deren Eigenart her typischerweise damit zu rechnen ist oder im konkreten Einzelfall greifbare Anhaltspunkte befürchten lassen, dass ihre Voraussetzungen nach einer gewissen Zeit wieder entfallen könnten.²⁰ Bei der Erlaubnis der B handelt es sich um sog. Dauerwaltungsakt. Ein solcher liegt vor, wenn sich ein Verwal-

tungsakt nicht in einem einmaligen Gebot oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpft, sondern ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis begründet bzw. inhaltlich verändert.²¹ Dauerverwaltungsakte erfordern ständige Aufsicht und Überprüfung, da allein so die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen überwacht werden kann. Folglich liegt bereits in der Eigenart der Erlaubnis, als Tagesmutter arbeiten zu dürfen, und der Notwendigkeit einer fortlaufenden Aufsicht ein hinreichender Grund für die Zulässigkeit einer nachträglichen Auflage. Des Weiteren könnte die Mitgliedschaft der B bei Scientology konkreten Anlass geben, eine nachträgliche Auflage zu erlassen. Nahm B zu Beginn ihrer Tätigkeit als Tagesmutter lediglich an Inforeveranstaltungen teil, so ist sie mittlerweile ein aktives Mitglied. Dadurch entstehen begründete Zweifel an der weiteren Geeignetheit der B als Kindertagesmutter. Auch diese rechtfertigen den nachträglichen Erlass einer Nebenbestimmung.

(2) Gleiche Eignung bei gleicher Wirksamkeit?

Jedoch muss eine Auflage auch ein mildereres Mittel zur gleich geeigneten Erfüllung des legitimen Ziels darstellen. Bei gleicher Eignung bildet eine Auflage in jedem Fall ein mildereres Mittel als ein vollständiger Entzug. Problematisch ist, ob eine Auflage im Fall der B genauso effektiv ist wie ein Widerruf der Erlaubnis. Daran lässt sich im Hinblick auf das Kindeswohl zweifeln. Eine Offenlegung der Mitgliedschaft durch die B gegenüber den Eltern kann die B nicht davon abhalten, negativ auf die Entwicklung der Kinder einzuwirken. Die Auflage ist damit nicht gleich geeignet. Der Widerruf ist erforderlich. (a.A. vertretbar)

dd) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

Schließlich müsste der Widerruf der Erlaubnis auch verhältnismäßig i.e.S. sein. Dieses Gebot verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zum Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf. Das wäre dann der Fall, wenn eine Abwägung zwischen den Gefahren, die durch die Scientology-Mitgliedschaft der B entstehen, und der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte der B letzteren als unzumutbar für B erscheinen lassen. Die möglichen Grundrechtsbeeinträchtigungen der B müssen mit den zu schützenden entgegenstehenden Interessen in einen adäquaten Ausgleich gebracht werden.

Durch den Entzug der Erlaubnis könnten die Grundrechte der B aus Art. 4, 12 und 3 Abs. 3 S. 1 GG beeinträchtigt sein.

(1) Religions- oder Weltanschauungsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG

Der Widerruf der Erlaubnis könnte Art. 4 Abs. 1 GG verletzen.

(a) Schutzbereich

Fraglich ist, ob der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG eröffnet ist. In diesem Sinne ist zu prüfen, ob Scientology eine

¹⁴ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2009, S. 334 Rn. 9.

¹⁵ Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 36 Rn. 9c.

¹⁶ Vgl. zu § 7 Abs. 4 AuslG: BVerwG DVBl. 1982, 306.

¹⁷ BVerwG DÖV 1979, 293.

¹⁸ OVG Schleswig NVwZ 1994, 553; BVerwG BayVBl. 1992, 442; Stelkens (Fn. 10), § 36 Rn. 39 f.

¹⁹ Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 36 Rn. 53.

²⁰ BayVerwGH, Beschl. v. 31.5.2010 – 12 BV 09.2400, Rn. 11 (juris).

²¹ BT-Drs. 8/2034, S. 34.

Religion i.S.d. Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG darstellt. Grundsätzlich versteht die Rechtsprechung unter Religion oder Weltanschauung eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens. Was Religion ist, hängt dabei in hohem Maße vom Selbstverständnis und von subjektiven Vorstellungen der jeweiligen Religionsgemeinschaft ab.²² Daher dürfen weder der Staat noch der Richter versuchen, Glauben und Religion nach objektiven Merkmalen zu bestimmen.²³ Allerdings können nach der Rechtsprechung des BVerfG allein die Behauptung und das Selbstverständnis, eine Gemeinschaft bekenne sich zu einer Religion und sei eine Religionsgemeinschaft, für diese und ihre Mitglieder die Berufung auf die Freiheitsgewährleistung des Art. 4 Abs. 1, 2 GG nicht rechtfertigen. Vielmehr muss es sich auch tatsächlich, nach geistigem und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion handeln.²⁴

Bezüglich Scientology ist das vor allem in der Rechtsprechung umstritten. Einige Entscheidungen haben Scientology – überwiegend ohne nähere Begründung – als Religionsgemeinschaft i.S. des Grundgesetzes angesehen.²⁵ Andere Urteile lassen dies ausdrücklich offen.²⁶ Wieder andere wie etwa das BAG verneinen die Eigenschaft von Scientology als Religions- und Weltanschauungsgemeinschaft.²⁷ Das BAG begründet seine Auffassung, Scientology falle nicht in den Schutzbereich von Art. 4 GG, mit den geschäftlichen Aktivitäten dieser Organisation. Diese machten einen nicht nur unerheblichen Anteil an den gesamten Aktivitäten von Scientology aus; vielmehr seien die geschäftlichen Aktivitäten untrennbar damit verknüpft. Die religiösen oder weltanschaulichen Lehren dienten als Vorwand für die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele. Eine solche Kommerzialisierung, die auch interne „Kirchen“-Anordnungen betrifft, sei für Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften höchst ungewöhnlich.²⁸ Diese Einschätzung ist allerdings durchaus kritisch zu betrachten. Zum einen muss es Organisationen wie Scientology aus Gründen der Existenzsicherung oder der Verbreitung ihres Glaubens möglich sein, wirtschaftlich zu agieren.²⁹ Insofern spielt auch das relative Gewicht der wirtschaftlichen, verglichen mit den sonstigen Aktivitäten keine Rolle.³⁰ Zum anderen kann nicht allein die Höhe der Einnahmen einer Organisation als Kriterium dafür dienen, ob der Schutzbereich des Art. 4 GG eröffnet ist. Auch eine Betätigung in

großem Ausmaß schadet dem Charakter als Religion oder Weltanschauung grundsätzlich nicht.³¹

Des Weiteren differenzieren das BAG und auch andere³² bezüglich Scientology im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 GG nicht genau. Die Begriffe der Religion und Weltanschauung³³ müssen – gerade in Grenzfällen – sauber voneinander getrennt werden.³⁴ Die Religion legt eine den Menschen überschreitende und umgreifende („transzendente“) Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche („immanente“) Bezüge beschränkt.³⁵ Legt man diese sicherlich feinsinnige, aber dennoch angemessene Differenzierung zu Grunde,³⁶ ist Scientology, auch wenn nicht als Religion i.S.v. Art. 4 Abs. 1, 2 GG eingeordnet, jedenfalls als Weltanschauungsgemeinschaft anzuerkennen. Scientology bietet einer Religion vergleichbare Aussagen über die Herkunft des Menschen und seine Stellung in der Welt.³⁷ Die Überzeugungen dürfen wiederum nicht inhaltlich bewertet werden. Auch eine utopische und wirklichkeitsfremde Weltanschauung ist vom Schutzbereich umfasst³⁸ (a.A. vertretbar)³⁹.

³¹ *Morlok* (Fn. 29), Art. 4 Rn. 70.

³² OLG Düsseldorf NJW 1983, 2574; VG Darmstadt NJW 1983, 2595; BAG, NJW 1993 143 (146 f.).

³³ Die Bedeutung der Weltanschauungsfreiheit und insbesondere das Verhältnis zur Religionsfreiheit sind noch weitgehend ungeklärt. So ist etwa jede Religion immer auch Weltanschauung, aber nicht jede Weltanschauung ist Religion. In der Regel kann die Abgrenzung zwischen Religion und Weltanschauung wegen der rechtlichen Gleichstellung offen bleiben. Vertiefend dazu etwa: *Wilms*, in: Geis (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 493.

³⁴ A.A. wohl die h.M. (für einen einheitlichen Schutzbereich des Grundrechts auf Religionsfreiheit): BVerfGE 24, 236 (245); *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 4 Rn. 5, die aber sodann ihre Kommentierung aus Gründen der Einheitlichkeit und vor allem aus methodischen Gründen am Wortlaut der Norm aufbaut; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Bd. 1, Art. 4 Rn. 32; *Morlok* (Fn. 29), Art. 4 Rn. 54 m.w.N.

³⁵ BVerfGE 32, 98, 107; BVerwGE 37, 344 (363); BVerwGE 61, 152 (156); BVerfGE 90, 112 (115).

³⁶ Nach *Morlok* (Fn. 29), Art. 4 Rn. 54, sind die Religion und Weltanschauung sowie die einzelnen Teilgehalte nur mit „Klügelei“ voneinander abzugrenzen. Die historischen Kategorisierungen seien heute nicht mehr instruktiv, jedenfalls nicht zwingend.

³⁷ So auch *Hufen* (Fn. 22), S. 355 Rn. 7; zweifelnd, aber ohne Entscheidung *Starck* (Fn. 34), Art. 4 Rn. 55; deutlich verneinend *Muckel*, KuR 1999, 81.

³⁸ OVG Münster NVwZ 1986, 400.

³⁹ An dieser Stelle ist es ebenso vertretbar, die Eröffnung des Schutzbereiches von Art. 4 GG zu verneinen. Es lässt sich genauso gut argumentieren, dass Scientology eine Organisation sei, die lediglich Techniken der Selbstfindung und Lebenshilfe biete, die von bestimmten Anschauungen über den Menschen als Geist-Seele-Wesen bestimmt sind. Damit sei

²² *Hufen*, Staatsrecht II, 2007, S. 354 Rn. 6.

²³ *Hufen* (Fn. 22), S. 354 Rn. 6.

²⁴ BVerfGE 83, 341.

²⁵ BGHZ 78, 274 (278); LG Hamburg NJW 1988, 2617.

²⁶ BVerwGE 61, 152 (162 f.); OVG Hamburg NVwZ 1994, 192.

²⁷ OLG Düsseldorf NJW 1983, 2574; VG Darmstadt NJW 1983, 2595; BAG NJW 1993, 143 (146 f.).

²⁸ BAG NJW 1993, 143 (147).

²⁹ BVerfGE 105, 279 (293), *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 4 Rn. 70.

³⁰ *Morlok* (Fn. 29), Art. 4 Rn. 70; in diese Richtung auch bezüglich Scientology: *Hufen* (Fn. 22), S. 355 Rn. 7.

(b) Eingriff

Durch den Widerruf der Erlaubnis wird B die Mitgliedschaft bei Scientology nicht untersagt; allerdings wird ihr die Erlaubnis, als Tagesmutter arbeiten zu dürfen, aufgrund ihrer Weltanschauung genommen. Dadurch greift das Jugendamt zumindest mittelbar in das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG ein.

(c) Rechtfertigung

Bei Art. 4 GG handelt es sich um ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht. Nichtsdestotrotz kann ein Eingriff aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts und objektiver Schutzpflichten des Staates, die durch die Grundrechte statuiert werden, gerechtfertigt sein. Zur Rechtfertigung kommen grundsätzlich nur hochrangige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter in Betracht. Folglich ist hier zu klären, ob solche Belange vorliegen, und, wenn ja, ob die Weltanschauungsfreiheit der B durch sie werden kann.

Insofern müssen die möglichen Gefahren für andere verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter im Rahmen der Angemessenheitsprüfung Berücksichtigung finden. Hierzu zählt vor allem die staatliche Schutzpflicht für das Kindeswohl. Als Anknüpfungspunkte für diese Schutzpflicht kommen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (psychische Gesundheit) aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Betracht, da die Gefahr besteht, dass die persönliche Entwicklung der Kinder durch die Methoden von Scientology nicht unwesentlich negativ beeinträchtigt wird. Weiterhin könnte das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung der Kinder aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gefährdet sein.

Wie gezeigt stehen die Grundrechte der B der Verwirklichung der durch das Jugendamt verfolgten Gemeinwohlbelange diametral gegenüber. Daher gilt es, diese angemessen miteinander in Ausgleich zu bringen. Die Erziehungsziele und Erziehungsmethoden von Scientology sind mit der Feststellung einer kindeswohlorientierten Eignung der Pflegeperson grundsätzlich unvereinbar. Auch in inhaltlicher und methodischer Hinsicht laufen sie dem Recht des Kindes auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gesellschaftlichen Persönlichkeit zuwider. Sowohl die Grundsätze als auch die gesamte Systematik, die Organisationsstruktur und das Selbstverständnis der Vereinigung Scientology haben unmittelbare Auswirkung und Geltung für sämtliche Lebensbereiche der B, daher erscheint die von ihr vorgebrachte Trennung zwischen ihrer Tätigkeit als Tagespflegeperson und einem ausschließlichen Privatbereich zumindest als zweifelhaft. Es kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die Theorien von Scientology in die tägliche Betreuungspraxis einfließen. Dieser Gesichtspunkt wiegt unter Berücksichtigung der daraus resultierenden Gefahren und der hohen Wertigkeit des Schutzgutes „Kindeswohl“ besonders schwer.

Scientology eine Vereinigung, die de facto nicht auf die Pflege und das Bekenntnis einer Weltanschauung gerichtet ist, sondern allein wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt.

Jedoch ist es auf der anderen Seite nicht unproblematisch, aufgrund einer allein potentiellen Gefährdung der Kinder der B die Erlaubnis zu entziehen. Zwar hat sich ihr Status innerhalb der Organisation von einem interessierten Außenstehenden zu einem aktiven Mitglied verändert; daher mag es dem Jugendamt als angemessen erscheinen, latente Gefahren dadurch abzuwehren, dass es die bloße Mitgliedschaft in einer solchen Organisation zum Anlass nimmt, eine bereits erteilte Pflegeerlaubnis ohne weitere Sachprüfung für die Zukunft aufzuheben. Das ist aber jedenfalls im Hinblick auf die Kooperationsbereitschaft der B nicht angemessen.⁴⁰ Auch sind bisher keine konkreten Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls und für die vom Jugendamt vor allem befürchteten Auswirkungen der Scientology-Lehre im Hinblick auf eine psychische Gesundheitsbeeinträchtigung der Tagespflegekinder durch die B, die Erschwerung ihrer gesellschaftlichen Integration und eine dem Ziel der Selbstbestimmung zuwiderlaufenden Konditionierung der Kinder durch die B ersichtlich. Sie hat gezeigt, dass Scientology für sie bei der Ausübung der Kinderbetreuung keine Rolle spielt. Dies ergibt sich aus den stets positiven Bewertungen durch das Jugendamt sowie positiven Rückmeldungen der Eltern. Letztlich muss an dieser Stelle eine Prognoseentscheidung für die Zukunft getroffen werden. Aus derzeitiger Sicht sprechen die besseren Gründe dafür, insbesondere unter Berücksichtigung des schrankenlos gewährleisteten Grundrechts aus Art. 4, die betroffenen Grundrechte der B höher zu bewerten als die im Moment lediglich potentiellen Gefahren für die von ihr betreuten Kinder (a.A. vertretbar).

(d) Zwischenergebnis

B wurde durch den Widerruf aufgrund ihrer Mitgliedschaft bei Scientology in ihrer Weltanschauungsfreiheit verletzt.

(2) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Daneben kommt ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Beruf ist jede Tätigkeit, die in ideeller wie in materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁴¹ B verdient mit ihrer Tätigkeit als Tagesmutter den wesentlichen Teil ihres Lebensunterhaltes. Sie übt folglich einen Beruf aus. Durch den Widerruf der Erlaubnis ist es B nicht mehr möglich, als Tagesmutter zu arbeiten. Hierin liegt ein unmittelbarer Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. In Art. 12 Abs. 1 GG darf durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Der Widerruf beruhte auf § 49 ThürVwVfG, welcher als einfaches Landesgesetz dem Gesetzesvorbehalt genügt. Auch im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG muss die grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme angemessen sein. Da es sich bei dem Entzug der Erlaubnis aufgrund der persönlichen Weltanschauung um

⁴⁰ BayVerwGH, Beschl. v. 31.5.2010 – 12 BV 09.2400, Rn. 23 (juris).

⁴¹ BVerfGE 102, 197 (212); 105, 252 (265); 110, 304 (321); 111, 10 (28).

eine sog. subjektive Berufswahlbeschränkung⁴² handelt, ist eine Rechtfertigung nur bei der Notwendigkeit des Eingriffs zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zulässig. Hier liegt mit dem Schutz des Kindeswohls zwar ein hohes Gemeinschaftsgut vor. Aufgrund des hohen Gewichts der Weltanschauungsfreiheit, die die Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG noch verstärkt, war der Widerruf jedoch nicht angemessen (s.o. III. 4. b) dd) (1).

(3) *Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG*

Außerdem kommt eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in Betracht.⁴³ Gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG darf niemand wegen seines Glaubens oder seiner religiösen Anschauung diskriminiert werden. Teilweise wird vertreten, dass eine Diskriminierung aufgrund der Weltanschauung nicht in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG fällt.⁴⁴ Dafür streitet der Wortlaut der Norm. Diese Ansicht ist als Widerspruch zur Systematik des Grundgesetzes jedoch abzulehnen.⁴⁵ B wird ihre Erlaubnis allein unter Berufung auf ihre Weltanschauung entzogen. Folglich wird sie aufgrund ihres Glaubens benachteiligt und in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG beeinträchtigt. Unmittelbare Diskriminierungen anhand eines Merkmals des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG lassen sich zum einen nur mit der Begründung rechtfertigen, dass die getroffene Differenzierung zur Lösung von Problemen notwendig ist, die ihrer Natur nach nur bei Personen der einen Gruppe auftreten können.⁴⁶ Solche Probleme sind im gegebenen Sachverhalt nicht ersichtlich. Daneben ist aber auch eine Rechtfertigung aus kollidierendem Verfassungsrecht möglich.⁴⁷ Da Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wie auch Art. 4 Abs. 1 S. 1 GG an den Glauben der B anknüpft, ergeben sich materiell keine Unterschiede zu der Abwägung, die bereits im Rahmen der Prüfung des Art. 4 Abs. 1 GG erfolgte. Folglich liegt auch eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vor.

d) *Ermessen*

Das Jugendamt bezog die Möglichkeit anderer Rechtsfolgen in seine Begründung ein. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

e) *Widerrufsfrist*

Der Widerruf muss binnen einer Jahresfrist ab Erlangung der Kenntnis über die Tatsachen, welche den Widerruf rechtfertigen, erfolgen, § 49 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 48 Abs. 4 ThürVwVfG. Ab wann diese Frist zu laufen beginnt, ist in

mehrfacher Hinsicht streitig. Da die S den Widerruf allerdings noch am selben Tag vornahm, an welchem sie auch Kenntnis von der Mitgliedschaft der B bei Scientology erhielt, wurde die Jahresfrist eingehalten, ohne dass es auf eine Präzisierung des Fristbeginns ankäme.

f) *Zwischenergebnis*

Der Widerruf der Stadt Jena ist materiell rechtswidrig (a.A. vertretbar).

