

Herausgeber: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöllner,

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Akad. Rat a.Z. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Redaktion Strafrecht: Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Mark Zöllner,

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Dr. Anna Oehmichen

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Impressumpflichten in sozialen Netzwerken

Von Rechtsreferendar Dr. Christian Lange, Berlin

141

Öffentliches Recht

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Von Prof. Dr. Mike Wienbracke, LL.M. (Edinburgh)

148

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht – Teil 2

Von Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE), Würzburg/Gießen

156

Gerechtigkeit als Kostenfrage oder Kosten als Gerechtigkeitsfrage?

Eine Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts

Von Jan-Gero Alexander Hannemann, Regensburg,

Georg Dietlein, Köln, Arne Nordmeyer, Hamburg/Hannover

163

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungsfall: Stress am Ende des Mietverhältnisses

Von RiAG Dr. Ulf P. Börstinghaus, Gelsenkirchen

170

Übungsfall: Der verfrühte Deckungskauf

Von Ass. Jur. Roy Dörnhofer, Austin (Texas)

176

ÜBUNGSFÄLLE (Forts.)*Öffentliches Recht***Schwerpunktbereichsklausur Unionsrecht:
Nationales Verbot des Online-Vertriebs von
Kontaktlinsen**

Von Prof. Dr. Matthias Klatt, Wiss. Mitarbeiterin Elsa Mein,
Shino Ibold, Hamburg/Berlin 181

*Strafrecht***Übungsfall Strafrecht: Der gierige Arzt**

Von Wiss. Mitarbeiter Sebastian Braun, Leipzig 188

Referendarexamensklausur: Der Milzriss

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Akad. Rätin Dr. Antje
Schumann, Leipzig 195

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Zivilrecht***BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11****(Keine Ein- und Ausbaupflicht im Rahmen der
Nacherfüllung bei Verträgen zwischen Unternehmern)**

(Wiss. Mitarbeiter Jonas Brinkmann, Bielefeld) 202

BUCHREZENSIONEN*Öffentliches Recht***Jörg-Dieter Oberrath, Öffentliches Recht, 4. Aufl.
2012**

(Dr. Eike Michael Frenzel, Karlsruhe/Freiburg) 209

**Andreas von Arnald, Völkerrecht, 2012;
Klausurenkurs im Völkerrecht, 2. Aufl. 2012**

(Wiss. Mitarbeiterin Juliane Stephan, Mainz) 210

*Strafrecht***Thomas Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013**

(Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel) 213

VARIA*Strafrecht***Rechtliche Gerechtigkeit und höhere Gerechtigkeit
Jakob Wassermanns „Fall Maurizius“ und die
Unzulänglichkeit der formaljuristischen
Rechtsanwendung**

Von cand. iur. Madeleine Martinek, Heidelberg 215

Impressumpflichten in sozialen Netzwerken

Von Rechtsreferendar Dr. **Christian Lange**, Berlin*

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die für Betreiber von Internetseiten geltende Anbieterkennzeichnungspflicht auch für Profile in sozialen Netzwerken wie Twitter und Facebook gilt. Zunächst wird nachgewiesen, warum die Einschränkung der Pflicht durch die weit überwiegende Meinung unzulässig ist. Hierzu wird die Pflicht analysiert und die gängigen Gegenargumente widerlegt. Sodann wird ein Vorschlag für eine praktikable Gesetzesänderung unterbreitet und schließlich Mängel der aktuellen Rechtsprechung zur Erfüllung der Pflicht aufgezeigt.

I. Das Bestehen der Pflicht

1. Grundlagen

Die Anbieterkennzeichnungspflicht ist in § 5 TMG geregelt. Danach haben Diensteanbieter für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien bestimmte Informationen über sich, wie Namen und Adresse, leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten. Eine ähnliche Pflicht regelt § 55 des Rundfunkstaatsvertrags (RStV). Danach haben Anbieter von Telemedien, die nicht ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen, ebenfalls Namen und Adresse verfügbar zu halten. Letztere ist die eigentliche Impressumspflicht. Es hat sich allerdings etabliert, auch die Pflicht des § 5 TMG so zu nennen. Nur die Pflicht des § 5 TMG ist gemeint, wenn im Folgenden von einer Impressumspflicht gesprochen wird.

Soziale Netzwerke haben in den vergangenen fünf Jahren eine ganz erhebliche Verbreitung gefunden. Die Nutzerzahlen insbesondere der amerikanischen Netzwerke Facebook und Twitter wachsen stetig. In Deutschland sind 74 % der Internetnutzer in einem sozialen Netzwerk angemeldet. In der werberelevanten Zielgruppe zwischen 14 und 29 Jahren sind es sogar 92 %.¹ Ob all jene Nutzer tatsächlich ihren Namen und ihre Adresse auf ihren Profilen hinterlegen sollen, ist daher eine Frage, die praktisch von ganz erheblicher Relevanz ist. Bemerkenswert sind auch die potentiellen Folgen einer Verletzung der Pflicht:

2. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung

Gemäß § 16 Abs. 3 TMG kann der Verstoß gegen § 5 TMG mit einer Geldbuße geahndet werden.

§ 5 TMG ist darüber hinaus Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Denn er schützt Individualinteressen einzelner,² nämlich jedenfalls das Interesse, einer Rechtsverletzung im Internet effektiv dadurch begegnen zu können, dass die Daten des Schädigers zugänglich sind. Ersatzfähig sind vor diesem

* Der Verf. ist Rechtsreferendar am Kammergericht und ehemaliger Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Schwab an der Freien Universität Berlin. Für wertvolle Hinweise dankt er seinen Lerngruppenmitgliedern Eva-Maria Delfs, Kathrin Ahting und Dr. Christoph Dachner.

¹ BITKOM, Studie Soziale Netzwerke, 2. Aufl. 2011, S. 4.

² S. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 346.

Hintergrund die Kosten, die bei der Ermittlung der Identität und der ladungsfähigen Anschrift des Verletzenden entstehen, weil er die Daten nicht der Norm entsprechend bereithält. Kein ersatzfähiger Schaden ist nach gefestigter Rechtsprechung der Zeitaufwand, der für die Ermittlung anfällt.³

Schließlich kommen Unterlassungsansprüche aus dem Wettbewerbsrecht in Betracht. Eine Verletzung der Pflicht des § 5 TMG stellt nämlich wettbewerbswidriges Handeln dar. Einschneidend für den Schädiger wird hier allerdings weniger die Abgabe der Unterlassungserklärung, als die mit der Abmahnung (§ 12 UWG) verbundene Kostentragungspflicht (§ 8 Abs. 1 S. 2 UWG) sein. Gesetzlich beschränkt ist aber die Aktivlegitimation. Nach § 8 Abs. 3 UWG ist die Geltendmachung der Ansprüche für Privatpersonen nämlich ausgeschlossen.

Mit der Frage, ob § 5 TMG in sozialen Netzwerken gelten soll, ist also zugleich die Frage verbunden, ob die zuvor genannten Rechtsfolgen bei einem Verstoß für jeden Nutzer gelten sollen. Das ist rechtspolitisch bedenklich. Ob die Norm für solche Zweifel Platz lässt, zeigt ihre Analyse.

3. Der Tatbestand des § 5 TMG

Der Tatbestand lässt sich in drei Teile gliedern: Zunächst klärt die Norm, ob jemand der Impressumspflicht unterliegt. Das wird dem Wortlaut nach bejaht für Diensteanbieter, die geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien bereithalten. Sodann wird vorgegeben, wie die Pflicht zu erfüllen ist. Nämlich, indem die Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar gehalten werden. Schließlich werden die Informationen aufgezählt, die zu hinterlegen sind.

Ob jemand einer Impressumspflicht unterliegt, setzt zunächst voraus, dass er ein Telemedium bereithält. Das Profil in einem sozialen Netzwerk ist eine Internetseite und es sind gerade Internetseiten, die zu den Telemedien zählen.⁴

Die Inhaber von Profilen in sozialen Netzwerken müssten aber auch Diensteanbieter sein, die ihr Profil geschäftsmäßig bereithalten. Die Begriffe Diensteanbieter und Geschäftsmäßigkeit sind die zwei wesentlichen Stellschrauben, an denen die Versuche zur Begrenzung der Impressumspflicht unternommen werden.

4. Die Einschränkungsversuche

a) Diensteanbieter

Der Begriff des Diensteanbieters ist legaldefiniert. Nach § 2 Nr. 1 TMG „ist Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält“. Das ist eine sehr weite Definition, die Inhaber von Profilen jedenfalls erfasst. Denn jeder von ihnen ist entweder natürliche oder juristische Person und hält ein eigenes

³ BGHZ 111, 168 (169) = BGH NJW 1990, 2060 m.w.N.

⁴ S. Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 5 TMG Rn. 7.

Telemidium bereit, auf dem er ein eigenständiges Informationsangebot anbietet, nämlich sein Profil.

Für weitgehende Einengungen sorgt eine Ansicht, nach der der Begriff des Diensteanbieters auf eigenständige und abgeschlossene Gesamtangebote zu beschränken sei.⁵ Die Notwendigkeit hierzu ergebe sich nach dieser Ansicht daraus, dass es anderenfalls „zu einer uferlosen Ausweitung der Impressumspflicht“ käme. Es seien danach nur Betreiber sozialer Netzwerke von der Pflicht betroffen und Profilinhaber auszunehmen. Denn das Profil sei nur Teil eines Portals und damit kein eigenständiges Angebot.

Diese Ansicht beschreibt ihr Vorgehen als enge Auslegung des § 5 TMG. Die Einordnung dieser Beschränkung als Auslegung ist vor dem Hintergrund der weiten Legaldefinition aber fernliegend. Denn eine Legaldefinition gilt für das gesamte Gesetz, in dem sie sich befindet.⁶ Der Wortlaut des § 2 Nr. 1 TMG gilt also gerade auch für § 5 TMG. Eine am Zweck orientierte Beschränkung durch Auslegung ist aufgrund der Eindeutigkeit des weiten Wortlauts jedoch gesperrt.

Es ist aber auch nicht möglich, die Beschränkung der Impressumspflicht auf eigenständige und abgeschlossene Gesamtangebote als teleologische Reduktion des § 5 TMG zu begreifen. Das versucht unausgesprochen jeder, der für eine Verengung mit dem Zweck argumentiert. In der Praxis führen als teleologische Reduktion bezeichnete Vorgänge oft zu diffusen Beschränkungen von Normen aus nicht nachvollziehbaren Wertungsgesichtspunkten.⁷ Das kann vermieden werden, indem man sich ihre Voraussetzungen vor Augen hält: Die teleologische Reduktion ist, wie auch die Analogie, ein Fall der Rechtsfortbildung.⁸ Die (legitime) Rechtsfortbildung setzt eine Lücke voraus.⁹ Die Lücke besteht bei der Analogie, vereinfacht gesagt, im Fehlen einer Regelung für einen gleich gelagerten Fall. Um die Schließung einer Lücke durch Erweiterung geht es auch bei der teleologischen Reduktion. Am Beispiel: Die Norm „Schwangerschaften abzubrechen ist per se strafbar“, wurde vom Reichsgericht erweitert um die Ausnahme „Dies gilt nicht, wenn der Schwangerschaftsabbruch notwendig ist, um das Leben der Mutter zu retten“.¹⁰ Das Fehlen der Ausnahme stellte hier eine Lücke dar, die durch Erweiterung um die Ausnahme geschlossen wurde. Soll nun der Norm „Diensteanbieter müssen Informationen hinterlegen“ also eine Ausnahme hinzugefügt werden, die etwa lauten könnte „Dies gilt nicht für unselbstständige Angebote“?

Die Antwort gibt der Rechtfertigungssatz der teleologischen Reduktion.¹¹ Während die Analogie dafür sorgt, dass

Gleiches gleich behandelt wird, setzt die teleologische Reduktion (also: die Erweiterung um eine Ausnahme) durch, dass Ungleiches ungleich behandelt wird. Damit die Ausnahme von der Impressumspflicht für Profile in sozialen Netzwerken legitim ist, dürften solche Profile nicht vergleichbar sein mit eigenständigen und abgeschlossenen Gesamtangeboten, wie sie von der Norm erfasst werden.

Alles ist mit allem vergleichbar. Den deshalb notwendigen Maßstab für den Vergleich gibt der Zweck des § 5 TMG vor.¹² Der Zweck der ihm zugrunde liegenden Richtlinie besteht darin, auf europäischer Ebene Rechtssicherheit für die Entwicklung der Dienste der Informationsgesellschaft herzustellen.¹³ Bei dem Begriff der Dienste wird ausdrücklich nicht zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten unterschieden.¹⁴ Der Zweck des § 5 TMG ist wiederum darin zu erkennen, es demjenigen, der in seinen Rechten verletzt wurde, zu ermöglichen, die Rechtsverletzung effektiv zu bekämpfen. Dabei muss § 5 TMG kompensieren, dass sich die Parteien nicht real gegenüber treten, sondern über Telemedien miteinander in Kontakt geraten.

Vor dem Hintergrund dieses Zwecks ist die Unterscheidbarkeit der eigenständigen und abgeschlossenen Gesamtangebote von Profilen auf sozialen Netzwerken eindeutig zu verneinen. Denn sowohl bei eigenständigen und abgeschlossenen Gesamtangeboten als auch bei Profilen in sozialen Netzwerken ist derjenige, der effektiven Schutz gegen eine Rechtsverletzung sucht, auf die Identität des Gegners und eine ladungsfähige Anschrift angewiesen. Und zwar unabhängig davon, ob er wirtschaftliche Zwecke verfolgt oder nicht. Ohne Unterschied ist auch eine Ungleichbehandlung nicht möglich. Die Norm hat keine Lücke in Form einer fehlenden Ausnahmeregelung. Ohne Lücke ist die Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion aber verboten.

b) Kein Ausschluss nach § 13 Abs. 6 TMG

Ein Ausschluss der Impressumspflicht für Inhaber von Profilen in sozialen Netzwerken ergibt sich vor diesem Hintergrund auch nicht aus § 13 Abs. 6 TMG. Danach hat der Diensteanbieter „die Nutzung von Telemedien und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen“. Der Profilinhaber ist aber nicht nur Nutzer im Verhältnis zum Portalbetreiber, sondern selbst zugleich Diensteanbieter i.S.d. § 5 TMG. Nutzer i.S.v. § 2 S. 1 Nr. 3 TMG ist lediglich, wer Angebote nachfragt.¹⁵ Der Inhaber eines Profils in einem sozialen Netzwerk stellt Informationen aber auch selbst bereit. Vom Schutzbereich des § 13 Abs. 6 TMG ist er in dieser Hinsicht nicht erfasst. Dass er zugleich Nutzer des jeweiligen Netzwerks sein kann, steht dem nicht entgegen. Das wird deutlich, wenn man den vorliegenden Fall mit dem einer üblichen Webseite ver-

⁵ Stadler, Impressumspflicht für Twitter-Account?, unter: <http://www.internet-law.de/2009/04/impressumspflicht-fur-twitter-account.html> (24.2.2013).

⁶ BGH NJW 2006, 613 (614); Leenen, AT: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 23 Rn. 26.

⁷ S. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480.

⁸ Zum Begriff Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 391 ff.

⁹ Bydlinski (Fn. 7), S. 472 m.w.N.

¹⁰ Beispiel nach: Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, S. 69 m.w.N.

¹¹ Larenz (Fn. 8), S. 392.

¹² Vgl.: Coing/Honsell, in: Staudinger/Eckpfeiler des Zivilrechts, 2011, B. Rn. 64.

¹³ S. insbesondere: Erwägungsgründe 5 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG.

¹⁴ Erwägungsgrund 18, S. 4 der Richtlinie 2000/31/EG.

¹⁵ Holznagel/Ricke, in: Spindler/Schuster (Fn. 4), § 2 Rn. 7; Müller-Broich, in: Nomos Kommentar zum TMG, 2010, § 2 Rn. 4.

gleich: Ihr Inhaber ist hier immer Diensteanbieter im Verhältnis zum Besucher der Website und Nutzer im Verhältnis zu dem Inhaber des Servers, auf dem die Seite gespeichert ist (sog. Host).¹⁶ Abgesehen davon, dass sich in sozialen Netzwerken die Betreiber mehr in den Vordergrund der einzelnen Profile rücken, gibt es zwischen jenen Profilen und gewöhnlichen Webseiten keinen Unterschied, soweit es das Nebeneinander von Nutzer- und Diensteanbiereigenschaft der Inhaber betrifft.

c) Geschäftsmäßigkeit

Andere Ansichten versuchen, den Anwendungsbereich des § 5 TMG über das Erfordernis der Geschäftsmäßigkeit des Telemediums einzuschränken.¹⁷ Die verschiedenen Teilansichten unterscheiden sich nur in Nuancen. Im Kern stimmen sie darin überein, dass der Begriff der Geschäftsmäßigkeit i.S.d. Norm nur verstanden werden könne als ein Handeln, das subjektiv mit Gewinnerzielungsabsicht oder objektiv entgeltlich vorgenommen wird. Namentlich das OLG Düsseldorf führt an, dass der Geschäftsmäßigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht innewohne. Dies ergebe sich schon daraus, dass die Norm von „geschäftsmäßig, in der Regel gegen Entgelt“ angebotenen Telemedien spricht.¹⁸ Entgeltlichkeit liege wiederum nur dann vor, wenn das Handeln dauerhaft und mit Gewinnerzielungsabsicht vorgenommen wird.

Eine weitere Ansicht führt das Merkmal der Nachhaltigkeit zur Definition der Geschäftsmäßigkeit ins Feld.¹⁹ Geschäftsmäßigkeit sei danach zu bejahen, wenn der Anbieter über einen längeren Zeitraum wiederholt tätig wird. Nur dies zugrunde gelegt, wäre eine Impressumspflicht für Nutzer von sozialen Netzwerken in den meisten Fällen zu bejahen. So nutzen beispielsweise mehr als 50 % der Facebook-Nutzer das Portal mehr als eine Stunde pro Tag.²⁰ Diese Weite erkennt die Ansicht freilich. Sie schränkt sich deshalb selbst ein über den in der Norm enthaltenen Zusatz, dass geschäftsmäßig eben nur sei, was „in der Regel gegen Entgelt“ angeboten wird. Weil dies dazu führte, dass rein informative Angebote nicht der Pflicht unterfielen und „das wohl nicht gemeint sein kann“,²¹ sei das Merkmal „in der Regel gegen Entgelt“ so zu verstehen, dass all jene Angebote impressumpflichtig seien, die „im Ergebnis“ auf eine entgeltliche Leistung hin abzielten.