5. *Ergebnis*

Der Widerruf der Erlaubnis durch die Stadt Jena ist rechtswidrig und verletzt daher die B in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Die Klage der B ist somit begründet.

IV. Gesamtergebnis

Die Klage der B ist sowohl zulässig als auch begründet und wird daher Erfolg haben.

⁴² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 26, 37; zur sog. „Stufenlehre“ vgl. BVerfGE 25, 1.

⁴³ Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wird parallel zu Art. 4 GG angewandt, so BVerfGE 79, 69 (75).

⁴⁴ Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2009, Art. 3 Rn. 199.

⁴⁵ Jarass (Fn. 42), Art. 3 Rn. 127; Dürig/Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 57. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 3 Rn. 95.

⁴⁶ BVerfGE 85, 191 (207); Jarass (Fn. 42), Art. 3 Rn. 135.

⁴⁷ Jarass (Fn. 42), Art. 3 Rn. 135.

Übungsfall: Politisches Lehrstück

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, stud. iur. Mirjam Blumenthal, Köln

Diese Klausur wurde im Sommersemester 2010 den Studierenden des zweiten Semesters an der Universität zu Köln als Abschlussklausur der Vorlesung „Strafrecht II“ gestellt.

Sachverhalt

Der ehrgeizige, aber noch unerfahrene Politiker Pius (P) schreibt in einer E-Mail an seinen Parteifreund Quendolin (Q):

„Dass unser Parteikollege Rudolf, dieses dreckige Schwein, fürs Bundestags-Direktmandat kandidiert, sollten wir verhindern!“

Q schreibt zurück, eine solche E-Mail sei unter Parteikollegen inakzeptabel. Er werde sie bei der nächsten Vorstandssitzung laut verlesen.

Das hat P nicht erwartet! Zwar geht er davon aus, dass das Verlesen der E-Mail keine strafrechtlichen Folgen haben wird, da es von Rudolf (R) politisch unklug wäre, die Sache der Polizei anzuzeigen, und auch sonst niemand daran Interesse haben könne. Das Verlesen der E-Mail würde den P aber, so glaubt er, innerparteilich isolieren und dadurch seine gesamte Karriere in Frage stellen.

Das will P um jeden Preis verhindern. Da er kein anderes Mittel sieht, lässt er sich an den Auftragskiller Karl (K) vermitteln, dem er für die Tötung des Q die Zahlung von 20.000,- € verspricht. K ist einverstanden. Der Schuss, den K auf den Q abfeuert, nachdem er ihm maskiert mit der Waffe entgegengetreten ist, geht jedoch fehl; zu einem sofortigen zweiten Schuss fehlt die Gelegenheit, da Q sich schnell in Sicherheit bringt.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von P und K nach dem Strafgesetzbuch! Unterstellen Sie dabei, dass – entgegen der Erwartung des P – der R, der später vom Inhalt der E-Mail erfährt, einen Strafantrag deswegen stellt.

Lösungsvorschlag

Vorbemerkung: Die Klausur enthält zwei Problemschwerpunkte, erstens den der „gekreuzten Mordmerkmale“, zweitens den der Straftatverdeckung zu anderen Zwecken als der Strafverfolgungsvermeidung. Der Lösungsvorschlag ist so formuliert, wie er realistischerweise bei einer 120-minütigen Bearbeitungszeit erwartet werden kann; die Fußnoten sind absichtlich sparsam gehalten.

1. Tatkomplex: Das Abschicken der E-Mail

A. Strafbarkeit des P nach § 187 Hs. 1 StGB

P könnte sich gem. § 187 Hs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem Q eine E-Mail schickte, in welcher er den R als „dreckiges Schwein“ bezeichnete. Dazu müsste P objektiv zunächst eine Tatsache behauptet oder verbreitet haben. Tatsachen sind alle Ereignisse oder Zustände der Außen- oder Innenwelt, die der Vergangenheit oder Gegenwart angehören und daher dem Beweis zugänglich sind. Demgegenüber sind Werturteile subjektive Wertungen, Schlussfolgerungen und

Prognosen.¹ P behauptete in der E-Mail, dass R ein „dreckiges Schwein“ sei. Offensichtlich handelt es sich bei dem R jedoch nicht um ein Tier, so dass diese Behauptung jeden Tatsachenkern entbehrt und dem Beweis nicht zugänglich ist. Vielmehr bekundete P damit seine persönliche Meinung über den Charakter des R. Folglich handelte es sich um ein Werturteil, und eine Strafbarkeit nach § 187 Hs. 1 StGB entfällt bereits mangels der Behauptung einer Tatsache.

Hinweis: Ganz offensichtlich wurde keine Tatsache geäußert, so dass es kaum zu beanstanden ist, wenn § 187 StGB nicht erwähnt, sondern sogleich § 185 StGB geprüft wird.

B. Strafbarkeit des P nach § 185 Hs. 1 StGB

P könnte sich durch dieselbe Handlung jedoch gem. § 185 Hs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

P müsste den R beleidigt haben. Eine Beleidigung ist ein Angriff auf die Ehre eines andern durch Kundgabe der Miss- oder Nichtachtung.²

a) Dies kann sowohl in Form einer Tatsachenbehauptung gegenüber dem Beleidigten als auch eines Werturteils gegenüber dem Beleidigten oder einem Dritten geschehen. Die von P aufgestellte Behauptung, der R sei ein „dreckiges Schwein“, ist ein Werturteil (s.o.), das geeignet ist, den R in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, und das die Missachtung des R seitens des P zum Ausdruck bringt.

b) Fraglich ist indes, ob P diese Missachtung auch kundgetan hat. Zweifel ergeben sich, weil P sich in der E-Mail vertraulich gegenüber seinem Parteikollegen Q äußerte und somit in einer beleidigungsfreien Sphäre agiert haben könnte. Eine solche Sphäre wird für enge Vertrauensverhältnisse im Sinne einer teleologischen Reduktion des Kundgabebegriffs diskutiert.³ Weitgehend als beleidigungsfreie Sphäre anerkannt sind die engere Familie sowie rechtlich geschützte Vertrauensverhältnisse zu gem. § 203 StGB schweigepflichtigen Berufsangehörigen. P und Q waren jedoch lediglich Parteikollegen, ein besonders enges Vertrauensverhältnis ist dabei nicht ersichtlich. Folglich hat P die ehrverletzende Äußerung auch kundgetan, der objektive Tatbestand ist mithin erfüllt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist nur mit intensiver Begründung vertretbar. Wer dieser folgt, muss sich mit der späteren Kenntnisnahme des R vom E-Mail-Inhalt auseinandersetzen.

¹ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 186 Rn. 2-3a.

² Vgl. Fischer (Fn. 1), § 185 Rn. 4.

³ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 28 Rn. 23-30.

2. Subjektiver Tatbestand

P müsste vorsätzlich, also wissentlich und willentlich gehandelt haben. Zwar entsprach es nicht seiner Vorstellung, dass R von dem ehrverletzenden Inhalt der E-Mail erfuhr. Da ein herabsetzendes Werturteil jedoch auch gegenüber einem Dritten geäußert werden kann, genügt es, dass P wissentlich und willentlich hinsichtlich der Kenntnisnahme seitens des Q handelte.

Hinweis: Wer objektiv die Kundgabe bezogen auf die Kenntnisnahme des Q verneint hat, muss hier explizit den Vorsatz bezüglich der Kundgabe durch Kenntnisnahme des R prüfen – und verneinen. Ein anderes Ergebnis ist nach gegebenem Sachverhalt nicht vertretbar.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

P handelte mangels entgegenstehender Gründe auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafantrag

Den gemäß § 194 Abs. 1 S. 1 StGB erforderlichen Strafantrag hat R gestellt.

IV. Ergebnis

P hat sich nach § 185 Hs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Die Attacke gegen den Q

A. Strafbarkeit des K

K könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 2. Gruppe Var. 1, 1. Gruppe Var. 3, 22 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf den Q schoss.

I. Vorprüfung

Die Tat blieb, da der tatbestandsmäßige Erfolg, nämlich der Tod eines Menschen, insbesondere des Q, nicht eintrat, unvollendet. Der Versuch ist strafbar gemäß §§ 211 Abs. 1, 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 StGB.

II. Tatentschluss

K müsste zur Tat entschlossen gewesen sein, also Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehabt und etwaige zusätzliche subjektive Anforderungen erfüllt haben.

1. K handelte, indem er den Q töten wollte, vorsätzlich bezüglich der Verwirklichung des Grundtatbestands § 212 Abs. 1 StGB.

2. Fraglich ist, ob der Tatentschluss des K auch Mordmerkmale einschloss.

a) K könnte zur heimtückischen Begehung, § 211 Abs. 2 2. Gruppe Var. 1 StGB, entschlossen gewesen sein. Dazu müsste er den Entschluss gefasst haben, die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers zur Tötung auszunutzen.⁴ Arglos ist, wer sich bei Beginn des Tötungsversuchs keines erheblichen tätlichen Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Un-

versehrtheit versieht.⁵ K trat Q offen entgegen, bevor er auf ihn schoss. K wollte also nicht, dass Q zum Zeitpunkt des Angriffs arglos sei, so dass er auch nicht vorsätzlich bezüglich einer heimtückischen Begehung der Tat handelte.

Hinweis: Ob es einer restriktiven Interpretation des Heimtücke bedarf, indem man z.B. einen verwerflichen Vertrauensbruchs fordert, ist hier nicht zu diskutieren. Eine Schwerpunktsetzung beim Merkmal Heimtücke war falsch, also negativ zu bewerten!

b) In Betracht kommt aber, dass K aus Habgier, § 211 Abs. 2 1. Gruppe Var. 3 StGB, nämlich aus einem ungezügelt und rücksichtslosen Streben nach Vermögensvorteilen um jeden Preis⁶ handelte. K wollte den Q allein mit dem Ziel töten, die seitens des P versprochenen 20.000,- € zu erhalten, also einen finanziellen Vorteil zu erlangen. Er setzte sich mithin rücksichtslos über das Lebensrecht des Q hinweg, handelte also aus Habgier.

III. Unmittelbares Ansetzen

K vollzog, indem er auf Q schoss, eine Handlung, die nach seiner Vorstellung den Erfolg unmittelbar und ohne weitere Zwischenschritte herbeiführen sollte, setzte also unmittelbar zur Tat an.

Hinweis: Das unmittelbare Ansetzen liegt hier unstrittig vor. Daher ist es überflüssig, näher auf die diesbezüglichen Differenzierungsansätze einzugehen.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

V. Persönlicher Strafaufhebungsgrund

K könnte gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein. Der Rücktritt ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Versuch bereits fehlgeschlagen ist, d.h. wenn der Täter erkennt oder irrig annimmt, dass er den Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln entweder gar nicht oder zumindest nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann.⁷ Nachdem der erste Schuss auf den Q fehlging, gelang es diesem, sich schnell in Sicherheit zu bringen. K erkannte, dass er deshalb den Q auch durch einen zweiten Schuss nicht mehr ohne zeitliche Zäsur töten konnte. Mithin schlug der Versuch fehl, ein strafbefreiender Rücktritt ist ausgeschlossen.

Hinweis: Akzeptabel ist es, mit einer Mindermeinung⁸ den „Fehlschlag“ als dogmatische Figur abzulehnen und vorliegend stattdessen die Freiwilligkeit zu verneinen.

⁵ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 211 Rn. 35-38.

⁶ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 211 Rn. 10.

⁷ Vgl. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 16 Rn. 9-22.

⁸ So z.B. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 11 Rn. 77 und 87.

⁴ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 211 Rn. 34 u. 40.

Nähere Ausführungen sind angesichts des jeweils selben Ergebnisses jedoch nicht sinnvoll.

VI. Ergebnis

K hat sich nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 1. Gruppe Var. 3, 22 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des P

P könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 1. Gruppe Var. 3, 3. Gruppe Var. 2, 1. Gruppe Var. 4, 22, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem K 20.000,- € für die Tötung des Q in Aussicht stellte.

Hinweise: (1) Eine *Mittäterschaft* des P zu prüfen liegt fern und sollte allenfalls sehr kurz angesprochen werden. Der Auftragskiller handelte so selbständig, dass auch nach der subjektiven Theorie P nur Anstifter war.

(2) Mit dieser Paragraphenkette im Obersatz „§§ 212 Abs. 1, 211 [...] StGB“ ist bereits die Entscheidung für die Interpretation des Mordes als *Qualifikation* zum Totschlag gefallen. Wer, selbstverständlich ebenso gut vertretbar, mit dem BGH den Mord als eigenständiges Delikt ansieht, muss dies durch Nennung nur des § 211 StGB bereits im Obersatz zum Ausdruck bringen.

(3) Es sind im Obersatz alle Mordmerkmale, die für die Strafbarkeit des P relevant sein können, zu nennen, also sowohl die seitens des K als auch die womöglich seitens des P verwirklichten.

I. Tatbestand

1. Objektiv

a) Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist mit dem von K begangenen versuchten Mord gegeben, §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 1. Gruppe Var. 3, 22 StGB (s.o.).

Hinweis: Es geht hier nicht um eine versuchte Anstiftung, § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1, sondern um Anstiftung zum Versuch!

b) P müsste den K zur Tat bestimmt haben, also bei diesem den Entschluss zur konkreten Tat hervorgerufen haben.⁹ Nachdem P dem K 20.000,- € für die Tötung des Q versprach, fasste K den Entschluss, den Q zu töten. Es war somit der P, der den K zur Tat bestimmte.

2. Subjektiv

a) P handelte, da er die Tötung des Q durch den K wollte, vorsätzlich hinsichtlich der Vollendung der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat.

Hinweis: Machen Sie deutlich, dass im Falle der Anstiftung zum Versuch (überschießender) *Vollendungsvorsatz* des Anstifters erforderlich ist.

b) Der Vorsatz des P umfasste auch, den Tatentschluss des Q durch das In-Aussicht-Stellen der Belohnung selbst hervorzurufen.

3. Tatbestandsverschiebung

Hinweis: In der Übungsliteratur werden verschiedene Aufbauweisen vertreten, die selbstverständlich alle akzeptabel sind.¹⁰ Entscheidend ist, dass Ihre Argumentation in sich logisch ist und den Grundsatz beachtet, dass Verweisungen nach unten unzulässig sind.

a) Tatbestandsverschiebung von § 211 StGB zu § 212 StGB

Fraglich ist, ob, als Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 StGB, der Tatbestand von § 211 StGB zu § 212 StGB hin zu verschieben ist. Das könnte sich daraus ergeben, dass K den Q aus Habgier, § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB, töten wollte, während bei P dieses Motiv nicht vorlag. Die Habgier ist, wie alle Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe, jedenfalls ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von §§ 14 Abs. 1, 28 StGB. Umstritten ist indes, ob § 28 Abs. 1 StGB oder Abs. 2 Anwendung findet.¹¹ Begreift man mit der herrschenden Lehre § 212 StGB als Grundtatbestand und § 211 StGB als Qualifikation desselben, so wirken die Mordmerkmale strafscharfend, so dass § 28 Abs. 2 StGB anwendbar ist. Vorliegend würde dies zu einer Tatbestandsverschiebung zugunsten des P von § 211 StGB nach § 212 Abs. 1 StGB führen. Sieht man § 211 StGB jedoch mit der ständigen Rechtsprechung als eigenständigen Tatbestand, dann handelt es sich bei den Mordmerkmalen um strafbegründende Merkmale im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB, so dass eine Tatbestandsverschiebung zugunsten des P vorliegend entfielen und er lediglich in den Genuss einer obligatorischen Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB käme.

Der Wortlaut spricht, indem § 212 Abs. 1 StGB fordert, dass der Täter kein Mörder ist, gegen ein Qualifikationsverhältnis, ebenso die gesetzssystematische Tatsache, dass § 211 StGB dem § 212 StGB, für Qualifikationstatbestände ganz untypisch, vorangestellt ist. Der Gesetzgeber, so kann man schließen, sieht den Mord demnach als eigenständigen, nämlich einen besonders herauszustellenden Unrechtsgehalt verwirklichenden Tatbestand an, worauf auch die Formulierung des § 211 StGB (Abs. 1 „Der Mörder [...]“, Abs. 2 „Mörder ist, wer [...]“) hindeutet. Allerdings stützt sich diese auf eine Stigmatisierung des Mörders abzielende Herausstellung auf die überholte und durch ihre nationalsozialistische Provenienz diffamierte Lehre vom Tätertyp und ist mit dem heutigen schuld-, nämlich tatbezogenen Strafverständnis nicht zu vereinbaren.

Überzeugender ist es daher, den Mord als eine besonders gravierende Form des Totschlags und damit als Qualifikation desselben zu verstehen, was mit der allgemeinen Systematik des Besonderen Teils besser konform geht. Auch wird hierdurch das sonst resultierende widersprüchliche Ergebnis für die Konstellation der „gekreuzten Mordmerkmale“ vermieden.

⁹ Vgl. Kühl (Fn. 7), § 20 Rn. 169-176a.

¹⁰ Vgl. z.B. Rengier (Fn. 3), § 5 Rn. 13.

¹¹ Vgl. zum Streit Rengier (Fn. 3), § 4 Rn. 1 f., § 5 Rn. 3-12.

den, wenn also die Beteiligten jeweils unterschiedliche täterbezogene Mordmerkmale realisieren: Dann müsste nämlich bei dogmatisch korrekter Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB die Strafe des Teilnehmers nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden, obwohl dieser dasselbe Unrecht verwicklicht wie ein Teilnehmer, der dasselbe Mordmerkmal wie der Täter verwicklicht. Indem die Rechtsprechung hier mit Verweis auf die Vergleichbarkeit der täterbezogenen Mordmerkmale die Milderung des § 28 Abs. 1 versagt, gelangt sie zwar zum gerechten Ergebnis, aber auf dogmatisch nicht überzeugendem Weg, nämlich unter Missachtung des eindeutigen Wortlauts des § 28 Abs. 2 StGB. Ihr ist daher nicht zu folgen, sondern § 211 StGB als Qualifikation des § 212 StGB zu begreifen, mithin § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden, so dass zugunsten des P eine Tatbestandsverschiebung hin zu § 212 StGB vorzunehmen ist.

b) Tatbestandsverschiebung von § 212 StGB zu § 211 StGB

Fraglich ist, ob § 28 Abs. 2 StGB ein zweites Mal, nunmehr zu Lasten des P, anzuwenden ist, wenn er nämlich ein vom Täter nicht verwirklichtes täterbezogenes Mordmerkmal realisierte.

aa) Möglicherweise handelte P in Verdeckungsabsicht, § 211 Abs. 2 3. Gruppe Var. 2 StGB.