Eine solche Beschränkung der Geschäftsmäßigkeit auf entgeltliche Angebote gibt die Norm indes nicht her. Was von ihr i.S.d. letztgenannten Zitats „gemeint sein kann“, was also ihr Telos ist, ergibt ihre Auslegung. Die teleologische Auslegung nimmt im Kanon der Auslegungsmethoden eine besondere Stellung ein: die historische (genetische), die systematische und auch die wörtliche (grammatische) Auslegung stehen

nicht gleichrangig neben oder nachrangig unter ihr, sondern sind als Kategorien der teleologischen Auslegung zu begreifen.²² Jede dieser Kategorien dient der Ermittlung des Zwecks, der nämlich nicht mit freier Assoziation, sondern anhand dieses Schemas zu erforschen ist. Die Auslegung ergibt, dass § 5 TMG unentgeltliche Angebote keineswegs ausschließt.

aa) Wortlaut

Der Wortlaut ist uneindeutig: Immer maßgeblich ist hier der „Vorstellungshorizont“²³ des jeweiligen Lesers der Norm. Geschäftsmäßigkeit kann gedeutet werden als bloße Geschäftigkeit, die jedes denkbare Tun umfasst oder eben auch als geschäftsmäßiges Handeln, das auf den Abschluss von Geschäften und damit entgeltliche Verträge beschränkt ist.

Anders, als die genannten Auffassungen dies postulieren, ist auch von dem Normbestandteil „in der Regel gegen Entgelt“ nur ein uneindeutiger Schluss auf die Geschäftsmäßigkeit zulässig. Denn wenn § 5 TMG festhält, dass die Impressumspflicht geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien erfasst,²⁴ dann besagt dies genauso sicher, dass sie in Ausnahmefällen auch für unentgeltliche Telemedien gilt. Damit kann der Fall des Profils in einem sozialen Netzwerk jedenfalls erfasst sein. Denn der Ausnahmecharakter dieses Falles wird nicht dadurch aufgehoben, dass es mehrere Millionen Anwendungsfälle gibt.

bb) Systematik

Die systematische Stellung des § 5 TMG im Gefüge anderer Normen, die elektronische Kommunikationsprozesse regeln, ist hingegen aufschlussreicher. I.S.d. Telekommunikationsgesetzes (TKG) ist gemäß § 3 Nr. 10 TKG „geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht. Ein hiervon abweichendes Verständnis des Begriffs der Geschäftsmäßigkeit i.S.d. TMG zu begründen, das nur auf Angebote mit Gewinnerzielungsabsicht beschränkt ist, ist vor dem Hintergrund der vergleichbaren Zwecke kaum möglich.

cc) Genetik

Wiederum wenig aufschlussreich sind die Materialien des Bundestags.²⁵ Denn sie enthalten nur den Wortlaut, der auch Einzug in das Gesetz gefunden hat.

dd) Richtlinienkonforme Auslegung

Ebenfalls nicht für eine Beschränkung auf entgeltliche Angebote spricht die der Norm zugrunde liegende Richtlinie.²⁶ Die richtlinienkonforme Auslegung gehört zur Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte. Sie ergibt sich aus Art. 4 Abs. 3 i.V.m.

¹⁶ Vgl. *Altenhain*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2010, § 2 TMG Rn. 7.

¹⁷ OLG Düsseldorf MMR 2008, 682; *Micklitz/Schirmbacher* (Fn. 4), § 5 TMG Rn. 8 ff.

¹⁸ OLG Düsseldorf MMR 2008, 682.

¹⁹ *Micklitz/Schirmbacher* (Fn. 4), § 5 TMG Rn. 8 ff.

²⁰ Crowd Science, Studie Social Media Insights, 2009, S. 10.

²¹ *Micklitz/Schirmbacher* (Fn. 4), § 5 TMG Rn. 10.

²² Vgl. *Schwintowski*, Juristische Methodenlehre, 2005, S. 76.

²³ So *Zippelius* (Fn. 10), S. 21.

²⁴ So auch Art. 1 der Richtlinie 89/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG, auf den aus Art. 2 lit. a Richtlinie 2000/31/EG verwiesen wird.

²⁵ BT-Drs. 16/3078, S. 14.

²⁶ Richtlinie 2000/31/EG.

Art. 288 Abs. 3 AEUV. Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben ihre Auslegung „soweit wie möglich am Wortlaut und am Zweck der Richtlinie auszurichten“.²⁷ Diese Pflicht besteht auch, wenn es sich, wie vorliegend, um eine Richtlinie handelt, die nur auf Mindestharmonisierung gerichtet ist²⁸ und die den nationalen Gesetzgebern damit einen Umsetzungsspielraum einräumt.

Zieht man die Richtlinie zur Ausfüllung des Begriffs der Geschäftsmäßigkeit heran,²⁹ so wird man eine Beschränkung auf entgeltliche Angebote nicht zweifelsfrei bejahen können. Denn die Richtlinie selbst enthält den Begriff der Entgeltlichkeit nicht. Wie weit ein konsequenter Gesetzgeber auf dieser Grundlage gehen kann, zeigt die französische Umsetzungsnorm: Sie regelt eine streng an der Richtlinie ausgerichtete, uneingeschränkte Impressumspflicht für jeden, der ein Telemedium anbietet;³⁰ unabhängig von Entgeltlichkeit.

Eine solch rigorose Regelung ist indes nicht zwingend. Denn die Richtlinie enthält in Art. 1 lit. a einen Verweis auf Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG. Hier ist der Begriff der Entgeltlichkeit erwähnt. Danach ist ein „Dienst [...] jede in der Regel gegen Entgelt [...] erbrachte Dienstleistung“. Diese Einbeziehung der Entgeltlichkeit auf Ebene der Richtlinien kann dafür sprechen, auch den Begriff der Geschäftsmäßigkeit in § 5 TMG mit ihr ausfüllen zu dürfen. Da aber wiederum nur eine Regelwirkung hergestellt wird, spricht - wie oben erörtert³¹ - nicht weniger dagegen. Denn durch den Wortlaut „in der Regel“ sind Ausnahmen für nicht-entgeltliche Angebote auch vom Richtliniengeber bereits einbezogen.

Während Wortlaut, Genetik und Richtlinie uneindeutig sind, gibt die Systematik den Ausschlag. Sie spricht für die Erfassung unentgeltlicher Angebote durch § 5 TMG.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass weder eine teleologische Reduktion auf selbstständige und abgeschlossene Angebote, noch eine Auslegung der Begriffe Diensteanbieter und Geschäftsmäßigkeit zu einer zulässigen Ausklammerung von Nutzern sozialer Netzwerke aus der Impressumspflicht des § 5 TMG führen.

d) Auffangargument: Das Nutzerprofil als entgeltliches Angebot

All jenen, die auf eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 5 TMG auf entgeltliche Angebote beharren, ist weiter entgegenzuhalten, dass Nutzerprofile entgeltliche Angebote i.S.d. Norm sind. Gegen die Entgeltlichkeit eines Nutzerprofils spricht zunächst, dass weder seine Einrichtung, noch seine Kenntnisnahme durch andere Nutzer etwa einer Gebührenpflicht unterliegt. Entgeltlichkeit ist allerdings nicht nur dann zu bejahen, wenn eine monetäre Gegenleistung zu erbringen ist.³² Es ist vielmehr jede Gegenleistung erfasst. Und

die Nutzer sozialer Netzwerke erbringen tatsächlich eine Leistung in diesem Sinne. Sie gewähren Zugriff auf ihren Daten. Unabhängig davon, ob sie bei der Anmeldung ihr richtiges Geburtsdatum oder den tatsächlichen Namen angegeben haben, werden Daten über das Surfverhalten an die Netzwerke weitergeleitet, die für die Betreiber der Netzwerke wesentlich relevanter sind, als die Identität der Nutzer. Aus dem Verhalten innerhalb der Netzwerke lässt sich genau ableiten, welche Eigenschaften der Nutzer hat und sich auf diese Weise personalisierte Werbung schalten. Das funktioniert auch wenn sich der Nutzer abgemeldet hat. In der Öffentlichkeit beanstandet wurde der Facebook-Like-Button, der Daten von Nutzern, die Internetseiten besuchen, auf denen er eingerichtet ist, an Facebook sendet. Das hat vereinzelt sogar politische Reaktionen hervorgerufen.³³ Facebook ist hier aber keine Ausnahme. Genau dasselbe erledigen die Schaltflächen aller Netzwerke. Textdateien, die im Browser gespeichert sind (Cookies), werden ständig von ihnen ausgelesen. Alledem stimmt jeder Nutzer bei der Registrierung zu.