Hinweis: Die Verdeckungsabsicht ist zwingend vor den mit Auffangcharakter ausgestatteten „niedrigen Beweggründen“ zu prüfen. Wer, (noch) vertretbar, den Kundgäbecharakter der E-Mail-Versendung, mithin die Verwirklichung des § 185 StGB verneint hat, muss die Verdeckungsabsicht nicht prüfen, kann also sofort die niedrigen Beweggründe erörtern.

Dazu müsste P den K zur Tötung angestiftet haben, um dadurch die Entdeckung einer Straftat zu verhindern, wobei als Straftat hier allein die begangene Beleidigung (s.o.) in Betracht kommt. Problematisch könnte aber sein, dass P keine Anzeige seitens des R befürchtete, folglich nicht beabsichtigte, seine Strafverfolgung zu verhindern, sondern aus dem ganz anderen Motiv handelte, zu verhindern, dass er innerparteilich ins Abseits gerate.

Für die Frage, ob auch die Vermeidung *außerstrafrechtlicher* Konsequenzen tatbestandlich sein kann, ist angesichts des insoweit offenen Wortlauts teleologisch zu argumentieren. Maßgeblich ist demnach, den Schutz welchen Rechtsguts § 211 Abs. 2 3. Gruppe Var. 2 StGB bezweckt.¹² Sieht man dieses in der Strafrechtspflege, so ist die Verdeckung aus außerstrafrechtlichen Motiven, wie vorliegend für P, nicht unter den Tatbestand des § 211 Abs. 2 3. Gruppe Var. 2 StGB zu subsumieren. Der BGH sieht demgegenüber als Grund der besonderen Sanktionierung der Verdeckungsabsicht die Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht und bejaht auch in solchen Fällen das Mordmerkmal, in denen der Täter aus anderen Gründen als zur Vermeidung der Strafverfolgung die Tat verdecken will. Allerdings fehlt es in

diesen Fällen an dem besonderen funktionalen Zusammenhang zwischen Tötung und Vortat, mithin an der spezifischen Unrechtsqualität dieses Mordmerkmals.¹³ Auch im Hinblick auf den strafprozessualen Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*, der wegen der Selbstbegünstigungstendenz der Verdeckung hier besondere Bedeutung erlangt, sowie vor allem vor dem Hintergrund der absoluten Strafandrohung des § 211 StGB und des damit verbundenen verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionsbedürfnisses der Mordmerkmale im Allgemeinen, schließlich auch mit Blick auf die allfällige Möglichkeit der Subsumtion unter die „niedrigen Beweggründe“, ist die zuerst geschilderte Ansicht vorzugswürdig, vorliegend also die Verdeckungsabsicht des P zu verneinen.

Hinweis: Die andere Ansicht ist ebenso gut vertretbar. Wer die Verdeckungsabsicht bejaht, muss als Rechtsfolge bereits hier rückwärtig den Tatbestand verschieben, so wie dies nach der hier vorgeschlagenen Lösung unten nach Feststellung des niedrigen Beweggrundes geschieht.

bb) P könnte jedoch aus niedrigen Beweggründen, § 211 Abs. 2 1. Gruppe Var. 4 StGB, gehandelt haben. Niedrig sind solche Beweggründe, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht oder rücksichtslosen Egoismus gekennzeichnet und deshalb besonders verachtenswert sind.¹⁴ Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist durch eine Gesamtwürdigung der Tatumstände, Lebensverhältnisse und Persönlichkeit des Täters zu beurteilen.¹⁵

Ps Verhalten war dadurch motiviert, dass er einen massiven innerparteilichen Ansehensverlust durch das Bekanntwerden seiner E-Mail fürchtete. Allein um seine Karriere nicht zu gefährden, wollte er das Bekanntwerden eigenen strafbaren Verhaltens verhindern und war gewillt, das Leben des Q hierfür zu opfern. Eine solche Motivation, die von purem Egoismus und hemmungsloser Eigensucht zeugt, ist besonders verachtenswert und steht auf sittlich tiefster Stufe. Mithin handelte P aus niedrigem Beweggrund.

Hinweis: Auch wenn die Verdeckung zu anderen Zwecken als der Verfolgungsvereitelung zumeist einen niedrigen Beweggrund darstellt, kann die Frage, ob „Verdeckungsabsicht“ vorliegt, nicht dahinstehen!

Folglich ist der Tatbestand nochmals, nun zu Lasten des P, gemäß § 28 Abs. 2 StGB von § 212 StGB zu § 211 StGB hin zu verschieben. Mithin hat er den Tatbestand des §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 1. Gruppe Var. 4, 22, 26 StGB erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

P handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

¹² Vgl. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 211 Rn. 12.

¹³ Vgl. Rengier (Fn. 3), § 4 Rn. 56.

¹⁴ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 211 Rn. 14-32.

¹⁵ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 211 Rn. 15.

III. Ergebnis

P hat sich nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 1. Gruppe Var. 4, 22, 26 StGB strafbar gemacht.

C. Ergebnisse und Konkurrenzen

Hinweis: Fehlen die „Konkurrenzen“, ist die Klausur unvollständig, was zu empfindlichem Punktabzug führen kann.¹⁶

P hat sich nach § 185 Hs. 1 StGB und §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 1. Gruppe Var. 4, 22, 26 StGB strafbar gemacht. Die Deliktsverwirklichungen stehen wegen des zeitlichen Abstands, vor allem aufgrund des bei der zweiten Tat neu gefassten selbständigen Tatentschlusses in Tatmehrheit, § 53 StGB.

K hat sich nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 1. Gruppe Var. 3, 22 StGB strafbar gemacht.

¹⁶ Näheres zum Umgang mit den Konkurrenzen bei *Steinberg/Bergmann*, Jura 2009, 905.

Entscheidungsanmerkung

Darlegungs- und Beweislast für das arglistige Verschweigen eines Mangels

1. Haben die Parteien einen Haftungsausschluss vereinbart, trägt der Käufer nach § 444 BGB grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Umstände, die den Arglisttatbestand ausfüllen, wozu bei einer Täuschung durch Verschweigen auch die fehlende Offenbarung gehört.

2. Da es sich bei der unterbliebenen Offenbarung um eine negative Tatsache handelt, kommen dem Käufer Erleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugute.

3. Wendet der Verkäufer gegen die behauptete arglistige Täuschung ein, er sei davon ausgegangen, der Käufer sei über den Mangel bereits aufgeklärt worden, trifft ihn auch insoweit eine sekundäre Darlegungslast; dagegen trägt er die volle Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung, der Käufer habe Kenntnis von dem Mangel unabhängig von einer ihm, dem Verkäufer, zurechenbaren Aufklärung erlangt (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB).

BGB §§ 442 Abs. 1 S. 1, 444

BGH, Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09 (OLG Celle, LG Lüneburg)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung behandelt vor allem Fragen der Darlegungslast und der objektiven Beweislast. Sie betrifft unmittelbar den Fall des (möglichen) arglistigen Verschweigens eines Sachmangels beim Kauf, erscheint jedoch darüber hinaus allgemein geeignet, Studierenden Grundkenntnisse über Bedeutung und Verteilung der Beweislast und der Darlegungslast im Prozess nahezubringen.

2. Konkret geht es um die Schadensersatzklage der Käufer eines Hausgrundstücks, das unter Ausschluss der „Gewähr für Fehler und Mängel“ verkauft wurde. Dabei war den Verkäufern bei Kaufvertragsschluss bekannt, dass die Fassade des Wohngebäudes Jahrzehnte zuvor unter Verwendung von Asbestzementplatten errichtet worden war. Die Käufer behaupten, dies sei ihnen arglistig verschwiegen worden. Die Verkäuferseite verteidigt sich mit der Behauptung, die Käufer hätten die Asbesthaltigkeit der Fassade aus den zum Zwecke der Finanzierung ausgehändigten Unterlagen ersehen können, die (unstreitig) eine entsprechende Baubeschreibung enthielten. Außerdem seien sie davon ausgegangen, die Käufer seien vom Makler bzw. der noch im Hause wohnenden Schwiegermutter über die Asbesthaltigkeit der Fassade informiert worden.

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (1.2.2011) abrufbar.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Bereits in einer früher in derselben Streitsache ergangenen Revisionsentscheidung² hat der BGH zutreffend klargestellt, dass es für den Sachmangel i.S.v § 434 Abs. 1 BGB nicht auf das Baujahr des Wohnhauses ankommt, sondern darauf, ob der Rechtsverkehr im Zeitpunkt des späteren Vertragsschlusses ein älteres Wohnhaus, dessen Fassade aus Asbestzementplatten besteht, als uneingeschränkt geeignet ansieht für die gewöhnliche bzw. die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung. Auf dieser Grundlage geht der BGH in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht aktuell davon aus, dass die asbesthaltige Fassade einen Sachmangel darstelle, den die Verkäufer der Käuferseite hätten offenbaren müssen.³ Irrelevant sei, so der Senat weiter, dass sich die Asbestverwendung aus der ausgehändigten Baubeschreibung ergeben habe. Denn ein verständiger und redlicher Verkäufer dürfe nicht ohne weiteres erwarten, dass der Käufer Finanzierungsunterlagen auf Mängel des Kaufobjekts durchsehen werde.

2. a) Da der Verkäufer nach § 444 BGB bei Arglist gehindert ist, sich auf einen vereinbarten Haftungsausschluss zu berufen, hing der Erfolg der Schadensersatzklage mithin davon ab, ob die Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatten. Arglistiges Verschweigen setzt in objektiver Hinsicht mangelnde Aufklärung über den Mangel voraus. Darüber hinaus verlangt die Rspr. in subjektiver Hinsicht, dass der Verkäufer weiß oder zumindest für möglich hält, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.⁴ Für sämtliche Voraussetzungen der Arglist trägt, wie der BGH vorliegend bestätigt,⁵ grundsätzlich der Käufer die Darlegungs- und Beweislast.

b) Während die *objektive Beweislast* die Frage regelt, zu Lasten welcher Partei es sich im Prozess auswirkt, wenn das Gericht die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache nicht aufzuklären vermag (sog. non liquet) und mit *subjektiver (formeller) Beweislast* oder *Beweisführungslast* die Notwendigkeit umschrieben wird, hinsichtlich streitiger Tatsachen zur Vermeidung des Prozessverlustes Beweis zu führen,⁶ setzt die Darlegungslast noch einen Schritt früher an, indem sie die Obliegenheit bezeichnet, Tatsachen im Prozess vorzutragen.⁷ Sie ist Ausfluss des der ZPO zugrunde liegenden Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatzes, nach dem das Gericht den Sachverhalt nicht von Amts wegen ermittelt, sondern es Sache der Parteien ist, die entscheidungserheblich-

² S. BGH NJW 2009, 2120 Rn. 7; s. zu dieser Entscheidung, in der überdies ausgesprochen wird, dass die Regeln der culpa in contrahendo zumindest bei arglistiger Täuschung des Käufers nicht durch die §§ 434 ff. BGB verdrängt werden, Lorenz, LMK 2009, 282362.

³ Vgl. den Nachw. in den Entscheidungsgründen Rn. 10 f.

⁴ BGH NJW 2007, 835 Rn. 9 m.w.N.

⁵ Vgl. den Nachw. in den Entscheidungsgründen Rn. 12 m.w.N.

⁶ S. ausf. Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rn. 97 ff.

⁷ S. nur Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 7b ff.

chen Tatsachen vorzutragen.⁸ Grundsätzlich besteht nach h.M. ein Gleichlauf von Darlegungs- und Beweislast.⁹ Es gibt demnach keine generelle prozessuale Pflicht der nichtbeweisbelasteten Partei, zur Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen und entsprechend im Prozess vorzutragen.¹⁰

c) Relativiert werden diese Grundsätze aber durch die ständige Rechtsprechung zur sog. sekundären Darlegungslast.¹¹ Danach obliegt der nicht beweisbelasteten Partei eine gesteigerte Darlegungslast, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufes steht und die wesentlichen Tatsachen deshalb nicht kennt, während diese der Gegenpartei bekannt sind.

d) Diese Grundsätze wendet der BGH auch vorliegend an. So nimmt der Senat in einem ersten Schritt an, dass die Verkäuferseite hinsichtlich der objektiven Seite der Arglist eine sekundäre Darlegungslast treffe, diese also in räumlich, zeitlich und inhaltlich spezifizierter Weise hätte vortragen müssen, wie über den Sachmangel aufgeklärt worden sei – was nicht erfolgt war –, während die Käufer dann lediglich diesen konkreten Vortrag hätten ausräumen müssen. Dabei rechtfertigt der BGH die sekundäre Darlegungslast mit dem Argument, bei der unterbliebenen Aufklärung handle es sich um eine negative Tatsache weswegen den an sich darlegungspflichtigen Käufern deshalb Erleichterungen zugute kommen.¹²

e) In Bezug auf die subjektive Seite der Arglist, also die Vorstellung der Verkäufer, der Käufer habe den Mangel nicht gekannt, bejaht der BGH dann ebenfalls eine subjektive Darlegungslast der Verkäufer, so dass diese wiederum hätten konkret vortragen müssen, i.e. in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht hätten spezifizieren müssen, warum sie davon ausgingen, der Käufer habe den Mangel gekannt. Die Begründung, die der BGH insoweit für die sekundäre Darlegungslast gibt, erschöpft sich allerdings in dem Verweis darauf, dass eine unterschiedliche Verteilung der Darlegungslast für die objektive Seite der Arglist einerseits und deren subjektive Seite andererseits nicht sachgerecht sei.¹³ Dies lässt Zweifel offen. Denn wenn sich die sekundäre Darlegungslast in Bezug auf die objektive Seite der Arglist tatsächlich dem Umstand verdanke, dass es sich insoweit um eine negative Tatsache handelt, dann erschiene eine Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver Seite der Arglist entgegen dem BGH gerade nicht sachwidrig, stellt doch die Vorstellung des Verkäufers von der Kenntnis des Käufers ihrerseits keine negative Tatsache dar. Es verwundert deshalb, dass der Senat nicht schlicht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung¹⁴ sowohl für die objektive wie

die subjektive Seite der Arglist darauf abstellt, dass im Streitfall Geschehensabläufe betroffen waren, die der Kenntnis der an sich darlegungsbelasteten Käufer entzogen waren, während diese der Verkäuferseite bekannt waren.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

⁸ S. dazu Greger (Fn. 7), Vor § 128 Rn. 10.

⁹ Greger (Fn. 7), § 138 Rn. 8b.

¹⁰ Abw. aber Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 92 ff.; Waterstraat, ZJP 118 (2005), 459.

¹¹ Vgl. die Nachw. bei Prütting (Fn. 6), § 286 Rn. 103 und Greger (Fn. 7), Vor § 284 Rn. 34 ff.

¹² S. die Entscheidungsgründe Rn. 12.

¹³ S. die Entscheidungsgründe Rn. 12.

¹⁴ S. Fn. 11.

Entscheidungsanmerkung

Zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue

1. Der Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren.

2. Die Rechtsprechung ist gehalten, Unklarheiten über den Anwendungsbereich von Strafnormen durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgesbot).

3. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

StGB § 266

*BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09*¹

I. Einführung

Der Tatbestand der Untreue gehört bei Studierenden sicherlich zu den unbeliebtesten Tatbeständen.² Das nicht ohne Grund: Jedes Merkmal dieser Norm ist umstritten und eine Systematik kaum noch auszumachen. Die Kasuistik erscheint inzwischen unüberschaubar und nicht jede Entscheidung ist mit vorhergegangenen immer kompatibel.

Auch in der Rechtsprechung herrscht inzwischen große Unsicherheit über die Auslegung des § 266 StGB. Lediglich in klassischen Fallkonstellationen lässt sich noch eindeutig sagen, ob die Strafbarkeit wegen Untreue zu bejahen ist oder nicht. Jeder neue Fall – und sei er auch nur in Nuancen von bereits entschiedenen Fällen unterschiedlich – birgt potenzielle Überraschungen. Dass z.B. die Bildung schwarzer Kassen nach der neueren Rechtsprechung des BGH³ eine strafbare Untreue sein würde, konnte vor dem Urteil keineswegs mit Sicherheit prognostiziert werden.⁴

Wenn aber schon Juristen den Anwendungsbereich des Tatbestandes nur schwer umgrenzen können, kommen Zweifel daran auf, ob der Normbefehlsempfänger dem Tatbestand das verbotene Verhalten überhaupt noch entnehmen kann. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass in der Literatur darüber diskutiert wird, ob § 266 StGB mit dem Bestimmtheitsgrund-

satz zu vereinbaren ist.⁵ Manche Autoren lassen es an Deutlichkeit ihrer Sicht dabei nicht fehlen: Das sei ersichtlich nicht der Fall.⁶

Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit zum Tatzeitpunkt gesetzlich bestimmt war. Dabei geht es auch um den Schutz des Normadressaten, der vorhersehen können soll, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist.⁷ Strafrechtliche Tatbestände müssen also dergestalt formuliert sein, dass sie die Voraussetzungen der Strafbarkeit konkret beschreiben und den Anwendungsbereich der Norm klar umreißen.⁸ Dieser Grundsatz steht im Spannungsverhältnis mit dem Erfordernis, Tatbestände so abstrakt zu halten, dass sie auf eine Vielzahl, z.T. für den Gesetzgeber nicht vorhersehbare Lebenssachverhalte anwendbar sein müssen.⁹ Um kasuistische, starre Regelungen zu vermeiden, muss sich der Gesetzgeber oftmals abstrakter und allgemeiner Begriffe bedienen. Generalklauseln und wertungsausfüllende Begriffe sind deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁰ Soweit die Konkretisierung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das BVerfG.¹¹

Diese Grundsätze wendet der 2. Senat im vorliegenden Beschluss auf die Untreue an, um zu überprüfen, ob der Tatbestand dem Bestimmtheitsgrundsatz noch entspricht. Dabei äußert er sich gleich zu zwei Problemen der Untreue. Zum einen stellt er Grundsätze für die Bestimmung der Tathandlung des Treuebruchtatbestandes – das pflichtwidrige Verhalten – auf, bei deren Beachtung eine Verfassungswidrigkeit des § 266 StGB nicht zu befürchten sei.¹² Zum anderen hält er die sog. schadensgleiche Vermögensgefährdung¹³ für verfassungsgemäß, wenn sein Ausmaß wirtschaftlich bestimmt wird.

Dieses Verdikt ist mit Spannung erwartet worden. Aber es sei die Frage erlaubt, welche Alternative zu dieser Entscheidung das BVerfG hatte. Die Abschaffung der Untreue dürfte schwerlich gewollt sein, weil es geradezu Charakteristikum des modernen Wirtschaftslebens ist, dass ein Vermögensbetreuungspflichtiger die Geschäfte für den Vermögensinhaber führt. Im Ergebnis ist der Beschluss deshalb sicherlich

¹ Abgedruckt in NJW 2010, 3209 = NSStZ 2010, 626 m. Anm. Becker, HRRS 2010, 383; Radtke, GmbHR 2010, 1121; Saliger, NJW 2010, 3195; Schlösser, HRRS 2010, 424; Wessing, NZG 2010, 1121.

² Rotsch, ZJS 2008, 610.