Hiermit die Entgeltlichkeit zu begründen, kann weiter damit angefochten werden, dass die Gegenleistung, die hier von den Nutzern in Form der Daten erbracht wird, nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis von Nutzer zu Nutzer abgewickelt wird. Das Synallagma ist grundsätzlich erforderlich, um von einer Gegenleistung sprechen zu können. „Synallagmatisch“, „entgeltlich“ und „gegenseitig“, sind Synonyme.³⁴ Dass die Leistung nicht im Synallagma erfolgt, ist hier aber ausnahmsweise unschädlich und die Entgeltlichkeit des Profils und mit ihr die Impressumspflicht deshalb zu bejahen. Denn das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit ist in der zugrunde liegenden Richtlinie nicht eindeutig erfasst. Die deutsche Umsetzungsnorm muss daher so weit ausgelegt werden, dass sie auch in Fällen unentgeltlicher Angebote greift. Zur Verdeutlichung des Gedankens soll an die Rechtsprechung des BGH zu der Frage, ob die Bürgschaft ein entgeltliches Geschäft i.S.d. Haustürwiderrufs gemäß § 312 Abs. 1 BGB ist, angeknüpft werden.³⁵ In den zugrunde liegenden Fällen, bestanden Dreiecksverhältnisse zwischen dem Gläubiger, dem Bürgen und dem Hauptschuldner. Üblicherweise hat sich in diesen Konstellationen der Hauptschuldner um einen Kredit beim Gläubiger bemüht, den dieser nur gewähren wollte, wenn seine Forderung durch eine Bürgschaft gesichert wurde. Nur wenn die Bürgschaft eine entgeltliche Leistung darstellte, konnte gemäß § 312 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht auch für den Bürgen bestehen. Das hat der BGH lange verneint.³⁶ Später hat er es indes bejaht.³⁷ Grund für den Wechsel war die richtlinienkonforme Auslegung des § 312 Abs. 1 BGB. Anders als § 312 Abs. 1 BGB enthielt die ihm zugrunde liegende Richt-

²⁷ EuGH Slg. 1990, I-04135.

²⁸ S. Erwägungsgründe 6 und 10 der Richtlinie 2000/31/EG.

²⁹ Leenen (Fn. 6), § 23 Rn. 62 ff.

³⁰ Loi n 2004-575 d. 21.6.2004 (Loi pour la confiance dans l'économie numérique).

³¹ S.o. I. 4. c) aa).

³² Leenen (Fn. 6), § 4 Rn. 42.

³³ Vgl. Pressemitteilung des Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v. 19.8.2011 unter <http://www.datenschutzzentrum.de> (24.2.2013).

³⁴ Leenen (Fn. 6), § 4 Rn. 40.

³⁵ Dazu: Ring, in: Nomoskommentar zum BGB, 2. Aufl. 2010, § 312 Rn. 33.

³⁶ BGHZ 113, 207; BGH NJW 1991, 2905.

³⁷ BGHZ 139, 21 = BGH NJW 1998, 2356.

linie das Merkmal der Entgeltlichkeit nicht.³⁸ Der BGH legte den Begriff der Entgeltlichkeit deshalb denkbar weit aus.³⁹ Entgeltlichkeit war demzufolge zu bejahen, ganz gleich, welcher Art die Leistungsverpflichtung ist.⁴⁰ Das schließt auch Leistungen in Dreipersonenverhältnissen wie dem zwischen Bürgen, Hauptschuldner und Gläubiger ein.⁴¹ Auch wenn die Gegenleistung nicht zwischen Bürgen und Gläubiger stattfand, sondern – meist in Form eines Darlehens – zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, bejahte der BGH auf diesem Wege die Entgeltlichkeit der Bürgschaft zwischen Bürgen und Gläubiger.

Die tragenden Erwägungen dieser Rechtsprechung sind diese: Enthält die Richtlinie ein Tatbestandsmerkmal nicht, das das auf ihr basierende Gesetz aber enthält, dann ist das Tatbestandsmerkmal so weit wie möglich auszulegen, um nicht einen Fall von dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszunehmen, der nach der Richtlinie erfasst sein soll. Dies zugrunde gelegt, lässt sich die Entgeltlichkeit eines Profils in einem sozialen Netzwerk ebenfalls bejahen. Denn auch die Richtlinie, auf der § 5 TMG beruht, enthält, wie oben gezeigt,⁴² dieses Merkmal nicht. Sie enthält lediglich einen uneindeutigen Verweis sowie Erwägungsgründe, die eher gegen die Entgeltlichkeit sprechen. Die richtlinienkonforme Auslegung der Entgeltlichkeit des § 5 TMG wird daher auch jede „wie auch immer geartete Leistungsverpflichtung“ erfassen müssen. Dann genügt aber auch die dargestellte Leistung an Daten an den Plattforminhaber, um eine Entgeltlichkeit des Profils zu bejahen. Hieraus ergibt sich, dass auch all jene, die an der Entgeltlichkeit des Telemediums festhalten wollen, um eine Impressumpflicht zu begründen, Profile in sozialen Netzwerken nicht aus dem Anwendungsbereich der Pflicht heraus halten können.

II. Gesetzesänderung

Die Annahme einer Impressumpflicht de lege lata für Profile in sozialen Netzwerken ist unbefriedigend. Da die Reichweite der Pflicht durch die richtlinienkonforme Auslegung des § 5 TMG maßgeblich beeinflusst ist, kann eine Gesetzesänderung, die von der Richtlinie abweicht, nicht auf mitgliedstaatlicher Ebene erfolgen, ohne dass sich der Mitgliedstaat einem erheblichen Haftungsrisiko aussetzt.⁴³ Eine Änderung muss daher auf europäischer Ebene vorgenommen werden, was auch insofern sinnvoll ist, als sich das Problem in jedem Mitgliedstaat stellt.

1. Keine inhaltlich-qualitative Beschränkung

Eine Impressumpflicht für Profile in sozialen Netzwerken begegnet Unverständnis. Grundlage hierfür sind Überlegungen, die bei der (oft) geringen Schöpfungshöhe der dort ver-

öffentlichten Inhalte anknüpfen. Das ist nachvollziehbar sobald man sich fragt, ob Status-Updates über den Aufenthaltsort oder ein Video, das man mag, tatsächlich nach einer Angabe des Namens und der Adresse des Anbieters verlangen. Formal präzisiert ergibt sich daraus die Forderung nach einem inhaltlich-qualitativen Element im Tatbestand einer Norm, die eine Impressumpflicht formuliert. Im Gegensatz zu § 5 TMG, der formeller Natur ist und auf inhaltliche Kriterien verzichtet, enthält der Tatbestand der Impressumpflicht des § 55 RStV solche Komponenten durchaus. Indem § 55 RStV Angebote von der Impressumpflicht ausnimmt, die persönlichen und familiären Zwecken dienen, kann es nämlich auf eine Bewertung des Inhalts des Angebots ankommen. Doch bleibt auch § 55 RStV eine Präzisierung seiner Anforderungen schuldig. Und dies geschieht zur Vermeidung einer diffusen Verengung des Tatbestands zu Recht. Denn ganz unabhängig von der Schöpfungshöhe eines Angebots bleibt die Möglichkeit einer Rechtsverletzung bestehen. Eine Impressumpflicht, die nach inhaltlichen Kriterien zu unterscheiden versuchte, lieferte einen erheblichen Interpretationsspielraum, der den Anforderungen der Rechtsidee an eine Norm, nämlich neben Gerechtigkeit auch Rechtssicherheit zu gewähren,⁴⁴ nicht genügen kann.

2. Berücksichtigung des Netzwerkcharakters

Das Recht soll auf die Veränderung tatsächlicher Begebenheiten reagieren, sich ihnen anpassen. Das ist mit einer der wesentlichen Eigenschaften des Rechts verbunden: Ohne akzeptiert zu werden, kann es keine Regelungswirkung entfalten. Diesen Umstand gilt es für den Gesetzgeber in Abwägung zu bringen mit dem, was er zu regeln verpflichtet ist. Es kommt deshalb nicht in Betracht, die Probleme, die Impressumpflichten innerhalb sozialer Netzwerke auslösen, dadurch zu umgehen, dass auf Rechtsschutz per se verzichtet wird. Individualrechtsschutz zu gewährleisten schreibt nämlich bereits die Verfassung vor.⁴⁵

a) Grundidee

Ein Vorschlag für eine Gesetzesänderung muss daher moderieren zwischen zwei Fronten. Auf der einen Seite steht das – unterstellte aber sehr wahrscheinliche – Bedürfnis der Mehrzahl der Nutzer sozialer Netzwerke, ihre Daten dort nicht hinterlegen sowie ihre Daten nicht öffentlich preisgeben zu müs-

³⁸ Richtlinie 85/577/EWG.

³⁹ BGH NJW 1993, 1594 (1595).

⁴⁰ Ring (Fn. 35), § 312 Rn. 32.

⁴¹ BGH NJW 1993, 1594 (1595).

⁴² S.o. I. 4. c) dd).

⁴³ Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV Rn. 63.

⁴⁴ S. Hubmann, Wertung und Abwägung, 1977, Vorwort S. V; Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915, S. 60; Bydlinski (Fn. 7), S. 317; Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 70 ff.; ders., Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1959, S. 32 f.; ders., SJZ 1946, 105 (107); abweichend: Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 190 ff.; überdies: Larenz, Richtiges Recht, 1979, S. 33 ff., 174 ff., sowie Henkel, Recht und Individualität, 1958, S. 16 ff.