³ BGHSt 52, 323; vgl. dazu die Besprechung Brünig, ZJS 2009, 94. Siehe auch Hellmann/Beckemper, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 8; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 20 Rn. 139. Bestätigt nunmehr von BGH NJW 2010, 3458 = NSStZ 2010, 700 m. Anm. Hoffmann, GmbHR 2010, 1150.

⁴ Siehe aber auch BGHSt 51, 100, der eine solche Rechtsprechung anlegte.

⁵ Die Verfassungsmäßigkeit konstatieren aber Saliger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 4; Ransiek, ZStW 116 (2004), 640.

⁶ Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2005, § 266 Rn. 3; Kargl, ZStW 113 (2001), 565; Lesch, DRiZ 2004, 135.

⁷ BVerfGE 75, 329 (341).

⁸ Siehe aber auch Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989, S. 17 ff.

⁹ BVerfGE 28, 175 (183); 47, 109 (120).

¹⁰ BVerfGE 92, 1 (12).

¹¹ Lesenswert Paeffgen, StraFo 2007, 442.

¹² Zu diesem Problem statt vieler Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 769.

¹³ Die zur schadensgleichen Vermögensgefährdung und der wirtschaftlichen Bestimmung des konkreten Schadens erschienene Literatur ist inzwischen kaum noch zu überblicken. Eine knappe Einführung mit zahlreichen Nachweisen findet sich bei Wessels/Hillenkamp (Fn. 12), Rn. 775a.

richtig. Um dieses Ergebnis zu begründen, behilft sich der 2. Senat mit einer „Ja-Aber“-Argumentation. Auf der einen Seite stellt er die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes deutlich heraus. In einem zweiten Schritt hält er diesen aber bei § 266 StGB gewahrt, weil es Aufgabe der Rechtsprechung sei, den Inhalt des Tatbestandes weiter zu konkretisieren.

II. Sachverhalt

Das BVerfG hat drei Verfassungsbeschwerden zusammengefasst. In allen drei Fällen sind die Angeklagten wegen Untreue verurteilt worden.

1. Der erste Beschwerdeführer war als leitender Angestellter in der S. AG einer der vier Vorstände des Geschäftsbereichs Power Generation.¹⁴ Er war unter anderem für die Umsetzung der Compliance-Vorschriften des Unternehmens tätig, welche die Zahlung von Bestechungsgeldern ausnahmslos verboten. Dennoch existierte in dem Geschäftsbereich ein etabliertes System zur Zahlung von Bestechungsgeldern. Die dafür erforderlichen Mittel befanden sich auf verborgenen Konten im Ausland und waren in der offiziellen Buchhaltung der S. AG nicht erfasst. Verantwortlich für diese Konten war u.a. der Beschwerdeführer. Im Jahre 1999 und 2000 veranlasste er die Überweisung von Bestechungsgeldern an Funktionsträger des italienischen E-Konzerns. Finanzielle Vorteile aus den daraufhin zustande kommenden Aufträgen hatte der Beschwerdeführer nicht.

Das Landgericht Darmstadt¹⁵ verurteilte den Beschwerdeführer wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in zwei Fällen in einem Fall in Tateinheit mit Untreue. Der 2. Strafsenat¹⁶ änderte den Schuldspruch dahin ab, dass der Beschwerdeführer sich ausschließlich wegen Untreue in zwei Fällen schuldig gemacht habe.

2. Der zweite Beschwerdeführer war Vorstand einer Betriebskrankenkasse.¹⁷ Er bewilligte zwei Bediensteten über mehrere Jahre hinweg Prämien, die praktisch eine Verdoppelung des Gehalts bewirkten. Diese Bewilligung widersprach der üblichen Prämienpraxis, die lediglich einmalige Zahlungen vorsah. Das Landgericht Kassel verurteilte den Beschwerdeführer wegen Untreue in zwei Fällen, weil er durch die überhöhten Zahlungen dem Wirtschaftlichkeitsgebot zuwider gehandelt habe. Der BGH verwarf die Revision des Beschwerdeführers mit Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO.

3. Die Beschwerdeführer im dritten Fall waren Vorstände der BHH-Bank und in dieser Funktion u.a. mit der Vergabe von Krediten an eine Unternehmensgruppe befasst, die Plattenbauwohnungen in den neuen Ländern erwarb, sanierte und danach in Eigentumswohnungen umwandelte.¹⁸ Insgesamt gewährten die Beschwerdeführer Kredite in Höhe von 810

Mio. DM. Wegen der Gewährung eines dieser Kredite in Höhe von 19.589.000 DM wurden die Beschwerdeführer vom Landgericht Berlin wegen Untreue verurteilt. Die Kammer begründete ihre Entscheidung damit, dass die Beschwerdeführer in gravierender Weise gegen ihre Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung nach § 18 KWG verstoßen hätten, weil die eingereichten Unterlagen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Kreditnehmerin unvollständig gewesen und ungenügend ausgewertet worden seien.¹⁹ Eine sachdienliche Abwägung der Chancen und Risiken habe deshalb nicht stattgefunden, vielmehr sei eine zu optimistische Marktentwicklung zu Grunde gelegt worden. Des Weiteren haben die Beschwerdeführer die Kreditvergabe dem zuständigen Kreditausschuss nicht offen gelegt.

Durch diese Pflichtverletzung sei ein Vermögensnachteil in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung in Höhe von 3.029.000 DM eingetreten. Dies entsprach dem Betrag, den das Landgericht für ungesichert erachtete. Die gegen diese Verurteilung eingereichte Revision verwarf der 5. Strafsenat.²⁰

III. Die Verfassungsbeschwerden

1. Der Beschwerdeführer zu 1 macht geltend, die Annahme der Untreue durch das Einrichten schwarzer Kassen widerspreche dem Analogieverbot, weil es zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit komme, wenn ein Vermögensnachteil schon durch das Verbergen von Geldern des Unternehmens angenommen werde.²¹ Dies habe der Gesetzgeber nicht gewollt, weil er die versuchte Untreue nicht mit Strafe bedroht habe.

2. Der Beschwerdeführer zu 2 wendet sich gegen die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtwidrigkeit. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verbiete lediglich Zahlungen, die mit diesem Grundsatz vollkommen unvereinbar seien.²² Eine grobe Pflichtverletzung liege aber nicht in jedem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, weil dem Vermögensbetreuungspflichtigen ein Entscheidungsspielraum verbleibe.

3. Sowohl das Pflichtwidrigkeits-, als auch das Nachteilsmerkmal greifen die Beschwerdeführer im dritten Fall an.²³ Bei Kreditgeschäften sei nicht vorhersehbar, wann eine strafbare Pflichtverletzung vorliege.²⁴ Daran hätte auch das vom BGH eingeführte Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung nichts geändert. Die Verurteilung sei hier lediglich

¹⁹ Vgl. dazu auch BGHSt 46, 30 (34); didaktisch bei *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 235 ff.

²⁰ BGH wistra 2009, 189.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 44 ff.

²² BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 46.

²³ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 47 ff.

²⁴ Allgemein zur Vermögensgefährdung bei Kreditgeschäften *Hellmann/Beckemper* (Fn. 12), Rn. 332; *Hellmann*, ZIS 2007, 433.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 24 ff.

¹⁵ LG Darmstadt CCZ 2008, 37.

¹⁶ BGHSt 52, 323.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 29 ff.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 32 ff.

auf eine Gesamtschau der Umstände der Kreditvergabe gestützt worden. Daneben sei auch das Merkmal des Vermögensnachteils zu unbestimmt. § 266 StGB verlange einen endgültigen Vermögensnachteil, nicht lediglich eine Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Das zeige sich auch daran, dass die Strafkammer die gleichen Tatsachen und Wertungen zum Beleg für den Vermögensnachteil herangezogen habe wie für die Feststellung der Pflichtwidrigkeit. Letztlich sei die Verurteilung deshalb nicht mehr das Ergebnis einer Subsumtion, sondern einer Gesamtwürdigung der Umstände.

IV. Die Entscheidung

Der 2. Senat hat die gegen die Verurteilungen gerichteten Verfassungsbeschwerden in den beiden erstgenannten Fällen als unbegründet zurückgewiesen. Im dritten Fall hat er den Beschluss des BGH und das Urteil des LG Berlin wegen Verletzung des Rechts der Beschwerdeführer aus Art. 103 Abs. 2 GG aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückgewiesen.

1. Bestimmtheitsgebot im Strafrecht

Der Senat läutet seine Entscheidung mit grundsätzlichen Erwägungen zu Inhalt und Bedeutung des Bestimmtheitsgebots ein.²⁵ Der Gesetzgeber sei verpflichtet, wesentliche Fragen der Strafbarkeit zu klären, so dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit durch eine Auslegung ermittelt werden können. Die konkreten Folgerungen aus dem Bestimmtheitsgrundsatz schränkt der Senat aber gleich wieder ein. Es lasse sich nämlich nicht abstrakt sagen, welchen Grad gesetzlicher Bestimmtheit ein einzelner Tatbestand haben müsse.²⁶ Diese Feststellung erfordere eine Gesamtschau der Umstände der jeweiligen Strafvorschrift. Ein Kriterium, das dabei Beachtung finden könne, sei z.B., welche alternative Regelung sich anbiete.

Das Bestimmtheitsgebot gibt aber auch Vorgaben für die Rechtsprechung.²⁷ Da nur der Gesetzgeber befugt ist, über die Strafbarkeit zu entscheiden, müssten sich die Gerichte in den gesetzlichen Grenzen, die insbesondere durch den Wortlaut gesteckt werden, halten. Das habe nicht nur zur Folge, dass einzelne Merkmale nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgelegt werden, sondern verbiete auch eine Auslegung, die nicht mehr trennscharf zwischen den vom Gesetz vorgegebenen Merkmalen unterscheidet, sondern diese „verschleift“.²⁸

Die Entscheidung enthält einen ausdrücklichen Appell an die Rechtsprechung: Diese dürfe durch eine fern liegende Auslegung nicht zur Unsicherheit über die Auslegung einer Norm beitragen. Sie sei vielmehr gehalten, den Anwendungsbereich durch Präzisierung und Konkretisierung klar zu

bestimmen.²⁹ Wenn der Gesetzgeber also gezwungen ist, sich wertungsbedürftigen Begriffen zu bedienen, müsse die Rechtsprechung durch eine klare Rechtsprechungslinie für Rechtssicherheit sorgen. Ob die Strafgerichte dieser Aufgabe in einer den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG entsprechenden Weise gerecht geworden sind, unterliege im Übrigen auch der verfassungsrechtlichen Überprüfung.

2. Vereinbarkeit des § 266 StGB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz

Diesen allgemeinen Grundsätzen zufolge entspreche der Untreuetatbestand noch dem Bestimmtheitsgrundsatz, weil alle vorausgesetzten Merkmale hinreichend bestimmbar seien.³⁰

Das gelte in erster Linie für die Vermögensbetreuungspflicht.³¹ Dieses Merkmal sei durch die Rechtsprechung ausreichend konkretisiert worden, was sich daran zeige, dass es sowohl eine Gruppe an Fallgestaltungen gebe, bei denen eine Vermögensbetreuungspflicht nicht vorliegt – wie etwa bei gewöhnlichen Austauschverträgen –, aber auch eine solche, bei denen keine ernstlichen Zweifel daran bestehen, dass eine Vermögensbetreuungspflicht zu bejahen sei – z.B. bei Vorstandsmitgliedern oder Bankvorständen.

Gleiches sei auch beim Merkmal der Pflichtwidrigkeit zu konstatieren, weil die Rechtsprechung durch die Bildung von Fallgruppen zu einer Konkretisierung beigetragen habe.³² Grundsätzlich müsse der Rechtsanwender die Pflichtwidrigkeit durch Heranziehung außerstrafrechtlicher Normen bestimmen. Diese seien zwar bisweilen selbst nur wenig bestimmt – insbesondere, wenn sie dem Normadressaten eigene Entscheidungsräume zugestehen, wie z.B. § 93 Abs. 1 AktG. Um den Strafbarkeitsbereich in solchen Fällen zu beschränken, wird in der neueren Rechtsprechung behauptet, dass eine schlichte Pflichtwidrigkeit durch den Verstoß gegen eine außerstrafrechtliche Norm nicht ausreiche, sondern der Pflichtenverstoß darüber hinaus gravierend sein müsse.³³ Dem stimmt das BVerfG zu mit dem Argument, die Unsicherheit des Tatbestandes werde durch dieses zusätzliche Merkmal begrenzt. Diese Ansicht ist mehr als bedauerlich, weil kaum einsichtig ist, dass es zu einer größeren Bestimmtheit einer Norm führt, wenn zusätzliche Merkmale eingeführt werden, die das Gesetz gerade nicht enthält.³⁴ Zumal das den Rechtsanwender vor die Schwierigkeit stellt, nicht nur heraus zu finden, ob er gegen eine Norm – etwa des Gesellschafts-

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 69 ff.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 75.

²⁷ Siehe dazu kritisch *Dierlamm* (Fn. 6), § 266 Rn. 5.

²⁸ BVerfGE 92, 1 (16).

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 81.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 106.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 107 ff.

³² BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 111.

³³ BGHSt 47, 148 (152); 187 (197); einschränkend BGHSt 50, 331 (343).

³⁴ *Beckemper*, NSTZ 2002, 324 (326); *Sauer*, wistra 2002, 465; *Schünemann*, NSTZ 2005, 473.

rechts – verstößt, sondern darüber hinaus, ob er dies in einer gravierenden Art und Weise tut.

Überzeugen kann aber die Mahnung des *Senats*, dass es nicht zu einer Verschleifung der beiden Merkmale Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil kommen darf.³⁵ Bei der Subsumtion ist trennscharf zwischen diesen beiden Merkmalen zu differenzieren. Nicht nur in studentischen Arbeiten, sondern bisweilen auch in der Rechtsprechung³⁶ und der Literatur³⁷ wird vorschnell von der Pflichtwidrigkeit auf den Vermögensnachteil – im Einzelfall aber auch umgekehrt vom Vermögensnachteil auf die Pflichtwidrigkeit – geschlossen. Das hält der *Senat* ausdrücklich für unzulässig. Deshalb seien vom Tatrichter konkrete Ermittlungen über die genaue Schadenshöhe anzustellen. Dabei sei im Zweifel auf in der wirtschaftlichen Praxis vorhandene Bewertungsmaßstäbe – gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen – zurückzugreifen. Das BVerfG fordert also eine streng wirtschaftliche Betrachtungsweise, nach der ein Nachteil nicht schon vorliegt, wenn das Vermögen abredewidrig eingesetzt wurde, sondern eine rein wirtschaftliche Schlechterstellung verlangt wird.

3. Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden im Einzelnen

a) Vermögensnachteil bei der Errichtung von schwarzen Kassen

Bereits die Entziehung von Vermögen aus dem Unternehmen durch Überweisung auf unternehmensfremde Konten stellt nach dem BVerfG einen Vermögensnachteil dar. Das Unternehmen habe keinen Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank, sondern hätte allenfalls gegen die Mitarbeiter vorgehen können, welche diese Konten eingerichtet haben.³⁸ Ein solcher Schadensersatzanspruch sei aber eine nicht zu berücksichtigende Kompensation. Wegen der fehlenden Zugriffsmöglichkeit des Unternehmens auf die Vermögenswerte seien diese für das Unternehmen wirtschaftlich wertlos gewesen. Damit liege ein endgültiger Vermögensnachteil vor.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 113. Ebenso bereits *Rotsch*, ZJS 2008, 610 (613).

³⁶ Ein prominentes Beispiel für die Vermischung von Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit enthält BGHSt 49, 147 („Bremer Vulkan“), vgl. hierzu *Rotsch*, ZJS 2008, 610. Man wird wohl auch die Einführung der „gravierenden“ Pflichtwidrigkeit darauf zurückführen können, dass die Rechtsprechung in Untreuefällen wegen Kreditvergabe die Feststellung des Vermögensnachteils auf eben diese gravierende Pflichtwidrigkeit zu stützen versucht und damit beide Merkmale vermengt. So überzeugend *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475).

³⁷ *Schmitt*, BKR 2006, 125 (130) für den Vermögensnachteil bei Kreditgewährungen.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 126.

b) Pflichtwidrigkeit beim Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot

Auch im zweiten Fall hält das BVerfG die Verfassungsbeschwerde für unbegründet. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit, das sich für den Beschwerdeführer als Vorstand einer Krankenkasse aus § 4 Abs. 4 SGB V ergibt, sei eine hinreichend konkretisierte vermögensrelevante Pflicht gegenüber der Krankenkasse.³⁹ Das LG Kassel habe bei der hier vorgenommenen deutlichen Überschreitung der üblichen Prämienhöhe verfassungsrechtlich unbedenklich eine deutliche Verletzung dieses Grundsatzes und damit eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB angenommen.

c) Vermögensnachteil bei Vergabe ungesicherter Kredite

Für begründet hielt das BVerfG die Verfassungsbeschwerde im dritten Fall. An der Konstruktion der schadensgleichen Vermögensgefährdung hält der *Senat* dabei aber fest.⁴⁰ Er fordert lediglich eine konkrete Bezifferung des Schadens, die im vorliegenden Fall gefehlt habe.

Die schadensgleiche Vermögensgefährdung, die vorliege, wenn das Vermögen des Opfers durch die Tathandlung konkret gefährdet sei, sei von der Rechtsprechung insoweit konkretisiert worden, dass sich ihre Reichweite voraussehen lasse. Es sei nämlich im Bilanzrecht anerkannt, dass eine Forderung abzuschreiben sei, wenn sich ihre Werthaltigkeit – etwa wegen der fehlenden Bonität des Schuldners – negativ verändere. Daraus folge, dass der Begriff Nachteil nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch eine Vermögensgefährdung sein könne, wenn nach wirtschaftlichen Grundsätzen eine negative Wertberichtigung vorgenommen werden müsste.

Die Verfassungsbeschwerde sei im konkreten Fall dennoch begründet, weil das Landgericht es versäumt habe, die Schadenshöhe hinreichend festzustellen.⁴¹ Die Annahme, dass der gesamte ungesicherte Teil des Kredites völlig wertlos sei, genüge den Anforderungen an die Feststellung eines Vermögensnachteils jedenfalls nicht. Die völlige Wertlosigkeit sei im Übrigen auch nicht aus der Pflichtwidrigkeit zu folgern, weil eine solche Vorgehensweise die Merkmale verschleife und so deren eigenständige Bedeutung missachte.

V. Würdigung

Die Erkenntnisse, die der Studierende, aber auch die Rechtspraxis aus diesem Beschluss ziehen kann, lassen sich nur schwer extrahieren. Auf der einen Seite weist der 2. *Senat* sehr deutlich auf die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots hin. Gleichzeitig betont er aber, dass das Strafrecht nicht darauf verzichten könne, allgemeine Begriffe zu verwenden, weil diese unentbehrlich seien, um die Vielschichtigkeit des Lebens zu erfassen und es letztlich Aufgabe der Rechtsprechung

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 128.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 137 ff.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 145 ff.

sei, einer Norm mit ausfüllungsbedürftigen Begriffen die notwendigen Konturen zu geben. Der *Senat* selbst räumt ein, dass sich die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm auch daraus ergeben, welche Regelungsalternativen der Gesetzgeber hat. Im Falle der Untreue existieren diese wohl kaum. Weil § 266 StGB in allen Lebenssachverhalten Anwendung findet, in denen fremdes Vermögen einem Dritten anvertraut ist, muss er notwendigerweise mit allgemeinen Begriffen auskommen. Die Untreue regelt eine unübersehbare Fülle an möglichen Konstellationen; eine Norm, die gleichzeitig bestimmter, aber auch noch in der Lage ist, all diese Fallgestaltungen zu erfassen, ist nur schwer denkbar. Ganz pragmatisch ist deshalb zu konstatieren, dass eine ideale Strafvorschrift faktisch unmöglich ist.⁴² Diesen sachlichen Gegebenheiten musste sich auch das BVerfG beugen, weil die Alternative – die Abschaffung der Untreue – wohl nicht ernstlich in Betracht kommt. Wünschenswert wäre lediglich gewesen, dass der 2. *Senat* dies deutlicher herausgestellt hätte.⁴³ Eines dürfte jedenfalls kaum Streitig sein: die hehre Vorstellung vom Bestimmtheitsgrundsatz, nach der jeder Bürger zur Zeit der Tat abschätzen kann, ob sein Verhalten von einem Tatbestand erfasst ist, dürfte bei der Untreue an der Lebenswirklichkeit scheitern. Ob dies in der Sache ein Aufgeben⁴⁴ oder eine stillschweigende Einschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist,⁴⁵ soll an dieser Stelle offen bleiben.

Der Beschluss wird die Diskussion nicht beenden, sondern lediglich beeinflussen, weil der *Senat* der Rechtsprechung einen klaren Auftrag gegeben hat, die einzelnen Merkmale der Untreue weiter zu konkretisieren. Die Maßstäbe sind aber festgelegt: Die schadensgleiche Vermögensgefährdung dürfte als etabliert gelten, gleichzeitig aber auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu ihrer Bestimmung. Das BVerfG hat sich damit im Ergebnis der Linie des 1. *Strafsenats* angeschlossen, der eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ausdrücklich als Schaden anerkannt hat und sogar auf die Benennung als Gefährdung verzichten möchte. Dies ist aber nach der Rechtsprechung des 1. *Strafsenats*⁴⁶ nur haltbar, wenn ein solcher Schaden wirtschaftlich – gegebenenfalls unter Heranziehung der Regeln des Bilanzrechts – genau berechnet wird. Inwieweit dies in der Praxis wirklich möglich ist, wird die Zukunft zeigen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise setzt aber der Ausuferung des Konstrukts der schadensgleichen Vermögensgefährdung die notwendigen Grenzen.

Die nächsten Jahre werden zeigen, welche weiteren Eingrenzungen des § 266 StGB durch die Rechtsprechung erfahren wird. Als erster Fingerzeig dürfte das Urteil des 1. *Strafsenats*⁴⁷ gelten, der eine Pflichtwidrigkeit nur annimmt, wenn die verletzte Norm – zumindest auch – vermögensschützenden Charakter hat.⁴⁸

Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

⁴² *Rentrop*, Untreue und Unterschlagung (§§ 266 und 246 StGB), 2007, S. 286. Vgl. auch *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (646): „Daraus folgt auch die Erkenntnis, dass von § 266 StGB nicht viel zu erwarten ist“.

⁴³ Allgemein zur unausgesprochenen Erosion des Bestimmtheitsgrundsatzes *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

⁴⁴ So *Dierlamm* (Fn. 6), § 266 Rn. 5.

⁴⁵ Vgl. dazu *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

⁴⁶ BGH NJW 2009, 2389 = NStZ 2009, 330; vgl. dazu die Besprechung von *Brüning*, ZJS 2009, 300; siehe ferner *Ransiek/Reichling*, ZIS 2009, 315.

⁴⁷ BGH NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37.

⁴⁸ Vgl. dazu schon *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (355), der mahnt, außerstrafrechtlichen Normen ohne Vermögensbezug strafbarkeitsbegründende Wirkung zu verschaffen.

Entscheidungsanmerkung

Rücktritt vom beendeten Versuch eines Totschlags bei Erreichung eines außertatbestandsmäßigen Handlungsziels

1. Ob ein Versuch beendet ist oder nicht, richtet sich nach dem Rücktrittshorizont, also nicht nach den Vorstellungen des Täters über ein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel (hier: Herbeiführung der Kampfunfähigkeit), sondern über den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs (hier: Tod des Geschädigten). (Amtlicher Leitsatz)

2. Hat sich der Täter überhaupt keine Vorstellungen darüber gemacht, ob der tatbestandsmäßige Erfolg eintritt, so liegt schon deshalb ein beendeter Versuch vor. (Nicht-amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 22, 23, 24 Abs. 1, 211, 212

BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 423/10¹

I. Sachverhalt

Die Entscheidung ist nicht nur wegen der im amtlichen Leitsatz angesprochenen Problematik des Rücktritts beim Erreichen eines außertatbestandlichen Handlungsziels von Interesse, sondern auch deshalb, weil der Beschluss zugleich die Frage behandelt, welche Rücktrittsvoraussetzungen anzuwenden sind, wenn sich der Täter nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellung darüber macht, ob der tatbestandsmäßige Erfolg eintreten wird oder nicht.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

O hat eine tätliche Auseinandersetzung mit F. T, ein Freund des F (und der spätere Angeklagte), beobachtet die Angelegenheit zunächst aus einiger Entfernung, bevor er sich entscheidet, in das Geschehen einzugreifen, um die Kampfunfähigkeit des O herbeizuführen. Zu diesem Zweck nähert sich T dem O von der Seite und sticht ihm mit bedingtem Tötungsvorsatz wuchtig ein Messer in den Bauch. Obwohl O lebensgefährlich verletzt wird, bemerkt er den Stich zunächst nicht und kämpft weiter. T flüchtet daraufhin. Kurz darauf kommt zufällig eine Polizeistreife vorbei, die die lebensrettende Behandlung des O veranlasst. T ging bei der Flucht – wie sich zeigte, zutreffend – sicher davon aus, dass die „Wirkung auf den Geschädigten alsbald einsetzen würde“, d.h. dass O zeitnah kampfunfähig werden würde. Ob T dem O weitere Stiche hätte versetzen können, bleibt ausdrücklich offen.

II. Problemstellung

Der in § 24 StGB geregelte strafbefreiende Rücktritt kann die Prüfungskandidaten in der Examensklausur vor unbezwingbare Probleme stellen, wenn sie sich mit der Systematik die-

ser Vorschrift und den damit verbundenen Problemen im Vorfeld nicht vertraut gemacht haben.

In § 24 Abs. 1 StGB ist der strafbefreiende Rücktritt des Einzeltäters geregelt.² § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB nennt die Voraussetzungen des Rücktritts vom unbeeendeten Versuch. Als Rücktrittsverhalten verlangt das Gesetz die Tataufgabe, d.h. ein reines Unterlassen der Weiterführung des Versuchs. In § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB ist der vollendete Rücktritt vom beendeten Versuch normiert. Dabei muss der Täter den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges durch ein aktives Rücktrittsverhalten verhindern, das für das Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Erfolges kausal wird. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB behandelt einen Sonderfall des Rücktritts vom beendeten Versuch. In dieser Konstellation ist das Rücktrittsverhalten des Täters für das Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Erfolges nicht kausal geworden. Daher genügt es, wenn sich der Täter um die Verhinderung des Erfolgseintritts durch ein aktives Rücktrittsverhalten ernsthaft bemüht. Darüber hinaus muss der Täter in jeder Konstellation freiwillig zurücktreten. Schließlich ist der Anwendungsbereich des § 24 StGB nach überwiegender Ansicht schon gar nicht eröffnet, wenn der Versuch (subjektiv) fehlgeschlagen ist. Aus dem Dargelegten ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

I. Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Rücktritt gem. § 24 StGB

1. Kein subjektiv fehlgeschlagener Versuch
2. Abgrenzung unbeeendeter/ beendeter Versuch
3. Rücktrittsverhalten
 - a) Tataufgabe gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB
 - b) Aktives Verhindern des tatbestandsmäßigen Erfolges gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB
 - c) Ernsthaftes Bemühen gem. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB
4. Freiwilligkeit

Tritt der Täter also – wie im vorliegenden Fall – durch bloße Untätigkeit zurück, so kommt ein strafbefreiender Rücktritt nur in Betracht, wenn ein unbeeendeter Versuch gem. § 24 Abs. 1 Var. 1 StGB vorliegt und der Täter die Tat freiwillig aufgibt. Darüber hinaus verlangt die überwiegende Ansicht – wie bereits erwähnt – als ungeschriebenes Merkmal des § 24 StGB, dass kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt.³ Das ist

² Für den Fall, dass an einer Tat mehrere Personen beteiligt sind, stellt § 24 Abs. 2 StGB für den Rücktritt erschwerte Bedingungen auf, auf die hier allerdings nicht eingegangen werden soll.

³ Zwar sucht man im StGB vergeblich nach einer Erwähnung des sog. fehlgeschlagenen Versuchs, weswegen die Lehre vom fehlgeschlagenen Versuch von vielen Vertretern im Schrifttum abgelehnt wird, vgl. *Herzberg*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2003, § 24 Rn. 62 m.w.N. in Fn. 79; *Schroeder*, *NStZ* 2009, 9. Sie meinen, dass sich die mit dem fehlgeschlagenen Versuch im Zusammenhang stehenden Probleme auch dann lösen lassen, wenn man einfach die sich aus § 24 StGB erge-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=70c08d50bc0fd0054b600c8ab2b30d8f&nr=53482&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

der Fall, wenn sich der Täter vorstellte, den angestrebten Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen zu können.⁴ Maßgeblich ist demnach die Täterperspektive.⁵ Hat der Täter bereits einige fehlgeschlagene Versuchsakte unternommen, sieht aber weitere Handlungsmöglichkeiten zur Verwirklichung des Tatbestandes, so ist nach der heutigen ganz überwiegenden Ansicht zu Recht ein Rücktritt auch dann noch möglich, wenn der Täter nur seine Fortsetzungsmöglichkeit nicht ausnutzt.⁶ Denn im Gegensatz zur selten vertretenen Einzelakttheorie, nach der jeder Teilausführungsakt isoliert nach seiner Erfolgsgeeignetheit betrachtet wurde,⁷ hält die ganz überwiegend vertretene Gesamtbetrachtungslehre einen Rücktritt grundsätzlich für möglich, wenn die einzelnen Ausführungsakte ein einheitliches Geschehen darstellen und der Täter nach Vornahme der letzten möglichen Handlung, die geeignet wäre, den Erfolg herbeizuführen, der Ansicht ist, er könne den tatbestandsmäßigen Erfolg noch herbeiführen.⁸ Entscheidend ist danach der sog. Rücktrittshorizont,⁹ und nicht die Vorstellungen des Täters vor der Tat, also nicht der sog. Planungshorizont. Für die Gesamtbetrachtungslehre spricht der Grundgedanke der Rücktrittsregelung. Zum einen besteht auch in Situationen wie den hier geschilderten Anlass, dem Täter einen weiteren Anreiz zur Verschönerung des Rechtsgutes zu geben. Zum anderen erkennt ein solcher Täter, der weiß, dass er weiter handeln könnte, und dies nicht tut, die Geltungskraft der Norm nachträglich an. Er hebt damit den von seinem Versuch ausgehenden rechtserstatternden Eindruck wieder auf. Gegen die Tatplantheorie ist einzuwenden, dass der umsichtig planende Täter gegenüber demjenigen, der ohne größeres Nachdenken handelt,

benden Punkte abprüft. Zum einen wird eben diese Schlussfolgerung von einflussreichen Vertretern des Schrifttums bezweifelt, vgl. ausführlich *Roxin*, JuS 1981, 1; *ders.*, NSTZ 2009, 319. Zum anderen hat sich die Lehre vom fehlgeschlagenen Versuch in Rechtsprechung (so ausdrücklich BGHSt 34, 54 [56]), Lehrbüchern und Kommentaren durchgesetzt (vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 628; *Beckemper*, in: von Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2010, § 24 Rn. 10; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 24 Rn. 19; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 24 Rn. 7), so dass es ratsam ist, die Lehre vom fehlgeschlagenen Versuch in Prüfungsarbeiten in den Blick zu nehmen.

⁴ *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 628.

⁵ BGH NSTZ 2008, 393; *Eser* (Fn. 3), § 24 Rn. 8.

⁶ Vgl. *Beckemper* (Fn. 3), § 24 Rn. 14 ff.; ausführlich *Wörner*, NSTZ 2010, 66.

⁷ *Eser* (Fn. 3), § 24 Rn. 20 f.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 26/15.

⁸ BGH NSTZ 1986, 25 (26); 2006, 685; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 24 Rn. 6; *Zaczyk* (Fn. 2), § 24 Rn. 15.

⁹ Vgl. dazu BGHSt 22, 330 (331); BGH NSTZ 2010, 146.

prämiert wird, jedenfalls dann, wenn er im Fall eines Scheiterns nicht an verschiedene Varianten der Tatbegehung denkt. Privilegiert wird aber auch der skrupellose Täter, der schon bei Vornahme des ersten Ausführungsaktes damit gerechnet hat, dass es möglicherweise weiterer „Schritte“ bedarf, um die Tat vollenden zu können.

Wie einleitend dargestellt, sind je nach Stadium des Versuchs unterschiedliche Anforderungen an den Rücktritt zu stellen, abhängig davon, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch gegeben ist.¹⁰ Bei der Abgrenzung wird – wie beim Fehlschlag des Versuchs – auf die Täterperspektive abgestellt. Der Versuch ist unbeendet, wenn der Täter nach seiner Vorstellung noch nicht alles Erforderliche zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges getan hat. Beendet ist der Versuch dagegen, wenn der Täter denkt, der tatbestandliche Erfolg tritt ein, weil er aus seiner Sicht alles dafür Erforderliche getan hat. Der vorliegende Fall wirft nun die Frage auf, wie zu entscheiden ist, wenn sich der Täter gar keine Vorstellungen über den weiteren Verlauf des Geschehens macht.

Liegt ein unbeendeter Versuch vor, so muss der Täter die Vornahme der weiteren Handlungen, die aus seiner Sicht den Erfolg hätten herbeiführen können, unterlassen, die Tat also aufgeben. Der Täter hat die Tat in diesem Sinne aufgegeben, wenn er endgültig von der Tat Abstand nimmt. Umstritten ist aber, ob der Täter die Tat aufgeben kann, wenn er zwar den tatbestandsmäßigen Erfolg noch nicht herbeigeführt, aber dennoch sein planmäßiges außertatbestandliches Ziel bereits erreicht hat.¹¹ Typische Beispiele bilden hier die sog. Denktzettelfälle: A will B einen Denktzettel verpassen und sticht deswegen mit bedingtem Tötungsvorsatz auf B ein. Obgleich B den Angriff überlebt hat, sticht A kein zweites Mal zu, weil er sein Ziel, dem B einen Denktzettel zu verpassen, erreicht hat. Das außertatbestandliche Ziel kann aber auch darin bestehen, einen anderen von der Flucht abzuhalten oder ihn – wie hier – kampfunfähig zu machen.

Die Besonderheit des vorliegenden Falls besteht nun darin, dass sich die Problematik der außertatbestandlichen Zielerreichung nicht isoliert stellt, sondern zusätzliche die Frage aufzuwerfen ist, wie der Umstand der fehlenden Vorstellung über die Tatfolgen zu bewerten ist. Dies erfordert von den Studierenden ein präzises Arbeiten, weil die Problemkreise sauber zu trennen sind.

¹⁰ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 51 II. 2. (S. 541); *Eser* (Fn. 3), § 24 Rn. 14; kritisch *Herzberg* (Fn. 3), § 24 Rn. 64.

¹¹ Die Möglichkeit des Rücktritts wird häufig in der Lehrbuchliteratur bereits im Rahmen des fehlgeschlagenen Versuchs erörtert (*Zaczyk* [Fn. 3], § 24 Rn. 34) oder im Rahmen der Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch diskutiert (vgl. *Beckemper* [Fn. 3], § 24 Rn. 22 ff.). Unabhängig davon, wo man das Problem verortet, geht es aber im Kern um die Frage der Tataufgabe (im Ergebnis auch *Zaczyk* [Fn. 3], § 24 Rn. 53).

III. Die Entscheidung

Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Jugendstrafe verurteilt. Diesem Urteil stimmt der BGH im Ergebnis zu.¹²

Allerdings bringt der *I. Strafsenat* einige Korrekturen am Urteil des Tatrichters in Bezug auf den – für diese Anmerkung relevanten – strafbefreienden Rücktritt an. Die erstinstanzliche Jugendkammer war davon ausgegangen, dass ein beendeter Versuch vorliege, weil T annahm, sein Ziel erreicht zu haben, und zwar den O kampfunfähig zu machen. Dieser Argumentation erteilt der BGH eine Absage und verweist auf seine ständige Rechtsprechung, nach der auch bei Erreichung eines außertatbestandsmäßigen Ziels ein unbeendeter Versuch vorliege, von dem man durch bloßes Aufgeben der weiteren Tatausführung zurücktreten könne.¹³

Im Ergebnis hält der BGH das Vorliegen eines beendeten Versuchs allerdings für richtig, wobei er sich auf folgende Argumentation stützt: Der Umstand, dass der Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt habe, lege die Annahme nahe, dass er auch den baldigen Tod des Geschädigten für möglich gehalten habe. Hilfsweise führt der *Senat* an, dass der Versuch aber jedenfalls schon deswegen beendet gewesen sei, weil sich der Täter überhaupt keine Vorstellungen darüber gemacht habe, ob der Geschädigte sterben könnte oder nicht.¹⁴

IV. Die Bewertung der Entscheidung

1. Erreichen eines außertatbestandlichen Handlungsziels

Zu Recht nimmt der BGH an, dass der Rücktritt bei Erreichung eines außertatbestandlichen Handlungsziels grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist. Eine starke Literaturmeinung verneint in diesen Fällen zwar die Möglichkeit des Rücktritts und nimmt vor allem die Täterperspektive in den Blick.¹⁵ Aus der Sicht des Täters bestehe kein Anlass mehr zum Weiterhandeln, da er sein Handlungsziel erreicht habe und die Tat sinnlos geworden sei. Weil das Primärziel erreicht sei, bestehe auch kein Handlungsvorsatz mehr. Es sei dann nichts mehr vorhanden, wovon zurückgetreten werden könne. Ferner sei die Mindestvoraussetzung für die Privilegierung des Rücktritts – die Umbesinnung des Täters – nicht erfüllt. Es sei kriminalpolitisch absurd den Täter zu belohnen, der all seine Pläne verwirklicht habe. Wer erreicht habe, was er erreichen wolle, gebe nichts auf.¹⁶

¹² Erwähnt sei allerdings, dass das Gericht beanstandet, dass die Annahme von Heimtücke i.S.d. § 211 StGB nahegelegen hätte. Es ändert den Schuldspruch jedoch nicht, da dieser Rechtsfehler den Angeklagten nicht beschwert hat, vgl. BGH NStZ-RR 2010, 371 (372).