⁴⁵ Krebs, in: v. Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz I, 5. Aufl. 2000, Art. 19 Rn. 49; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 66. Aufl. 2012, Art. 19 Abs. 4 Rn. 7 ff.

sen. Auf der anderen Seite steht das Ziel, einen effektiven Rechtsschutz sicherzustellen.

Nutzer könnten daher verpflichtet werden, ihre Identität gegenüber dem sozialen Netzwerk nicht aber öffentlich preisgeben und zugleich das Recht erhalten, innerhalb des Netzwerks unter einem Pseudonym zu veröffentlichen. In der Schweiz wird ein ähnliches Verfahren für bestimmte Fallkonstellationen seit Anfang 2012 vorgenommen.⁴⁶ Den Netzwerken, die dann als Datenverwalter aufträten, müsste für diesen Ansatz aber zugleich eine Pflicht zum Schutz der Daten und unter bestimmten Voraussetzungen zur Herausgabe an staatliche Stellen auferlegt werden. Ein solcher Vorschlag schürt indes zu Recht die Angst vor den sozialen Netzwerken als Datenkraken. Er wird daher kaum umzusetzen sein.

Das Ziel des § 5 TMG, Rechtsschutz im Zweifel durch Gerichte gewähren zu können, bleibt aber kategorisch abhängig davon, dass die Identität und die ladungsfähige Anschrift des Gegners bekannt sind. Effektiven Rechtsschutz könnte daher eine generelle Klarnamenpflicht im Internet gewähren. Hiergegen sprechen jedoch Bedenken, ein öffentlicher und ehrlicher Diskurs könnte unterbunden werden, wenn er nur unter dem echten Namen geführt würde.⁴⁷ Solche Gründe, die unmittelbar an die Meinungsfreiheit anknüpfen, sind unbedingt zu beachten. Schon aus dem hohen Wert des zu schützenden Gutes ergibt sich, dass an die Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Einschränkung nur geringe Anforderungen zu stellen sind.⁴⁸

b) Umsetzung: Der Identitäts-Treuhänder

In Betracht kommt daher die Schaffung eines Identitäts-Treuhänders. Nutzer könnten verpflichtet werden, ihre Daten dort zu hinterlegen und dafür eine zufällig generierte Identität in Form eines Codes erhalten, der die anonyme Registrierung in einem Netzwerk (oder generell im Internet) ermöglicht. Nutzer, die eine Rechtsverletzung glaubhaft machen, indem sie etwa das Aktenzeichen eines anhängigen Verfahrens an einem Gericht vorzeigen, könnten dann einen Anspruch gegen den Treuhänder auf Herausgabe der tatsächlichen Daten des Verletzenden haben. Im Straßenverkehr ist das seit jeher anerkannt. Wer sich dort bewegt, tut dies ebenfalls nicht unter Angabe seines Namens auf der Motorhaube. Vielmehr wird durch das Nummernschild ebenfalls nur ein Code preisgegeben. Wer einen Schaden erleidet, der durch einen anderen PKW verursacht wurde, ist zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Halter (oder den Fahrer oder die Versicherung) aber ebenfalls auf dessen Identität angewiesen. Diese kann er vom Nummernschild des gegnerischen PKW jedoch nicht ablesen. Er kann allerdings die Zulassungsstelle oder den Zentralruf der Autoversicherer kontaktieren und unter Vorlage des Aktenzeichens, unter dem der Unfall bei der zuständigen Polizei-Behörde geführt wird, die Identität des Halters

ermitteln. Die Zulassungsstelle übernimmt in der Terminologie des hier gebrachten Vorschlags ebenfalls eine Treuhänderfunktion. Denn bei ihr werden die Halterdaten und der Code, nämlich das Nummernschild des gegnerischen PKW, miteinander verbunden.

Auch dieser Vorschlag eines Treuhänders führt an Bedenken gegen zentrale Datenspeicherung nicht vorbei, denn es bestünde auch bei einem Identitäts-Treuhänder immer – was genügt – jedenfalls theoretisch die Möglichkeit der Rückverfolgung des Codes auf die echte Identität ohne ausreichenden Anlass. Wer sich in eine Situation begibt, in der er Rechte verletzen kann, der darf – anders als die Befürworter absoluter Anonymität es verlangen – aber die wie auch immer geartete Möglichkeit nicht ausschließen, dass sich ein Verletzter gerichtlich wehrt. Ein Treuhänder eröffnet dabei jedenfalls die Chance, die widerstreitenden Interessen nach Rechtsschutz einerseits und Anonymität andererseits miteinander in Ausgleich zu bringen.

III. Das „Wie“ der Erfüllung der Pflicht

1. Anforderungen

Das LG Aschaffenburg hat im vergangenen Jahr als erstes Gericht entschieden, dass der Inhaber eines Facebook-Profiles der Impressumspflicht unterliegen kann.⁴⁹ Das ist nach dem oben Gesagten zu begrüßen. Das streitgegenständliche Profil, das zu Marketingzwecken gebraucht wurde, unterfällt nach allen Ansichten der Impressumspflicht.

Das LG hat aber nicht nur zum „Ob“ des Bestehens der Pflicht Stellung bezogen, sondern auch zum „Wie“ ihrer Erfüllung. § 5 TMG regelt die Modalitäten der Pflichterfüllung im zweiten Teil seines Tatbestands. Die Informationen sind danach leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten. Unproblematisch ist allein die ständige Verfügbarkeit. Wann es leicht erkennbar ist, wo sich auf einer Internetseite das Impressum verbirgt und über wie viele Zwischenschritte es erreichbar sein muss, um unmittelbar erreichbar zu sein, ist indes unklar. Die leichte Erkennbarkeit betrifft die Frage, welchen Namen der Link zum Impressum haben muss, damit ein Nutzer erkennt, dass sich hinter ihm ein Impressum verbirgt. Die unmittelbare Erreichbarkeit betrifft die Anzahl der Klicks, die ein Nutzer braucht, um das Impressum zu erreichen.

2. Keine starre Zwei-Klick-Regel

Insbesondere bei Facebook-Profilen ist das Impressum eines Profilinhabers oft nur über drei Klicks erreichbar: durch einen Klick auf den Link „Info“, dem ein Klick auf den dahinter verborgenen Link zur Webseite des Inhabers folgt, auf der der Nutzer schließlich über einen Link mit dem Namen „Impressum“ oder „Kontakt“ zu den relevanten Daten kommt. Das LG Aschaffenburg hat entschieden, dass drei Klicks zu viel sind, um der unmittelbaren Erreichbarkeit, die von § 5 TMG gefordert wird, noch genügen zu können. Es verwies dabei auf eine Entscheidung des BGH,⁵⁰ die schon zuvor in

⁴⁶ Dazu: *Bühlmann/Schröder*, CR 2012, 318.

⁴⁷ Vgl. *Süddeutsche.de* v. 3.8.2011, online abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/digital/debatte-ueber-online-identitaet-anonymitaet-im-netz-darf-nicht-verschwinden-1.1127377> (24.2.2013).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 115, 320.

⁴⁹ LG Aschaffenburg MMR 2012, 38.

⁵⁰ BGH NJW 2006, 3633.

der allgemeinen Rezeption zum Anlass genommen wurde, das Dogma der Zwei-Klick-Regel aufzustellen. Eine solche Regel enthält die Entscheidung des BGH aber nicht.

Der Text einer gerichtlichen Entscheidung ist zur Ermittlung der sie tragenden Gründe mit denselben Kriterien auszuwerten, wie der eines Gesetzes.⁵¹ Dies und die Unart, Entscheidungen auf rechtssatzähnliche Leitsätze herunter zu brechen, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in Deutschland keine formelle Bindung eines Gerichts an eine Entscheidung eines anderen Gerichts gibt.⁵² Denn die Verbindlichkeit von Gesetzen erreicht nur der Gesetzgeber.⁵³

Die Auslegung der vom LG Aschaffenburg in Bezug genommenen BGH-Entscheidung ergibt bereits nach der Wortlautanalyse, dass der BGH eine Zwei-Klick-Regel nicht geschaffen hat. Für den der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hat der BGH lediglich entschieden, dass das dort streitige Impressum, das durch zwei Klicks über Links mit den Namen „Impressum“ und „Kontakt“ erreichbar war, den Anforderungen des § 5 TMG genügt.⁵⁴

Probleme mit der Klickzahl können vorab vermieden werden, indem direkt auf Facebook ein vollständiges Impressum hinterlegt wird. Dann stellt sich allerdings die Frage nach der leichten Erkennbarkeit des Links unter dem nicht änderbaren Namen „Info“⁵⁵. Das LG Aschaffenburg hat sie verneint. Es sei, so das Gericht, nicht erkennbar, dass sich hinter einem Link mit dem Namen „Info“ Informationen verbergen können. Das ist angreifbar. Denn das LG Aschaffenburg ließ mit seiner Entscheidung zur Klickzahl und zum Linknamen die Prämisse außer Acht, die der BGH seiner Entscheidung zugrunde legte.