¹³ BGH NStZ-RR 2010, 371 (372).

¹⁴ BGH NStZ-RR 2010, 371 (372).

¹⁵ Zaczek (Fn. 3), § 24 Rn. 53; Lackner/Kühl (Fn. 8), § 24 Rn. 12.

¹⁶ Herzberg, NStZ 1990, 311 (312); Lackner/Kühl (Fn. 8), § 24 Rn. 12.

Der *Große Strafsenat* des BGH¹⁷ – auf den der vorliegende Beschluss Bezug nimmt – und eine verbreitete Ansicht im Schrifttum¹⁸ votieren jedoch überzeugend für die Möglichkeit des Täters, die Tat auch im Fall einer außertatbestandlichen Zielerreichung aufgeben zu können. Es besteht Einigkeit darüber, dass der Begriff „Tat“ in § 24 StGB den materiellrechtlichen Straftatbestand meint.¹⁹ Der Vorsatz des Täters stellt mithin allein auf die Umstände ab, die diese materiellrechtliche Tat begründen, so dass der Täter diesen Vorsatz aufgeben kann, selbst wenn oder gerade weil er sein außertatbestandliches Ziel erreicht hat. Ferner sprechen Aspekte des Opferschutzes für eine rücktrittsfreundliche Betrachtung. Der freiwillige Verzicht auf eine Intensivierung der Rechts-gutsverletzung muss honoriert werden. Schließlich streitet sowohl ein Vergleich mit dem Absichtstäter als auch ein Vergleich mit dem Täter, der bereits das Stadium des beendeten Versuchs erreicht hat, für die Möglichkeit des Rücktritts. Niemand bestreitet, dass derjenige, dem es darauf ankommt, den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen, zurücktreten kann. Hätte der Täter also mit Tötungsabsicht gehandelt, so könnte er nach allen Ansichten vom Versuch zurücktreten. Dann aber hinge die Straffreiheit von der Zieldefinition des Täters ab. Im Übrigen ist zu beachten, dass der Täter nach einhelliger Ansicht durch aktives Verhalten hätte zurücktreten können, wenn ein beendeter Versuch vorgelegen hätte, obgleich er sein außertatbestandliches Ziel erreicht hätte. Dann aber gereicht dem Täter der Umstand zum Nachteil, dass er das Opfer – aus seiner Sicht – nicht schwer genug verletzt hat, um Rettungsmaßnahmen einleiten zu müssen.

2. Fehlende Vorstellung über die Tatfolgen

Fraglich ist allerdings, wie der Umstand zu bewerten ist, dass sich der Täter zum Zeitpunkt des Rücktritts keine Vorstellung über die Folgen seines Verhaltens gemacht hat. Das Problem trifft im Kern die Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch. Diese Frage berührt bei genauer Betrachtung vier Konstellationen, die hier sorgsam voneinander getrennt werden müssen:

- Der Täter macht sich überhaupt keine Vorstellung über die Folgen seines Verhaltens.
- Der Täter macht sich Gedanken über die Wirkung seines Verhaltens, die Konsequenzen sind ihm jedoch gleichgültig.
- Nach Ausschöpfung aller Beweismittel ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Täter glaubt, der tatbestandsmäßige Erfolg bleibe aus.
- Nach Ausschöpfung aller Beweismittel kann nicht festgestellt werden, was sich der Täter zum Zeitpunkt des Rücktritts vorgestellt hat.

¹⁷ BGHSt 39, 221.

¹⁸ Wessels/Beulke (Fn. 3), Rn. 635; Lilie/Albrecht, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 190 ff.

¹⁹ BGH NJW 1993, 943 (944); Wessels/Beulke (Fn. 3), Rn. 642 m.w.N. in Fn. 157.

Am einfachsten fällt die Entscheidung für die vierte Konstellation. Sie erfordert die Anwendung des „in-dubio-pro-reo-Grundsatzes, wonach sich jeder trotz Ausschöpfung aller Beweismittel nicht behebbare Zweifel an einer für die Entscheidung erheblichen Tatsache zugunsten des Angeklagten auswirken muss.²⁰ Hier muss zugunsten des Angeklagten unterstellt werden, dass er angenommen hat, der tatbestandsmäßige Erfolg werde nicht eintreten, mit der Folge, dass ein unbeendeter Versuch vorliegt.

In der dritten Konstellation ist dagegen ein beendeter Versuch anzunehmen. Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der vorsätzlich handelnde Täter glaubt, der tatbestandsmäßige Erfolg bleibe aus, so fehlt es an einer tragfähigen tatsächlichen Grundlage, um im Wege einer logisch nachvollziehbaren Beweiswürdigung den Schluss zu ziehen, der Täter hielte den Erfolgseintritt nicht für möglich.²¹ Denn bei Gewaltanwendungen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Täter die Gefährlichkeit seiner Handlung erkennt.²² Die Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes wäre verfehlt, weil dieser erst nach Abschluss der Beweiswürdigung zum Tragen kommt und keine Regelung zur Würdigung der Beweise ist.²³

Schwieriger fällt dagegen die Antwort für die ersten beiden Konstellationen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass diese Konstellationen – anders als der BGH meint – scharf voneinander zu trennen sind. Der 2. Strafsenat führt in einem Urteil vom 2.11.1994²⁴ zwar aus: „Macht ein Täter sich nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns, so [...] rechnet [er] sowohl mit der Möglichkeit, dass der angestrebte oder in Kauf genommene Erfolg eintritt, als auch damit, dass er ausbleibt.“²⁵ Dem ist mit *Puppe* zu entgegnen: „Richtig ist das Gegenteil: Macht der Täter sich keinerlei Vorstellungen über die Erfolgsgefahr, so hält er den Eintritt des Erfolges weder für möglich, noch hält er ihn für unmöglich.“²⁶ *Heckler* hat insoweit zu Recht darauf hingewiesen, dass derjenige, der sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht, auch nicht gleichgültig sein könne, da Gleichgültigkeit das Bewusstsein in Bezug auf die möglichen Tatfolgen erfordert.²⁷

Puppe nimmt in den Fällen, in denen der Täter zum Zeitpunkt des Rücktritts kein ausreichendes Gefahrenbewusstsein entwickelt hat, gleichwohl einen beendeten Versuch an. Sie

stützt ihre Annahme auf einen normativen Begründungsansatz und verlangt, dass der Täter „sein Bestes“ tun müsse, um das Rücktrittsprivileg in Anspruch nehmen zu können. Die erste Pflicht bestehe darin, dass sich der Täter vergewissern müsse, ob er eine Erfolgsgefahr herbeigeführt habe oder nicht. Diese Pflicht wirke sich auch auf die Bestimmung von beendetem und unbeendetem Versuch aus. Nach *Puppe* liegt demnach ein beendeter Versuch vor, „wenn nach der Vorstellung des Täters Tatsachen gegeben sind, aufgrund derer er sorgfältigerweise die Möglichkeit erkennen muss, dass der Deliktserfolg (auf eine ihm zum Vorsatz zurechenbare Weise) eintreten könnte.“²⁸

Diese Ansicht ist aus zwei Gründen abzulehnen. Erstens ist das grundsätzliche Erfordernis eines bestmöglichen Rettungsbemühens abzulehnen. Denn aus dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB lässt sich eine derartige Zusatzanforderung – anders als aus dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 2 StGB – nicht entnehmen.²⁹ Zweitens begründet *Puppe* nicht, warum sich die Pflicht zur bestmöglichen Rettung auch auf die Bestimmung von beendetem und unbeendetem Versuch auswirke. Vielmehr besteht durch diesen Kunstgriff die Gefahr, dass man dem (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmal des „beendeten“ Versuchs seine eigenständige Funktion entzieht.

Für das Ergebnis, dem Täter das Rücktrittsprivileg im Falle des fehlenden Folgenbewusstseins abzusprechen, spricht allerdings die mangelnde Freiwilligkeit. Denn unabhängig davon, ob man die Freiwilligkeit i.S.d. § 24 StGB psychologisch oder normativ definiert,³⁰ setzt der freiwillige Rücktritt jedenfalls einen personalen Entschluss voraus.³¹ Der Täter, der sich aber keine Vorstellungen über sein Verhalten macht, kann unmöglich den Entschluss fassen, zurückzutreten. Ein freiwilliger Rücktritt scheidet damit aus.³²

Im praktischen Leben dürfte es allerdings kaum vorstellbar sein, dass sich der Täter nach Abschluss der Tatausführungen keine Gedanken mehr über die Folgen seines Verhaltens macht, insbesondere wenn er wuchtig auf sein Opfer eingestochen hat.³³ Zwar gibt es keine zwingende Beweisregel, nach der anzunehmen ist, dass ein Täter, der mit bedingtem Tötungsvorsatz auf sein Opfer einsticht, auch aus seinem Rücktrittshorizont die Möglichkeit des Erfolgseintritts weiterhin erkennt. Allerdings muss der Tatrichter in diesem Fall die Umstände klar benennen, die seine Wertung rechtfertigen, der Täter habe bei Beendigung der Tathandlung einen tödli-

²⁰ *Schoreit*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 261 Rn. 56.

²¹ BGH NStZ 2009, 264 (266).

²² Vgl. dazu *Wörner*, NStZ 2010, 66 (71) m.w.N. zur Rechtsprechung in Fn. 90.

²³ Vgl. dazu *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, 7. Aufl. 2011, Rn. 118.

²⁴ BGHSt 40, 304.

²⁵ BGHSt 39, 221 (231); BGH NStZ 1999, 299.

²⁶ *Puppe*, NStZ 1995, 403 (404).

²⁷ *Heckler*, NJW 1996, 2490 (2491); so auch *Schmidt*, JuS 1995, 650 (651). Anders wohl *Puppe*, die meint, dass der gleichgültige Täter auch kein Gefahrenbewusstsein zu haben brauche, vgl. *Puppe*, NStZ 1995, 403 (404).

²⁸ *Puppe*, NStZ 1995, 403 (404); ähnlich wohl auch *Eser* (Fn. 3), § 24 Rn. 17.

²⁹ *Zaczyk* (Fn. 3), § 24 Rn. 59.

³⁰ Vgl. dazu *Beckemper* (Fn. 3), § 24 Rn. 29 ff.

³¹ *Zaczyk* (Fn. 3), § 24 Rn. 76.

³² Im Ergebnis auch *Murmann*, der diese Problematik allerdings nicht in der Freiwilligkeit verortet, sondern diese Überlegungen der Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch voran stellen möchte, vgl. *Murmann*, JuS 1996, 590 (593).

³³ *Murmann*, JuS 1996, 590 (592); *Schmidt*, JuS 1995, 650 (651). Damit dürfte die erste Konstellation in der Praxis oftmals der dritten Konstellation entsprechen.

chen Erfolg nicht (mehr) für möglich gehalten.³⁴ Gerade im vorliegenden Fall deutet nichts darauf hin, dass sich der Täter keinerlei Vorstellung über die Wirkung seines Handelns machte, zumal er annahm, die Kampfunfähigkeit des O werde zeitnah einsetzen. Der BGH hätte folglich auf seine hilfsweisen Erwägungen zur fehlenden Vorstellung verzichten können.

Damit stellt sich die abschließende Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt sowohl für möglich als auch für unmöglich hält, und ihm die Folgen seines Handelns gleichgültig sind. Da die Anforderungen, die an den Rücktritt zu stellen sind, davon abhängen, ob ein unbeeendeter oder beendeter Versuch vorliegt, wäre es unbillig, den Täter in diesem Fall in den Anwendungsbereich des für ihn günstigeren unbeeendeten Versuchs nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB fallen zu lassen. Die Annahme eines unbeeendeten Versuchs verstieße dabei auch gegen den Rechtsgrund des Rücktritts. Begründet man die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts mit der Prämien- oder Gnadentheorie damit, dass das freiwillige Handeln des Zurücktretenden honoriert werde und der Rücktritt das schuldhafte Verhalten des Täters wieder ausgleiche,³⁵ so ist zu konstatieren, dass ein Täter, der sich aufgrund seiner Gleichgültigkeit nicht von der Tat distanzieren auch nicht für sein Verhalten belohnt werden darf. Aber auch wenn man zur Erklärung der Straflosigkeit des zurückgetretenen Täters auf die Strafzwecke rekurriert und meint, der Täter stelle durch seinen Rücktritt unter Beweis, dass er auch ohne Strafe zur Legalität zurückkehren und den durch den Versuch verursachten rechtzerschütterten Eindruck entkräften sowie das Vertrauen in die Rechtsordnung und deren Geltung durch sein Rücktrittsverhalten wiederherstellen könnte,³⁶ ist ein beendeter Versuch anzunehmen. Denn durch ein gleichgültiges Verhalten wird weder der rechtzerschütternde Eindruck, den der Versuch mit sich brachte, entkräftet, noch wird das Vertrauen in die Geltung der Rechtsordnung gestärkt.

Abschließend ist festzustellen, dass dem vorliegenden Beschluss die oben geschilderte dritte Konstellation zugrunde lag. Der bedingte Tötungsvorsatz legt hier die Annahme nahe, dass der Täter zumindest für möglich hielt alles für den Eintritt eines Todeserfolges Erforderliche getan zu haben. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb der Täter nun nicht mehr von einer Todesgefahr ausgehen sollte.

V. Ausblick

Die Probleme des strafbefreienden Rücktritts nach § 24 StGB zählen zum Standardrepertoire an abfragbarem Wissen in strafrechtlichen Examensklausuren. Die Rücktrittsdogmatik muss den Studierenden daher bekannt und von ihnen verstanden sein. Die hier besprochene Entscheidung könnte sich in einer Klausur nicht aufgrund der schwierigen Problematik zur gefährlichen Falle entwickeln, sondern weil es im Rahmen der Abgrenzung des unbeeendeten vom beendeten Versuch

zwei völlig unabhängige Problemkreise zu bearbeiten gilt, die sauber zu trennen sind.

Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg

³⁴ BGH NStZ 1999, 299; Scheinfeld, NStZ 2006, 375 (378); vgl. auch Wörner, NStZ 2010, 66 (71).

³⁵ Jescheck/Weigend (Fn. 10), § 51 I. 3. (S. 539).

³⁶ Lackner/Kühl (Fn. 8), § 24 Rn. 2; Eser (Fn. 3), § 24 Rn. 2b.

Entscheidungsanmerkung

Beweisverwertungsverbote und Fernwirkung

1. Das Gespräch, das ein Konsularbeamter mit einem in ausländischer Haft befindlichen deutschen Beschuldigten in Erfüllung seiner Hilfeleistungspflicht nach § 7 KonsG führt, ist keine Vernehmung im Sinne von § 136a StPO.

2. Wird ein Beschuldigter in ausländischer Haft bei Vernehmungen geschlagen, so führt dies nicht zur Unverwertbarkeit seiner Äußerungen im Rahmen eines Gesprächs, das er während der Haft mit einem deutschen Konsularbeamten führt, wenn hierbei die Misshandlungen keinen Einfluss auf den Inhalt seiner Angaben mehr haben.

(Amtliche Leitsätze)

StPO § 136a; KonsG § 7

BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09 (OLG Koblenz)¹

I. Hintergrund

§ 136a StPO verbietet u.a. die Verwertung von Aussagen, die durch Misshandlung und Quälerei zustande gekommen sind. Prinzipiell ebenfalls verboten ist die Verwertung von Erkenntnissen, wenn diese durch eine Vernehmung des Beschuldigten erlangt wurden, bei welcher er entgegen den §§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 StPO nicht auf sein Schweigerecht hingewiesen wurde.² Ob eine Fernwirkung solcher Verbote anzuerkennen ist (also etwa die auf Grund einer erzwungenen Aussage aufgefundene Tatbeute als Augenscheinsobjekt dienen darf), ist umstritten. Während die Rspr. eine solche Fernwirkung im Grundsatz ablehnt,³ wird sie im Schrifttum zumindest teilweise gefordert.⁴ In der vorliegenden Entscheidung hat der BGH seine restriktive Rspr. fortgeschrieben. Was den Beschluss zusätzlich interessant werden lässt, ist seine Handhabung der revisionsrechtlichen Überprüfung von Verfahrensfehlern, die hier zu einem angesichts des Sachverhalts rechtsstaatlich kaum befriedigenden Resultat führt.

II. Zum Sachverhalt

Dem Angeklagten, einem deutschen Staatsangehörigen, wird die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Vereinigung vorgeworfen (§ 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 129b Abs. 1 StGB). Er soll in den Jahren 2004-2007 als Mitglied von Al Qaida in Deutschland ca. 80.000 € sowie

hochwertige Ausrüstungsgüter beschafft und bei mehreren Reisen in das pakistanisch-afghanische Grenzgebiet an andere Mitglieder von Al Qaida weitergegeben haben. Außerdem soll er Kämpfer und Unterstützer für Al Qaida rekrutiert haben. Am 18.6.2007 wurde er in Lahore (Pakistan) vom pakistanischen Geheimdienst ISI⁵ festgenommen, in der Folgezeit mehrfach verhört und dabei auch durch Schläge misshandelt. Bei diesen Verhören sagte er sodann zu seiner Tätigkeit für Al Qaida aus.⁶

Am 18.7.2007, also einen Monat nach seiner Festnahme, konnte der Angeklagte erstmals von dem Zeugen M, dem Leiter der Konsularabteilung der Deutschen Botschaft in Islamabad, aufgesucht werden. Zweck dieses Gesprächs war die konsularische Betreuung des Angeklagten. Die Unterredung fand zunächst in Anwesenheit eines ISI-Mitarbeiters statt, der aber nach einiger Zeit den Raum verließ, so dass sich M und der Angeklagte unter vier Augen weiter unterhalten konnten. M fragte den Angeklagten, ob er wisse, was ihm vorgeworfen werde und ob die Vorwürfe stimmten. Dies bejahte der Angeklagte, der nunmehr von seiner Tätigkeit für Al Qaida berichtete. Er erzählte auch von den Verhören durch den ISI und dass er dabei unter Schlägen gefragt worden sei, ob er Anschläge plane. Ansonsten sei er relativ vernünftig behandelt und nicht geschlagen worden.⁷

Der (nach § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG) erstinstanzlich entscheidende *Strafsenat* des OLG Koblenz verwertete zwar nicht die gegenüber dem ISI erfolgten Angaben des Angeklagten, wohl aber seine (durch Vernehmung des Zeugen M in die Hauptverhandlung eingeführten) Erklärungen, die er bei dem Gespräch am 18.7.2007 abgegeben hatte.⁸ Auf Grund dessen verurteilte ihn der *Senat* zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren insb. wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung.

III. Die Entscheidung

Der 3. *Strafsenat* des BGH verwarf die gegen das Urteil des OLG gerichtete Revision des Angeklagten⁹ durch Beschluss gemäß § 349 Abs. 2 StPO.¹⁰ Insbesondere akzeptierte er die

⁵ ISI = Inter-Services Intelligence, ein Nachrichtendienst der pakistanischen Streitkräfte.

⁶ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 4.

⁷ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 5, 12.

⁸ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 6.