Es ging dem BGH darum sicherzustellen, dass „ein langes Suchen“ nach dem Impressum verhindert wird.⁵⁶ Dabei wendete er die unmittelbare Erreichbarkeit und die leichte Erkennbarkeit nicht starr getrennt nebeneinander an. Vielmehr integrierte er die Kriterien. Genauso wichtig wie dies ist der Maßstab den der BGH für die Beurteilung der leichten Erkennbarkeit (Linkname) und der unmittelbaren Erreichbarkeit (Klickzahl) anlegte: nämlich den des auf dem jeweiligen Portal erfahrenen Nutzers. Facebook-Nutzer sind im Durchschnitt 54 Minuten pro Tag online.⁵⁷ Erfahrenere Portalbenutzer gibt es kaum.

Eine integrierte Betrachtung der unmittelbaren Erreichbarkeit und der leichten Erkennbarkeit sowie den Maßstab des erfahrenen Nutzers zugrunde legend, wird abweichend von der Entscheidung des LG Aschaffenburg hier davon ausge-

gangen, dass ein durchschnittlich erfahrener Nutzer nicht lange nach einem Impressum suchen muss (allein darauf kommt es laut BGH an!), wenn er dorthin über einen Link namens „Info“ kommt und insgesamt drei Klicks dafür braucht.

IV. Zusammenfassung

Diskussionen über die Schaffung einer Klarnamenpflicht in sozialen Netzwerken sind aus juristischer Sicht obsolet. Nach bereits geltendem Recht besteht eine Impressumspflicht für Nutzer in sozialen Netzwerken, der nur durch die Angabe des Namens und einer ladungsfähigen Anschrift entsprochen werden kann. Die Versuche, die Impressumspflicht einzudämmen, haben keinen Bestand. Das wird insbesondere durch den Befund gestärkt, dass Profile in sozialen Netzwerken entgeltliche Angebote i.S.d. § 5 TMG sind. Dieser erheblichen Ausweitung der Impressumspflicht, die zu einem klaren Konflikt mit den Bedürfnissen nach Anonymität der Nutzer führt, kann nur der Gesetzgeber begegnen. Die widerstreitenden Interessen, Rechtsschutz zu gewähren einerseits und Anonymität beizubehalten andererseits, können durch einen Identitäts-Treuhänder zum Ausgleich gebracht werden. Hinsichtlich der Erfüllung der Pflicht ist zu beachten, dass es ein starres Dogma i.S.e. Zwei-Klick-Regel nicht gibt. Der Maßstab des erfahrenen Nutzers, den der BGH zugrunde legt, lässt die Annahme, ein „langes Suchen“ könne vermieden werden, auch zu, wenn mehr Klicks erforderlich sind, um zum Impressum zu gelangen. Der Nutzer, den der BGH vor Augen hat, ist abweichend von der Auffassung des LG Aschaffenburg auch in der Lage, ein Impressum hinter dem Link „Info“ zu vermuten.

⁵¹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl. 1995, S. 246 ff., vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 1997, Bd. 4, S. 375 f.

⁵² Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 69.

⁵³ Ausnahme: § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG für das BVerfG.

⁵⁴ Vgl. KG GRUR-RR 2007, 326; bestätigt durch: OLG Köln BeckRS 2009, 09950.

⁵⁵ Übersichtliche Anleitung zum Umgang damit:

blog.diegelernten.de/sn-impressum (Stand: 24.2.2013)

⁵⁶ BGH NJW 2006, 3633.

⁵⁷ ARD/ZDF Onlinestudie 2012, MP 7-8/2012, S. 381.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Von Prof. Dr. Mike Wienbracke, LL.M. (Edinburgh)*

I. Einleitung

Macht der Gesetzgeber von der ihm durch die Grundrechtsschranken eröffneten Möglichkeit des Eingriffs in ein Grundrecht in formell verfassungskonformer Weise Gebrauch, so ist er bei dieser Schrankenziehung inhaltlich keineswegs völlig frei, sondern unterliegt insofern seinerseits verfassungsrechtlichen Beschränkungen.¹ Diese sog. Schranken-Schranken dienen vor dem Hintergrund der unter der Weimarer Reichsverfassung (WRV) gemachten negativen Erfahrungen dazu, die Grundrechte vor einer Aushöhlung durch die Legislative zu schützen.²

Namentlich muss das in ein Grundrecht eingreifende bzw. zu einem Grundrechtseingriff ermächtigende Gesetz in materieller Hinsicht zunächst den etwaig vorhandenen speziellen Anforderungen des jeweiligen Grundrechts genügen (z.B. Erfüllung eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts bzw. verfassungsimmanenter Schranken). Danach ist zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des sog. Parlamentsvorbehalts (inkl. des Bestimmtheitsgrundsatzes) erfüllt sind und – was regelmäßig den Schwerpunkt der Untersuchung bildet – ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist. Im Vergleich hierzu von eher untergeordneter Bedeutung sind die beiden weiteren sich aus Art. 19 GG ergebenden Prüfungspunkte der „Wesensgehaltsgarantie“ (Art. 19 Abs. 2 GG) und das „Verbot einschränkender Einzelfallgesetze“ (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG).³ Abschließend ist bei Anlass auf mögliche Verstöße

gegen sonstige Verfassungsbestimmungen (z.B. Rückwirkungsverbot) einzugehen.⁴

II. Verhältnismäßigkeit des Gesetzes

Von nachgerade überragender Bedeutung für die Grundrechtsprüfung ist die Schranken-Schranke des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (synonym: Übermaßverbot), dessen verfassungsrechtlicher Rang sich auch ohne explizite Regelung im Grundgesetz „aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst [ergibt], 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.“⁵ Die meisten Entscheidungen, in denen das BVerfG auf einen Verstoß gegen ein Freiheitsgrundrecht erkannt hat, sind auf die Verletzung eben dieses Grundsatzes zurückzuführen.⁶

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, „dass ein Grundrechtseingriff einem legitimen Zweck dient und als [legitimes] Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist.“⁷

Wird dem Staat durch diesen Grundsatz der Sache nach letztlich nichts anderes untersagt, als was auch schon der Volksmund mit der Redensart „mit Kanonen auf Spatzen schießen“ verpönt, so lässt sich die demnach aufgeworfene Frage, ob das staatlicherseits eingesetzte Mittel in einer verhältnismäßigen Relation zu dem vom Staat verfolgten Zweck

* Der Autor lehrt Öffentliches Recht, insbesondere Staats- und Verwaltungsrecht sowie Europarecht am Fachbereich Wirtschaftsrecht der Westfälischen Hochschule Gelsenkirchen, Bocholt, Recklinghausen. Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um einen mit freundlicher Genehmigung der Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH sowie der FOM Hochschule für Oekonomie & Management gemeinnützige Gesellschaft mbH erstellten, leicht modifizierten Auszug aus *Wienbracke*, Einführung in die Grundrechte – mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde, 2013, Rn. 178 f., 186-210, 221-225, 275, 655, 658, 660.

¹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 285.

² *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 19 Rn. 60 ff. Die Terminologie ist uneinheitlich. Während der Begriff „Schranken-Schranken“ überwiegend im auch hier zugrunde gelegten Sinn von (nur) „materieller Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes“ verwendet wird (s. etwa *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2011, Rn. 298), prüfen andere unter diesem Oberbegriff, „ob das grundrechtseinschränkende Gesetz [...] formell und materiell verfassungsgemäß ist“, *Wilms*, Staatsrecht II, 2010, Rn. 210, der insofern auch von „Gegenschranken“ spricht (a.a.O., Rn. 236). Ebenso wie dieser *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 2, 2012, Rn. 145.

³ Hingegen ist das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG als „besonderes formelles Erfordernis“ bereits im Rahmen der

formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu prüfen, s. etwa *Manssen*, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2012, Rn. 164.

⁴ Das ist Folge der Elfes-Rspr. des BVerfG (BVerfGE 6, 32), s. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 317. Zum gesamten Vorstehenden vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 359; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 24 Rn. 55.

⁵ BVerfGE 19, 342 (348 f.). S.a. *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 32. Gegenstück des Übermaßverbots (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) ist das Untermaßverbot. Instruktiv zum Ursprung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts zu § 10 II 17 ALR und zum preußischen Polizeiverwaltungsgesetz sowie zur Frage der Bindung des Gesetzgebers an diesen Grundsatz unter der WRV s. *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, 1995, S. 140 ff., 174 ff., 196 ff. m.w.N. Zur Entwicklung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rspr. des BVerfG s. etwa *Schneider*, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, Bd. 2, S. 390.

⁶ *Stein/Frank*, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, § 30 V.

⁷ BVerfGE 120, 274 (318 f.) m.w.N. Bzgl. einzelner Grundrechte hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der BVerfG-Rspr. eine besondere Ausprägung erfahren, s. die zu Art. 5 Abs. 1 GG entwickelte Wechselwirkungslehre und die zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelte Drei-Stufen-Theorie, s. *Wilms* (Fn. 2), Rn. 240.