⁹ Zuvor hatte der BGH tateinheitlich vom *Strafsenat* des OLG noch mit abgeurteilten Verstöße gegen das Außenwirtschaftsgesetz gemäß § 154a Abs. 2 StPO von der Verfolgung ausgenommen. Da diese ausgeschiedenen Vorwürfe nach Auffassung des BGH auf die Strafzumessung keinen Einfluss gehabt hatten, konnte er gleichwohl auch den Strafausspruch halten. Vgl. BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 1 f., 18.

¹⁰ Ob eine insgesamt achtseitige Beschlussbegründung mit dem Erfordernis in Einklang steht, dass die Revision „offensichtlich unbegründet“ ist (§ 349 Abs. 2 StPO a.E.), mag man füglich bezweifeln. Zu diesem Thema, das hier nicht eingehender behandelt werden kann, vgl. König, in: Heghmanns/

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (15.11.2008) im Internet abrufbar.

² BGHSt 38, 214; Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 136 Rn. 20.

³ BGHSt 22, 129 (133 ff.); 29, 244 (249); 32, 68 (70 f.); 34, 362 (364 f.).

⁴ Weigend, StV 2003, 436 (440); Neuhaus, NJW 1990, 1221 f.; Grünwald, StV 1987, 470 (472 f.); Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 912.1; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 408.

Verwertung der Aussage des Zeugen M und sah in ihr keinen die Revision begründenden Verstoß gegen § 136a oder § 136 StPO.

Dass die Verhöre durch den ISI gegen § 136a StPO, gegen die UN-Antifolterkonvention¹¹ sowie gegen Art. 3 EMRK verstießen und daher unverwertbar waren (§ 136a Abs. 3 Satz 2 StPO, Art. 15 UN-Antifolterkonvention), war bereits vom OLG Koblenz angenommen worden. Dem 3. Senat stellten sich aber im Hinblick darauf zwei weitere Fragen, nämlich zum einen, ob eine Fernwirkung dieses Verwertungsverbotes auch die späteren Angaben des Angeklagten gegenüber M (und damit dessen Zeugenaussage) unverwertbar werden ließ (dazu sogleich unter 0.), und zum anderen, ob die Angaben gegenüber M nicht noch unter dem Eindruck der Folter erfolgten und somit § 136a StPO unmittelbar unterfielen (dazu unten bei 0.).

1. Fernwirkung eines Verwertungsverbotes?

Der BGH bleibt auch diesmal bei seiner restriktiven Linie zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, ohne das noch näher auszuführen.¹² In früheren Entscheidungen war diese Linie damit verteidigt worden, ein Fehler dürfe nicht zur Lahmlegung des gesamten Strafverfahrens führen.¹³ Dies wäre in der Tat eine häufige Folge, wie die US-amerikanischen Erfahrungen mit der dort entwickelten „fruit of the poisonous tree doctrine“ belegen. Dort allerdings nimmt die Fernwirkung vor dem Hintergrund des Parteiverfahrens (und zumindest gelegentlich nur semi-professioneller Polizeibeamter) eine notwendige Disziplinierungsfunktion wahr,¹⁴ derer es im deutschen Strafverfahren angesichts der auf Objektivität angelegten Kontrollfunktion der Staatsanwaltschaft jedenfalls nicht zwingend bedarf.

Man wird daher allenfalls in Einzelfällen eine Fernwirkung in Betracht ziehen dürfen. Auch der BGH hat dies übrigens durchaus schon getan, und zwar einerseits im Kontext des Telekommunikationsgeheimnisses wegen dessen hohen Ranges¹⁵ und zum anderen dann, wenn der Verfahrensverstoß noch auf die nachfolgende Beweiserhebung nachwirkte, also beim Vorhalt unzulässig erlangter Beweismittel¹⁶ oder beim Fortwirken zuvor durch die Polizei ausgesprochener Drohungen bei einer nachfolgenden richterlichen Vernehmung.¹⁷ Gerade dieser Fall weist einige Parallelen zur vorliegenden Sachverhaltsgestaltung auf, weshalb der Senat durchaus zur Annahme einer Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes

hätte gelangen können. Dazu hätte er allerdings besagtes Fortwirken der Misshandlungen feststellen müssen, was er aber mit dem Hinweis auf das unter vier Augen „in einer entspannten Atmosphäre“ verlaufende Gespräch ausschließt, bei dem der Angeklagte sogar von den Schlägen durch den ISI berichtet habe. Das hätte er nicht getan, wenn er weitere Misshandlungen befürchtet hätte.¹⁸ Nun fällt es schwer, an diesem Rückschluss des Senates dezidierte Kritik zu üben, wenn man nicht dabei gewesen ist. Immerhin fällt auf, dass der Angeklagte nur von vereinzelten Schlägen berichtet hatte¹⁹ und davon, ansonsten „relativ vernünftig behandelt und nicht geschlagen worden“ zu sein.²⁰ Hat er an dieser Stelle vielleicht doch aus Angst seine Behandlung beschönigend dargestellt und weitaus schlimmere Behandlungen verschwiegen? In diesem Zusammenhang stimmt nachdenklich, dass zumindest teilweise ein ISI-Mitarbeiter zugegen und dem Angeklagten natürlich darüber hinaus klar war, im Anschluss an die Unterredung mit M wieder dem ISI ausgeliefert zu sein (und nicht zu wissen, was M dem ISI über das Gespräch berichten oder dieser sonst darüber in Erfahrung bringen werde). Man mag daher wenigstens leise Zweifel anbringen dürfen, ob der Senat nicht etwas blauäugig handelte, wenn er sich allein auf Grund seiner aus der Aktenlage gewonnenen Erkenntnisse die Überzeugung verschaffte, die vorherigen Misshandlungen hätten weder die Bereitschaft des Angeklagten, gegenüber M Angaben zu machen, noch deren Inhalt zu beeinflussen vermocht.²¹ War es indes wirklich so, wie der Senat annimmt, und der Angeklagte hatte sich gegenüber M angstfrei geäußert, dann wäre die Ablehnung einer Fernwirkung konsequent.

Gesonderte Ausführungen widmet der Senat außerdem der Frage, ob supranationales Recht eine Fernwirkung des Verwertungsverbotes fordert. Art. 15 der UN-Antifolterkonvention²² verbietet aber nur eine Beweisverwertung und eine weiterreichende, einheitliche Praxis der Vertragsstaaten ist insoweit nicht festzustellen.²³ Die Rspr. des EGMR zur Berücksichtigung von Verstößen gegen das Folterverbot in Art. 3 EMRK im Strafverfahren, insb. unter dem Aspekt der Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK), verlangt ebenfalls keine umfassende Fernwirkung. Sie differenziert vielmehr u.a. danach, ob der Konventionsverstoß bei der späteren Beweisgewinnung (hier dem Gespräch des Angeklagten mit M) noch fortgewirkt hatte.²⁴ Verneint man dies,

Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Rn. X. 355-361.

¹¹ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984, BGBl. II 1990, S. 246.

¹² BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 13.

¹³ BGHSt 22, 129 (136); 32, 68 (71).

¹⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn. 59 f.; Schroeder, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 142; Kühne (Fn. 4), Rn. 912.

¹⁵ BGHSt 29, 244 (249 ff.).

¹⁶ BGHSt 27, 355 (358).

¹⁷ BGHSt 17, 364 (367 f.).

¹⁸ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 12.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 12.

²⁰ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 5.

²¹ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 11.

²² Art. 15 der UN-Antifolterkonvention lautet: „Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt worden sind, nicht als Beweis in einem Verfahren verwendet werden, es sei denn gegen eine der Folter angeklagte Person als Beweis dafür, dass die Aussage gemacht wurde.“

²³ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 13; ebenso schon BVerfG (Kammer) StV 1997, 361 (363 f.).

²⁴ EGMR NJW 2010, 3145 (3149).

wie es der *Senat* tut, so steht auch die EMRK keiner Verwertung im Wege.

2. Unmittelbare Anwendung von § 136a StPO auf das konsularische Gespräch?

In seinem ersten Leitsatz scheint der *Senat* die Anwendung von § 136a StPO auf die Unterredung mit M von vornherein auszuschließen. Ein konsularisches Gespräch zur Vorbereitung der nach § 7 KonsG²⁵ zu vermittelnden Hilfe durch die deutsche Botschaft stelle keine Vernehmung zur Erforschung des Sachverhalts zum Zwecke der Strafverfolgung dar. Dazu führt der *Senat* aus, die erste Kontaktaufnahme des Konsularbeamten mit dem Ziele, Rechtsschutz zu vermitteln, bringe es notgedrungen mit sich, den Grund der Inhaftierung zu klären und dabei auch die zur Last gelegten Straftaten zu thematisieren.²⁶ Wäre es dabei geblieben, könnte wenig gegen den ersten Leitsatz eingewandt werden. Tatsächlich ist M aber in einem entscheidenden Punkt über die notwendige konsularische Betreuung hinausgegangen: Er hatte den Angeklagten zusätzlich befragt, ob die betreffenden Vorwürfe denn stimmten!²⁷ Inwieweit das Wissen darum bei der konsularischen Betreuung bzw. der Vermittlung anwaltlichen Beistandes hilfreich sein sollte, erschließt sich indes nicht. Bekanntermaßen lehnen es ja sogar Strafverteidiger ab, den Mandanten nach der Richtigkeit der Vorwürfe zu befragen, um unbefangener verteidigen zu können. Umso mehr wäre Zurückhaltung angezeigt, wo es vorerst überhaupt nur darum gehen konnte, einen örtlichen Verteidiger zu gewinnen. Oder sollte sich etwa hinter der Frage die unausgesprochene Einstellung verbergen, einem schuldigen Al Qaida-Kämpfer eben keinen (oder jedenfalls einen weniger engagierten) konsularischen Beistand zu gewähren? Wenn man eine solche Unterstellung nicht ernsthaft erheben will, so bleibt nur der Schluss, dass M in diesem Punkte (bewusst oder unbewusst) über sein konsularisches Betreuungsziel hinausgeschossen ist.

Wie ist sein Gespräch mit dem Angeklagten dann aber einzuschätzen? In seiner Hörfallen-Entscheidung hat der *Große Senat* des BGH es bekanntlich als Vernehmung definiert, wenn „der Vernehmende der Auskunftsperson (also dem Beschuldigten, dem Zeugen oder dem Sachverständigen) in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft (eine ‚Aussage‘) verlangt.“²⁸ Genau dies hat M getan: Er erschien als Konsularbeamter und veranlasste den Angeklagten in dieser Eigenschaft zur Aussage über seine Tatschuld. Durch die Verknüpfung der (man darf

vermuten: vom Angeklagten ersehnten) konsularischen Unterstützung mit der Antwort erheischenden Frage, ob die Vorwürfe denn auch stimmten, dürfte dem Angeklagten darüber hinaus suggeriert worden sein, im Falle einer Nichtantwort könne man ihm eben nicht helfen. Diese Zwangslage hat der *Senat*, wenn auch in anderem Kontext, durchaus erkannt.²⁹ Über die Möglichkeit, Ms Frage nicht zu beantworten, wurde der Angeklagte jedenfalls offenkundig nicht belehrt.³⁰ Damit hätte bereits eine Subsumtion unter den zitierten, vom *Großen Senat* favorisierten formellen Vernehmungsbegriff dazu geführt, das Gespräch mit M als Vernehmung einzuordnen, ohne dass man den noch weiteren sog. funktionalen Vernehmungsbegriff bemühen müsste, der jede staatliche Veranlassung einer Äußerung erfasst.³¹

Der Entscheidung, es handele sich um keine Vernehmung, ist daher zu widersprechen. Dabei hätte der *Senat* sich gar nicht so entschieden (falsch) zu positionieren brauchen, denn selbst bei Annahme einer Vernehmung hätten sich keine weiteren Folgerungen für den konkreten Fall ergeben. Zum einen diskutiert der *Senat* anschließend ohnehin vorsorglich die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung von § 136a StPO,³² zum anderen schließt er die Fortwähnung von Zwang bei dem Gespräch mit M aus, weshalb jedenfalls die weiteren Voraussetzungen eines Verwertungsverbotes fehlten.³³

3. Fehlende Belehrung über die Aussagefreiheit

Allerdings hätte eine Einstufung als Vernehmung Folgen im Hinblick auf die unterbliebene Belehrung über das Schweigerecht gezeitigt (§§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 StPO). Auch der *Senat* reißt diese Problematik an, wenngleich – konsequent, da nach seiner Ansicht keine Vernehmung vorlag – unter dem allgemeineren Aspekt des fairen Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.³⁴ Er stellt sich ihr aber nicht, weil keine entsprechende Verfahrensrüge erhoben worden war.³⁵

Hintergrund dieser Vorgehensweise ist das Erfordernis, Revisionsrügen zu begründen (§ 344 Abs. 1 StPO). Während zur ausreichenden Rüge materiell-rechtlicher Rechtsverletzungen der nicht weiter ausgeführte Satz genügt „Ich rüge die Verletzung materiellen Rechts“, fordert das Gesetz für Verfahrensrügen mehr. Nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO muss der Revisionsführer nämlich zusätzlich „die den Mangel enthaltenden Tatsachen“ angeben. Werden einzelne³⁶ Verfahrens-

²⁵ Konsulargesetz v. 11.9.1974 (BGBl. I 2317), zuletzt geändert durch Art. 20 d. Gesetzes v. 17.12.2008 (BGBl. I 2008, S. 2586). § 7 des KonsG hat folgenden Wortlaut: „Die Konsularbeamten sollen in ihrem Konsularbezirk deutsche Untersuchungs- und Strafgefangene auf deren Verlangen betreuen und ihnen insbesondere Rechtsschutz vermitteln.“

²⁶ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 8.

²⁷ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 5.

²⁸ BGHSt 42, 139 (145); ebenso *Diemer*, in Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 136a Rn. 6.

²⁹ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 14.

³⁰ Andernfalls wären die folgenden Überlegungen des *Senates* in Rn. 14 der Entscheidung nicht veranlasst gewesen.

³¹ *Schlüchter/Radbruch*, *NStZ* 1995, 354 f.; *Dencker*, *StV* 1994, 667 (674); ablehnend *Roxin*, *NStZ* 1995, 465.

³² BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 10.

³³ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 11 f., vgl. dazu oben unter 0.

³⁴ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 14.

³⁵ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 15 ff.

³⁶ Fehlt sogar jede Begründung der Revision, wird diese bereits vom Ausgangsgericht gemäß § 346 Abs. 1 StPO durch Beschluss als unzulässig verworfen.

fehler nicht in der beschriebenen Weise in der Revisionsbegründung ausgeführt, so unterliegen sie nicht der Prüfung durch das Revisionsgericht (§ 352 Abs. 1 StPO). Ebendies trifft nach Ansicht des *Senats* für den – in der Sache wohl anzunehmenden – Verfahrensfehler der unterlassenen Belehrung des Angeklagten durch M zu. Allerdings sieht der *Senat* Anlass, dieses Ergebnis ausführlicher zu begründen, was angesichts des kaum zu leugnenden Verfahrensmangels auch durchaus berechtigt ist. Beide Verteidiger des Angeklagten hatten sich offenbar in ihren Revisionsbegründungen zwar eingehend mit den Misshandlungen und einem daraus folgenden Verwertungsverbot befasst, aber die unterbliebene Belehrung nicht als Tatsache (im Sinne von § 344 Abs. 2 S. 2 StPO) genannt.

Lediglich einer der Verteidiger hatte zuvor in der Hauptverhandlung seinen notwendigen Widerspruch³⁷ gegen die Verwertung der Angaben von M wenigstens zusätzlich damit begründet, dass „kein Hinweis auf ein bestehendes Aussageverweigerungsrecht erteilt wurde“. Allerdings, so der *Senat*, sei dies ebenfalls nur im Kontext eines Beweisverwertungsverbot nach § 136a StPO geschehen.³⁸ Dieser Bemerkung ist nachdrücklich zu widersprechen, um andernfalls drohenden weiteren Verschärfungen des Widerspruchserfordernisses vorzubeugen. Denn sicherlich kann es keinen Unterschied machen, welche Rechtsnorm die Verteidigung zur Begründung eines Widerspruchs vorträgt. Verlangt wird von ihr auch insoweit nur die Angabe des gerügten Verfahrensmangels als Tatsache.³⁹ Zum einen kann nämlich dem Verteidiger ohne Systembruch in der Hauptverhandlung nicht mehr als Rügevortrag abgefordert werden als in der Revisionsinstanz, zum anderen gilt immer noch der Satz *iudex novit curia!* Wenn der Verteidiger konkrete Tatsachen vorträgt, aus denen sich Verfahrensfehler ergeben können, so begrenzt er freilich damit die Prüfung des Gerichts. Rügt er also eine fehlende Belehrung, braucht das Gericht nicht zusätzlich zu erwägen, ob sich der Angeklagte mit dem die Vernehmung übersetzenden Dolmetscher auch ausreichend verständigen konnte.⁴⁰ Der im vorliegenden Fall erhobene Verwertungswiderspruch unter Hinweis auf eine fehlende Belehrung hätte also durchaus genügt, das OLG zu veranlassen, (auch) einen Verstoß gegen die §§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 StPO zu prüfen, selbst wenn die Verteidigung das Augenmerk ihrer Widerspruchsbegründung in rechtlicher Hinsicht primär auf § 136a StPO richtete.

Im Ergebnis ändert dies freilich nichts, solange keine entsprechende Rüge für das nachfolgende Revisionsverfahren formuliert wird. Dies aber hat die Verteidigung offenbar

schlicht versäumt, obschon ihr immerhin das Fehlen einer Belehrung angesichts des erhobenen Widerspruchs bewusst gewesen sein muss. Hier liegt der Verdacht eines anwaltlichen Kunstfehlers nahe, was wiederum verdeutlicht, dass angesichts der heutigen revisionsgerichtlichen Anforderungen nur eine qualitativ hochwertige Strafverteidigung ihrer Aufgabe, über die Einhaltung der den Mandanten schützenden Rechtsvorschriften zu wachen, gerecht zu werden vermag.

IV. Gesamtbewertung

Die Entscheidung des *Senats* gelangt somit zu einem in der Sache unbefriedigenden, formal indes zutreffenden Resultat. Dieses war allerdings nur zu erzielen gewesen, weil die Verteidigung keine ausreichende Revisionsrüge hinsichtlich der unterbliebenen Belehrung des Angeklagten bei seinem Gespräch mit M zuwege gebracht hatte. Zudem ist die Begründung des *Senats* an mehreren Stellen ungenau und kein Musterbeispiel eines gelungenen Judikats. Es bleibt nur zu hoffen, dass nachfolgende Entscheidungen seine Aussagen (vor allem zur Einordnung konsularischer Gespräche und zum Widerspruchserfordernis) nicht kritiklos zitieren, sondern den Beschluss als das nehmen, was er ist: Die Entscheidung eines Einzelfalles ohne berechtigten Anspruch darauf, als Leitentscheidung zu gelten.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

³⁷ Zur Widerspruchslösung vgl. die Darstellung von *Scheffler* bzw. *Dallmeyer*, jeweils in: Heghmanns/Scheffler (Fn. 10), Rn. VII. 649 ff. bzw. Rn. II. 410 ff.