(Ziel) steht, denkbare, nur dann beantworten, wenn zunächst der Zweck und das Mittel des Staatshandelns jeweils isoliert für sich in einer Art „Vorprüfung“ – zumindest gedanklich – herausgearbeitet werden.⁸ Sofern sich hierbei ergeben sollte, dass der Staat entweder schon nicht berechtigt war, den jeweiligen Zweck zu verfolgen (s.u. 1.) oder aber das von ihm zur Zweckverfolgung gewählte Mittel als solches nicht verwenden durfte (s.u. 2.), kommt es gar nicht mehr zur Prüfung der Mittel-Zweck-Relation. Denn bei Verfolgung eines per se illegitimen Zwecks oder dem Einsatz eines für sich (absolut) verfassungswidrigen Mittels kann auch das (relative) Verhältnis beider zueinander nicht verfassungskonform sein.⁹ Sofern ein solcher (Ausnahme-)Fall jedoch nicht vorliegt, ist der Einstieg in die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung eröffnet und es ist danach zu fragen, ob das Mittel zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist (s.u. 3.-5.).¹⁰ Hierbei ist zu beachten, dass die drei vorgenannten Kriterien in einem Stufenverhältnis zueinander stehen: Erweist sich das Mittel bereits als nicht geeignet (bzw. erforderlich), so steht seine Unverhältnismäßigkeit (i.w.S.) damit fest und es ist seine Erforderlichkeit (bzw. Angemessenheit) nicht mehr zu prüfen.¹¹

1. Zweck

Welchen Zweck der Gesetzgeber mit dem von ihm eingesetzten Mittel genau verfolgt, ist durch Auslegung der jeweiligen gesetzlichen Regelung nach ihrem Wortlaut, ihrer Systematik, ihrer Historie sowie ihrem Telos zu ermitteln.¹² Ist der Gesetzeszweck auf diese Weise identifiziert, so ist anschließend zu untersuchen, ob dieser auch legitim ist.¹³ Hierbei gilt,

dass die Legislative – anders als die gem. Art. 20 Abs. 3 GG jeweils an „Gesetz und Recht“ gebundene Exekutive und Judikative – über einen weiten Spielraum verfügt.¹⁴ Denn gem. Art. 20 Abs. 3 GG ist der Gesetzgeber allein an das Grundgesetz gebunden, so dass er im Übrigen, d.h. mit Ausnahme der Verfolgung verfassungswidriger Ziele (ein derartiges „Zweckverbot“ enthält z.B. Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG), bei seiner Zweckwahl frei ist:¹⁵ „Legitime Gemeinwohlziele können, müssen sich aber nicht aus der Verfassung ergeben.“¹⁶ Insofern „eröffnet sich im Grunde der gesamte Horizont der Staatsaufgaben“, falls nicht im betreffenden Fall ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt bzw. eine verfassungsimmanente Schranke inhaltliche Vorgaben in Bezug auf den Eingriffszweck macht.¹⁷

*Beispiel:*¹⁸ Mit der alleinigen Zielrichtung, Umsatzverlagerungen von einer Apotheke zu einer anderen Apotheke zu verhindern, wird ein Gesetz erlassen, das Apothekern jegliche Werbung verbietet. Steht diese Regelung in Einklang mit dem Grundgesetz?

Nein. Der durch das Werbeverbot bewirkte Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) ist verfassungsrechtlich bereits deshalb nicht gerechtfertigt, weil der hiermit verfolgte Zweck des Schutzes vor Umsatzverlagerungen, d.h. vor „Abwandern“ von Kunden zur Konkurrenz, nicht legitim und damit das Gesetz insgesamt unverhältnismäßig ist. Denn in Anbetracht von Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ist Konkurrenzschutz für sich allein kein Gemeinwohlbelang, der einen Eingriff in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen vermag.

Ein vom Gesetzgeber mit einer konkreten Maßnahme etwaig zu schützen beabsichtigtes Gemeinwohlinteresse (z.B. der Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität der Ärzteschaft) rechtfertigt einen Grundrechtseingriff (z.B. ärztliches Werbeverbot) allerdings dann nicht, wenn dieses Interesse durch die infolge der Maßnahme beschränkte Grundrechtsbetätigung (z.B. Zahnarzt wirbt mit dem Betrieb eines zahn-technischen Labors) schon gar nicht gefährdet wird.¹⁹ Allerdings kommt dem Gesetzgeber nicht nur hinsichtlich der Auswirkungen eines Gesetzes (s.u. 3. und 4.), „sondern auch bei der Beurteilung einer Bedrohungslage für das Gemeinschaftsgut, zu dessen Schutz er im konkreten Fall tätig wird“, ein

⁸ Detterbeck (Fn. 2), Rn. 300; Michael, JuS 2001, 654 (655); Sodan/Ziekow (Fn. 4), § 24 Rn. 32; Stein/Frank (Fn. 6), § 30 V.

⁹ Vgl. Detterbeck (Fn. 2), Rn. 302.

¹⁰ Wilms (Fn. 2), Rn. 239.

¹¹ Vgl. Detterbeck (Fn. 2), Rn. 309.

¹² Vgl. Sachs, Verfassungsrecht II, 2. Aufl. 2003, A. 10. Rn. 34. Ein pauschaler Hinweis auf das „öffentliche Interesse“ etc. genügt nicht, s. Epping, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 52. Dient das Mittel zugleich mehreren Zwecken, so ist für jeden von ihnen zu prüfen, ob er den Grundrechtseingriff rechtfertigt, s. Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 617. Ob insoweit sämtliche – objektiv denkbaren – Gesetzeszwecke berücksichtigungsfähig sind (so z.B. BVerfG NVwZ-RR 2012, 257 [259], und BVerfG NJW 1998, 1776 [1777], jeweils m.w.N.: „Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, auch wenn sie in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben“) oder allein die – subjektiv – vom Gesetzgeber verfolgten beachtlich sind (vgl. BVerfGE 93, 121 [147]: „erkennbare Entscheidung des Gesetzgebers“, sowie BVerfG NVwZ 2003, 715 [717] m.w.N.), ist streitig, s. Manssen (Fn. 3), Rn. 182.

¹³ Vgl. BVerfGE 101, 331 (348), s. Pieroth/Schlink (Fn. 1), Rn. 289 ff. „Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es grundsätzlich ein legitimes Gemeinwohlanliegen, Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“, BVerfG NJW 2012, 1062 (1063) m.w.N.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 77, 84 (106) und s. Wienbracke, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 245.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316), und s. Sodan/Ziekow (Fn. 4), § 24 Rn. 35.

¹⁶ Hufen, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 19. Im vorliegenden Zusammenhang geht es also „allein um Legitimität am Maßstab des höherrangigen Rechts“ – und nicht etwa darum, ob „der Zweck der Maßnahme politisch oder moralisch zustimmungswürdig ist“, v. Kielmansegg, JuS 2009, 118 (121).

¹⁷ Ipsen, Staatsrecht II, 14. Aufl. 2011, Rn. 187 (im Original mit Hervorhebung).

¹⁸ Nach BVerfGE 94, 372; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 301.

¹⁹ BVerfG NJW 2011, 2636 (2637).

Einschätzungs- und Prognosespielraum zu. Dieser ist allerdings dann überschritten, wenn die legislatorischen Vorstellungen „in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.“²⁰

2. Mittel

Ist der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck verfassungsrechtlich legitim, so muss Gleiches ebenfalls auf das gewählte Mittel, d.h. die konkret getroffene Maßnahme (den staatlichen Eingriffsakt), zutreffen.²¹ Dieses muss als solches vom Staat eingesetzt werden dürfen.²² Insofern gilt wiederum, dass die Legislative gem. Art. 20 Abs. 3 GG allein an die Verfassung gebunden ist („Mittelverbote“ enthalten z.B. Art. 102 GG und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG), wohingegen sich Verwaltung und Rechtsprechung nur der ihnen nach „Gesetz und Recht“ vorgegebenen Instrumente bedienen dürfen.²³

*Beispiel:*²⁴ Mit der Begründung, dass die bestehenden Vorschriften nicht ausreichen, um die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten vor Beeinträchtigungen durch Filme zu schützen, fügt der Bundestag mit Zustimmung des Bundesrats eine neue Vorschrift (§ 15a) in das JuSchG ein, wonach Filme, die öffentlich vorgeführt werden sollen, zuvor der zuständigen Behörde vorzulegen sind, die sie anhand von bestimmten, im Gesetz genannten Grundsätzen prüft und je nach dem Ergebnis ihrer Prüfung die öffentliche Vorführung erlaubt oder verbietet. Ungeprüfte Filme dürfen der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden. Ist eine solche Bestimmung verfassungsgemäß?

Nein. Die Regelung des § 15a JuSchG n.F. (Vorzensur) greift in das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG (Informationsfreiheit) ein, ohne dass dieser Eingriff gerechtfertigt wäre. Zwar verpflichtet Art. 5 Abs. 2 GG den Gesetzgeber bei Eingriffen in ein Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich auf den auch hier verfolgten Zweck des Jugendschutzes. Doch ist ihm zur Erreichung dieses Ziels das Mittel der (Vor-)Zensur durch Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG gerade verboten.