³⁸ BGH, Beschl. v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09, Rn. 16.

³⁹ Mehr ist jedenfalls – soweit ersichtlich – in der Rspr. noch nicht verlangt worden, vgl. BGHSt 52, 38 (42 f.); ferner BGHSt 54, 69 (103 f.), wo der 3. *Senat* in einer ähnlichen Situation in die Prüfung des Verfahrensfehlers einsteigt („jedemfalls unbegründet“).

⁴⁰ BGH 52, 38 (42).

B u c h r e z e n s i o n

Irmgard Gleußner, Zivilprozessrecht, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2010, 195 S., € 16,95.

Die Reihe „JURIQ Erfolgstraining“ umfasst inzwischen die stolze Zahl von 33 Bänden. Dass sie bislang, wie jüngst behauptet worden ist, „glatte Reinfälle“ waren,¹ lässt sich nicht bestätigen. Die Werke von *Böninghaus* zum BGB-AT und Schuldrecht haben an dieser Stelle jedenfalls eine differenzierte Einschätzung erfahren.² Die hier besprochene Neuerscheinung widmet sich einem klassischen Rechtsgebiet, das schon bei der Vorbereitung auf das Erste Staatsexamen nicht vernachlässigt werden darf und dessen Bedeutung während der anschließenden Referendarausbildung bekanntlich noch zunimmt. Daher haben sich auf dem Markt der Studienliteratur seit langem Lehrbücher und Skripten zum Zivilprozessrecht etabliert – man denke beispielsweise an die deutlich umfangreicheren Werke von *Musielak* oder *Pohlmann*. Aber es soll hier nicht um Vergleiche gehen, vielmehr ganz eigenständig um Zielgruppe, Inhalt und didaktisches Konzept der Neuerscheinung von *Gleußner*. Ob man das Werk als Buch (so im Folgenden) oder Skript bezeichnet, ist nebensächlich und im Übrigen Geschmackssache.

Das Buch wendet sich an Studienanfänger und höhere Semester. Für die erstmalige Berührung mit dem Zivilprozessrecht ist es bestens geeignet. Verfahrensrechtliches Vorwissen wird nicht vorausgesetzt. Die schnörkellose und straffe Darstellungsweise der *Autorin* erleichtert den Einstieg. Zahlreiche sehr übersichtliche Fälle, deren universelle Protagonistin „Mona“ heißt, erfüllen die theoretischen Ausführungen mit Leben.

Natürgemäß handelt es sich nicht um eine wissenschaftliche Aufbereitung des Prozessrechts. Dies kann und will *Gleußners* kompaktes Buch gar nicht bieten. Gleichwohl werden die gängigen Probleme dargestellt und mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Kommentar-Schrifttum belegt. Der Weg zur Vertiefung wird also stets gewiesen. Das Buch erscheint damit gleichermaßen als Repetitorium zur Examensvorbereitung. Mehr als auf seinen gut 190 Seiten abgehandelt, muss gewiss kein Kandidat beherrschen. Wer während seiner „heißen Phase“ nach einer verlässlichen Unterstützung bei der Wiederholung des Prozessrechts sucht, dem sei das hier besprochene Werk empfohlen.

Etwa drei Viertel des Buches sind dem Erkenntnisverfahren gewidmet. Der letzte Teil behandelt das Zwangsvollstreckungsrecht einschließlich einer sehr komprimierten Darstellung des einstweiligen Rechtsschutzes – mithin das gesamte 8. Buch der ZPO. Die *Autorin* wählt einen interessanten und sehr zeitgemäßen Einstieg, indem sie dem Erkenntnisverfahren die Konzepte gütlicher Streitbeilegung voranstellt. Auf diese Weise erfährt der Leser auch etwas über Mediation (Rn. 20) und Schiedsgerichtsbarkeit (Rn. 22). Sodann ist die Reihenfolge wieder ganz klassisch. Sie führt über die Verfahrensgrundsätze, die Zulässigkeit einer Klage und den idealtypischen

Verfahrensablauf. Die Prozesshandlungen werden zunächst nach Beklagtem (bspw. Widerklage) und Kläger unterschieden, dann folgen übereinstimmende Erledigungserklärung (Rn. 237) und Prozessvergleich (Rn. 243). Ich halte es für didaktisch sinnvoller, beide Formen der Erledigungserklärung zusammenhängend zu erläutern. Die einseitige Erledigungserklärung findet sich indessen bereits unter Rn. 213 ff. Dass deren Kenntnis zum „Spezialisten im Prozessrecht“ (so Rn. 219) adelt, erscheint doch recht übertrieben.

Ausführlich wird auch das Säumnisverfahren dargestellt – ein gern gewählter Klausuraufhänger. Unter Rn. 260 findet sich die Bemerkung, dass im Gütertermin kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen könne. Das ist formal richtig. Aber es hätte – zumal für den unerfahrenen Leser – erwähnt werden müssen, dass sich in solchen Fällen der Haupttermin unmittelbar anschließt (§ 279 Abs. 1 S. 1 ZPO) und dort selbstredend ein Versäumnisurteil erlassen werden kann.

Sehr lobenswert ist, dass auch Nebenintervention und Streitverkündung behandelt werden. Hier mag die Examensrelevanz nicht so ausgeprägt sein. In der Praxis spielt jedenfalls die Streitverkündung eine erhebliche Rolle, so dass es sinnvoll ist, auf diese Institute frühzeitig hinzuweisen. Die Ausführungen zur Interventionswirkung (§ 68 ZPO) werden auf das für Studienzwecke nötige Maß beschränkt (Rn. 305). Näheres ist dann wirklich „Spezialisten“ überlassen.

Ab Rn. 320 bietet die *Autorin* einen guten Einstieg in den diffizilen Bereich des Beweisrechts. Man kann gerade dem in der Rechtspraxis noch nicht Geschulten nicht oft genug verdeutlichen, wie sehr die Durchsetzung eines materiellen Rechts von der Beweislage abhängt. Auch hier ist für Studenten ein Überblick völlig ausreichend, zumal im Buch auch Aspekte wie Beweisvereitelung und Anscheinsbeweis erwähnt werden. Ich habe freilich etwas mit der Lupe geschaut und will – ohne dass dies den Gesamteindruck schmälert – nur auf folgende kleine sprachliche Unebenheit hinweisen: die Frage, wer für eine entscheidungserhebliche Tatsache Beweis führen muss, ist eine solche der formellen (nicht der materiellen, Rn. 330) Beweislast.³

Ein etwas größerer Schnitzer ist unter Rn. 357 zu verzeichnen. Dort wird der äußere Aufbau eines Urteils dargestellt (§ 313 Abs. 1 ZPO). Mag es hier auch in erster Linie um abstrakte Veranschaulichung gehen, so ist doch der Vollstreckbarkeits-Tenor des Urteils anzutreffend.

Erfahrungsgemäß haben Studenten der ersten Semester einige vage Vorstellungen vom gerichtlichen Verfahren, sind aber mit dem Zwangsvollstreckungsrecht kaum vertraut. Auch für diesen Bereich bietet *Gleußners* Neuerscheinung eine wertvolle Hilfestellung. Der entscheidende Einstieg in das Vollstreckungsrecht besteht in der Vermittlung der Grundsystematik. Dies gelingt der *Autorin* sehr überzeugend, wobei sowohl die einzelnen Vollstreckungsarten als auch die spezifisch vollstreckungsrechtlichen Rechtbehelfe dargestellt werden. Zur Abrundung hätten sich hier abschließende Prüfungsschemata angeboten.

¹ *Neureither*, JuS 2010, 1134 (1135).

² Vgl. die Rezension von *Schmidt*, ZJS 2010, 575.

³ Vgl. hierzu *Jäckel*, Das Beweisrecht der ZPO, 2009, Rn. 867 ff.

Das Buch kommt in sehr ansprechender drucktechnischer Aufmachung daher. Fallbeispiele, Klausurtipps und Grafiken sind farblich hervorgehoben und lockern den Text auf. Am Textrand finden sich zusätzliche Lernhinweise. Eine Besonderheit der JURIQ-Reihe sind gelegentlich eingebaute Comics. Sie sind wohldosiert, so dass sie zumindest nicht stören. Vergleichsweise modern erscheint darüber hinaus der sog. „Online-Wissens-Check“. Zu den einzelnen Kapiteln kann im Internet ein Multiple-Choice-Test mit anschließender Auswertung durchgeführt werden. Diese Möglichkeit steht leider nur 12 Monate nach Freischaltung des Zugangs zur Verfügung.

Zusammenfassend stellt das hier besprochene Werk eine empfehlenswerte, überaus handliche und gut strukturierte Einführung in die Welt der ZPO dar, zu der man auch für die Examensvorbereitung guten Gewissens greifen kann.

Richter am LG Dr. Holger Jäckel, Nürnberg

B u c h r e z e n s i o n

Dorothea Assmann, Fälle zum Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung, Verlag C.H. Beck, München, 2009, 247 S., € 19,90.

Das Zivilprozessrecht gehört in allen Bundesländern zum Prüfungsstoff des ersten Staatsexamens, spielt aber im Studium eher eine Nebenrolle. Das ist kein Drama, tritt doch das Verfahrensrecht im Allgemeinen und insbesondere der Zivilprozess im Referendariat klar in den Vordergrund. Trotzdem empfiehlt es sich, dem Zivilprozess schon im Studium einige Aufmerksamkeit zu widmen. Dies gilt umso mehr, nachdem in den letzten Jahren ausgerechnet die Zivilstation des Referendariats, in der das zivilprozessuale Handwerkszeug erarbeitet werden soll, erheblich verkürzt worden ist.

Da ist es erfreulich, wenn ein Buch sich darum bemüht, den Stoff in einer für das juristische Studium geeigneten Weise aufzubereiten, indem es dem Leser einerseits aus der verfahrensrechtlichen Praxis gegriffene Fallkonstellationen vor Augen führt und diese andererseits mit der im juristischen Studium üblichen Methode der gutachtlichen Fallbearbeitung einer Lösung zuführt. Dieser Versuch ist mit dem hier vorzustellenden Band weitgehend gelungen.

Nach einem Abschnitt „Hinweise zur Bearbeitung von ZPO-Fällen“ folgen insgesamt 15 Abschnitte mit Fällen und Lösungen.

Die einleitenden „Hinweise“ stellen im Wesentlichen ein Schema der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Richter-, Rechtsmittel- und zwangsvollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfsklausuren vor. Diese Prüfungsprogramme entsprechen der allgemeinen Übung. Gerade bei den Richter- und Anwaltsklausuren würde es sich allerdings anbieten, entsprechend der im Referendariat einzuübenden Methode der relationstechnischen Fallbearbeitung dem Schema einen Prüfungspunkt voranzustellen, in dem geklärt wird, welches Ziel die jeweilige Partei überhaupt verfolgt. Dies ist nicht immer unproblematisch, wie sich etwa schon in Fall 1 zeigt: Dort wird – in der Sache vertretbar – davon ausgegangen, der Kläger mache zwei unterschiedliche Streitgegenstände, einen eigenen Herausgabeanspruch und einen fremden in gewillkürter Prozessstandschaft, geltend. Aus dem Sachverhalt erschließt sich dies nicht unmittelbar. Konsequenterweise wären hier die Voraussetzungen der Klagehäufung und des Verhältnisses der Streitgegenstände zueinander zu erörtern gewesen, was aber ebenso unterbleibt wie überhaupt eine klare Trennung der Streitgegenstände im Verlauf der Prüfung. Hier hätte sich die erforderliche Klarheit schaffen lassen, wenn man die Falllösung mit der Klärung des Rechtsschutzziels begonnen und das weitere Gutachten konsequent daran orientiert hätte.

Die auf die Einleitung folgenden Falldarstellungen beginnen mit dem Sachverhalt nebst Abwandlungen und den zu beantwortenden Fragen, es folgen eine detaillierte Gliederung und die ausformulierte „Lösung“. Die Sachverhalte sind weitgehend gut zu überschauen und werfen materiellrechtlich keine größeren Probleme auf. Die gestellten Fragen zielen meist auf die Prüfung der Zulässigkeit/Erfolgsaussicht einer

Klage oder eines Rechtsbehelfs, teils aber auch auf Einzelprobleme. Bei den meisten Fällen steht ein bestimmter zivilprozessualer Fragenkreis im Vordergrund, der in typischen Konstellationen und deren Abwandlungen anschaulich gemacht wird. Besonders gelungen ist insoweit etwa Fall 5, wo die Rechtskraftwirkungen eines Versäumnisurteils und die Problematik der Teilklage mit einem geschickt konstruierten – freilich nicht sehr lebensnahen Fall – aufgearbeitet werden. Erfreulicherweise sind die Fälle andererseits nicht so gestaltet, dass sie lediglich ein einzelnes Problem intensiv abhandeln, sondern sie nehmen stets das Verfahrensrecht als Ganzes in den Blick. Damit hat der Bearbeiter neben einer Schwerpunktproblematik stets auch eine Anzahl weiterer Schwierigkeiten zu bewältigen und gewinnt ein Gefühl für die immer wieder abzuhandelnden Prüfungspunkte und Standardfragen.

Die Fälle decken, ohne Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können, die meisten Fragenkreise des Zivilprozesses ab. Ein verhältnismäßig großes Gewicht haben die vollstreckungsrechtlichen Klagen und Rechtsbehelfe, was aber der Häufigkeit entsprechen dürfte, mit der diese Gegenstand der Examensprüfungen sind. Auf der anderen Seite werden Fragen des Beweisrechts und des Beweisverfahrens zwar in mehreren Fällen angesprochen, haben aber insgesamt nicht das Gewicht, das ihnen in der Praxis zukommt.

Die Lösungen (besser wäre vielleicht die Bezeichnung „Lösungsvorschlag“) arbeiten immer wieder das einführend dargestellte Schema ab. Auch unproblematische Tatbestandsmerkmale und Sachurteilsvoraussetzungen werden stets aufs Neue Schritt für Schritt abgehandelt. Dies ist etwas ermüdend, wenn man den Band am Stück durcharbeitet. Die Darstellungsweise ist jedoch ein Vorteil, wenn man ihn als Übungsbuch nutzt und jeweils lediglich einen der Fälle zur Bearbeitung herausgreift, weil der Leser sich so mit der Zeit eine Routine aneignet, die die Fallbearbeitung erleichtert und Fehler vermeidet. Störend wirkt in diesem Zusammenhang allerdings die stete, textbausteinartige Wiederholung von Ausführungen zu völlig unproblematischen Tatbestandsmerkmalen wie der sachlichen Zuständigkeit nach §§ 23 Nr. 1, 71 GVG oder dem allgemeinen Gerichtsstand. Hier würde es ausreichen, die Überlegungen lediglich beispielhaft an einem oder zwei Fällen auszuformulieren und sich danach mit knappen Feststellungen zu begnügen.

Inhaltlich schlägt Assmann gut vertretbare Lösungen vor und stellt sie leicht verständlich dar. Streitfragen werden erörtert, bilden aber in der Regel nicht den Schwerpunkt der Ausführungen. Erfreulich ist in diesem Zusammenhang, dass nicht stets einer von der Rechtsprechung „vorgegebenen“ Lösung gefolgt, sondern immer die eigene Lösung mit – freilich teilweise sehr knapper – Begründung vertreten wird. Stellenweise wird der Fluss der Darstellung durch kleingedruckte „Hinweise“ unterbrochen, die nähere Erläuterungen zur Problematik geben oder die behandelten Fragen von ähnlichen Problemen abgrenzen. Dies ermöglicht dem Leser eine noch differenziertere Sichtweise und hilft beim Verständnis grundlegender Prinzipien des Zivilprozesses.

Andererseits zeigt sich hier auch eine gewisse Unentschiedenheit hinsichtlich der Zielsetzung auf, die der Band

insgesamt verfolgt: Will man den Studierenden mustergültig ausformulierte Lösungen für eine Klausur oder Hausarbeit vor Augen führen? Dann sind solche Hinweise fehl am Platze. Ebenso unnötig ist dann Prüfung „überflüssiger“, da vom gewählten Lösungsweg nicht aufgeworfener Fragen wie etwa im Fall 7, wo die Eröffnung eines Gerichtsstands nach § 32 ZPO problematisiert, die Frage dann aber mit dem Argument offen gelassen wird, man habe ja bereits ein Gerichtsstand nach § 21 ZPO bejaht. – Oder geht es darum, anhand des Fallmaterials eine möglichst vollständige Einführung in die Rechtsmaterie zu vermitteln? Dann wäre es wünschenswert, die weiterführenden Hinweise und Erklärungen noch wesentlich auszubauen und an den problematischen „Schaltstellen“ Alternativlösungen aufzuzeigen bzw. zu Ende zu denken.

Nicht nur im Schriftbild etwas störend erscheint die der vorangestellten Gliederung entsprechende Unterbrechung des Textes durch teilweise zehn und mehr raumgreifende Zwischenüberschriften pro Seite. Diese erleichtern zwar die Orientierung, welche Frage auf welcher Ebene der Argumentation gerade erörtert wird, sind aber für den Lesefluss eher hinderlich. Hier könnte derselbe Zweck etwa durch Fett- oder Kursivdruck ebenso gut erreicht werden. Teilweise dürfte selbst dies entbehrlich sein, wenn etwa einzelne Tatbestandsmerkmale einer Norm jeweils in zwei Textzeilen abgehandelt werden.

Ebenfalls nicht vollständig gelungen ist die sprachliche Darstellung. Der oft etwas holprige Stil mag teilweise der Praxis „schulmäßiger“ juristischer Gutachten entsprechen. Stellenweise merkt man dem Text aber deutlich an, dass, wie im Vorwort ausgeführt wird, die Fälle – und wohl auch die Lösungen – aus universitären Übungen und Vertiefungsveranstaltungen hervorgegangen sind. Die Erörterung von Rechtsfragen ähnelt bisweilen – etwa bei Abhandlung der Frage der Teilrechtsfähigkeit der GbR in Fall 1 – einer mit Mühe in vollständige Sätze ausformulierten Stichwortsammlung. Bisweilen fällt es schwer, die angeführten Argumente nachzuvollziehen, wenn man nicht bereits weiß, worum es geht. Fast jede dieser Erörterungen wird eingeleitet mit einer Floskel wie „Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden“.

Von diesen Kritikpunkten, die sich etwa bei einer sorgfältigen Überarbeitung für eine Neuauflage unschwer ausräumen lassen, abgesehen, bietet der Band von Assmann eine gute Möglichkeit, sich schon im Studium mit den Grundkonstellationen des Zivilprozesses vertraut zu machen. Anders als oftmals das klassische Lehrbuch liefert die Darstellung anhand einzelner Fälle zwar vielleicht keine vollständige und systematische Einführung in das Zivilprozessrecht, dafür erleichtert sie aber die Anwendung des Erlernten auf den praktischen Fall. Der Band von Assmann ist daher allemal eine geeignete Lerngrundlage sowohl für das erste Staatsexamen als auch als Vorbereitung für das Referendariat.

Richter am Landgericht Kim Matthias Jost, Potsdam