3. Geeignetheit

Die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung (i.w.S.) beginnt mit dem Kriterium der Geeignetheit des Mittels zur Zweckerreichung.²⁵ Eine ungeeignete Maßnahme vermag den verfolg-

ten Zweck niemals zu erreichen, so dass sie stets als „übermäßig“ zu qualifizieren ist.²⁶

„Ein Mittel ist [...] dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet [zur Zweckerreichung], wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.“²⁷

Nicht verlangt wird dagegen, dass der Gesetzgeber das jeweils bestmögliche (optimale) Mittel zum Einsatz bringt.²⁸ Auch muss der erstrebte Erfolg nicht in jedem Einzelfall tatsächlich eintreten.²⁹ Vielmehr reicht es nach der vorstehenden Definition aus, wenn das Mittel die abstrakte Möglichkeit aufweist, den jeweiligen Zweck zu erreichen, wofür schon eine Teileignung genügt.³⁰ Da das BVerfG dem Parlament insofern zudem einen weiten, gerichtlich nur in begrenztem Umfang nachprüfbarer Einschätzungs- und Prognosevorrang (-prärogative) einräumt und eine verfassungsrechtliche Beanstandung unter dem Aspekt der Geeignetheit lediglich dann für möglich hält, wenn „das vom Gesetzgeber angewandte Mittel von vornherein objektiv untauglich“ ist, verwundert es nicht, dass ein grundrechtseinschränkendes Gesetz nur äußerst selten an der Eignungsprüfung scheitert.³¹

*Beispiel:*³² Gem. § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. ist zur Ausübung des Einzelhandels eine Erlaubnis erforderlich, die zu versagen ist, wenn der Unternehmer nicht die erforderliche Sachkunde nachweisen kann. Während § 4 Abs. 2 EinzelHG a.F. für den Einzelhandel mit Lebensmitteln und Arzneimitteln eine jeweils besondere Warenkunde verlangt, ist für den allgemeinen Einzelhandel der Nachweis der Sachkunde bereits dann erbracht, wenn der Bewerber in einer besonderen Prüfung allgemeine Kenntnisse der beim Einzelhandel vorkommenden kaufmännischen Vorgänge nachweist; Warenkenntnisse sind insofern nicht notwendig. Alternativ hierzu genügt auch das Bestehen einer Kaufmannsgehilfenprüfung in einem beliebigen Zweig des Handelsgewerbes mit anschließender prakti-

²⁶ Ipsen (Fn. 17), Rn. 189 m.w.N.

²⁷ BVerfGE 115, 276 (308).

²⁸ Manssen (Fn. 3), Rn. 183.

²⁹ Vgl. BVerfGE 67, 157 (175) und s. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 84. Je nach Konstellation kann es daher durchaus mehrere geeignete Mittel geben, s. Wilms (Fn. 2), Rn. 245. „Der Staat ist bei der Auswahl unter den geeigneten Mitteln [...] frei“, Detterbeck (Fn. 2), Rn. 303 (im Original mit Hervorhebung).

³⁰ BVerfGE 100, 313 (373); Michael/Morlok (Fn. 12), Rn. 619; Wilms (Fn. 2), Rn. 245.

³¹ BVerfGE 16, 147 (181). S.a. BVerfGE 115, 276 (308) m.w.N.; Hufen (Fn. 16), § 9 Rn. 20. Vgl. ferner BVerfG NJW 2012, 1062 (1063): Mit dem Sonnenstudioverbot für Minderjährige verfolgt der Gesetzgeber „das Ziel, die Bevölkerung [...] vor UV-Strahlung zu schützen, da eine Vielzahl von wissenschaftlichen Untersuchungen nach seiner Auffassung belegt, dass diese sowohl die Hautkrebsentstehung als auch den Verlauf einer bestehenden Hautkrebserkrankung entscheidend beeinflusst“ (Hervorhebung durch den Verf.).

³² Nach BVerfGE 19, 330.

²⁰ BVerfG NVwZ 2010, 1212 (1216) m.w.N.

²¹ Detterbeck (Fn. 2), Rn. 300; Michael/Morlok (Fn. 12), Rn. 612.

²² Pieroth/Schlink (Fn. 1), Rn. 289.

²³ Pieroth/Schlink (Fn. 1), Rn. 290.

²⁴ Nach BVerfGE 33, 52.

²⁵ Vgl. Michael, JuS 2001, 148 (149).

scher Tätigkeit im Handel von mindestens zwei Jahren. Da Unternehmer U seinen allgemeinen Einzelhandelsbetrieb ohne einen solchen Sachkundenachweis betreibt, wurde gegen ihn ein Bußgeld verhängt. Nach erfolgter Einlegung eines Einspruchs hiergegen ist nunmehr das Amtsgericht mit der Angelegenheit befasst, welches das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt und die Entscheidung des BVerfG darüber erbeten hat, ob § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Zu welchem Ergebnis wird das BVerfG bzgl. der Frage der Verhältnismäßigkeit von § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. gelangen? § 3 Abs. 1 EinzelHG a.F. bezweckt den Schutz des Verbrauchers, der dem Einzelhändler als Kunde gegenübersteht, vor der Gefahr gesundheitlicher oder auch wirtschaftlicher Schädigung. Zur Erreichung dieses wichtigen Gemeinschaftsinteresses ist das hier gewählte, als solches legitime Mittel der Sachkundeprüfung, allerdings ungeeignet. Denn der Einzelhändler wirkt lediglich durch Warendistribution an der Bedarfsdeckung mit. Seine volkswirtschaftliche Funktion besteht darin, Waren zu beschaffen, zu lagern und – regelmäßig an private Verbraucher – abzusetzen. Die Be- und Verarbeitung der Ware („Manipulation“), die weitgehend von den Produktions- und Großhandelsbetrieben übernommen wurde, tritt demgegenüber ganz zurück. Vielmehr werden im Einzelhandel typischerweise verwendungsbereite Konsumwaren abgesetzt. Gesundheitliche Gefahren könnten dem Verbraucher von einem fachlich ungeeigneten Einzelhändler daher allenfalls beim Handel mit Lebensmitteln, Arzneimitteln und dergleichen drohen. Für diese Warenzweige gelten denn auch gem. § 4 Abs. 2 EinzelHG a.F. besondere Vorschriften, die im vorliegenden Zusammenhang des allgemeinen Einzelhandels jedoch nicht zu prüfen sind. Dagegen vermag der allgemeine Einzelhandel den Kunden gesundheitlich in aller Regel nicht zu gefährden. Allein die Möglichkeit wirtschaftlicher Gefährdung ist nicht auszuschließen, wenn der Einzelhändler beispielsweise mangelhafte Ware beschafft, die Ware unsachgemäß lagert oder den Kunden unzulänglich berät. Diese Gefahr könnte ausgeschlossen oder doch zumindest reduziert werden, wenn von dem Einzelhändler der Nachweis der Warenkunde in seiner besonderen Branche gefordert würde. Gerade diesen Nachweis verlangt das Gesetz jedoch nicht. Vielmehr begnügt es sich mit dem Nachweis allgemeiner kaufmännischer Kenntnisse, die zudem noch in einer ganz anderen Branche erworben sein können. Das Ziel des Verbraucherschutzes wird durch das Erfordernis des (kaufmännischen) Sachkundenachweises im allgemeinen Einzelhandel demnach in keiner Weise gefördert. Für diesen Zweck ist das hier gewählte Mittel folglich ungeeignet und damit insgesamt unverhältnismäßig.

4. Erforderlichkeit

Erweist sich das eingesetzte Mittel als zur Zweckerreichung geeignet, so folgt nunmehr die Prüfung seiner Erforderlich-

keit.³³ Denn „nur was geeignet ist, kann auch erforderlich sein.“³⁴

„Das Mittel ist [zur Zweckerreichung] erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes [d.h. milderes] Mittel hätte wählen können.“³⁵

„Die Prüfung der Erforderlichkeit verlangt mithin zweierlei, nämlich (1) das Aufzeigen einer ihrerseits rechtmäßigen (!) Handlungsalternative [...] („milderes Mittel“) und (2) einen Vergleich der Effektivität [Geeignetheit] dieses anderen Mittels mit dem [...] tatsächlich eingesetzten Mittel.“³⁶ Hierauf liegt nicht selten der Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung.³⁷

Die erste Frage, nämlich ob es noch mindestens ein weiteres (milderes Alternativ-)Mittel gibt, welches das betroffene Grundrecht weniger stark belastet als das vom Staat tatsächlich eingesetzte Mittel, ist an die „juristische Phantasie“ adressiert und von vornherein auf den Kreis des verfassungsrechtlich Legitimen beschränkt (s.o. 1.).³⁸ Ebenfalls nicht „milder“ sind solche Mittel, welche die durch den Grundrechtseingriff (z.B. Abgabenerhebung) bei einer Gruppe (z.B. Arbeitgeber) bewirkte Belastung nur auf Dritte (z.B. Arbeitnehmer) oder die Allgemeinheit (z.B. Aufgabenfinanzierung aus Steuermitteln) verschieben.³⁹

Wird sich *irgendein* milderes Mittel als das tatsächlich eingesetzte regelmäßig finden (z.B. Selbstverpflichtung anstelle eines gesetzlichen Ge-/Verbots), so hat dies nach der o.g. Definition allerdings nur dann die fehlenden Erforderlichkeit des Letztgenannten zur Konsequenz, wenn das weniger stark belastende (Alternativ-)Mittel auch mindestens genauso geeignet (wirksam, effektiv) ist wie das vom Staat verwendete Mittel – und zwar bzgl. sämtlicher verfolgter Zwecke.⁴⁰ Bei dieser zweiten im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung zu untersuchenden Fragestellung setzt sich die legislative Einschätzungsprärogative bzgl. der Geeignetheit eines Mittels zur Zweckerreichung (s.o. 3.) fort⁴¹ – im hiesigen Zusammen-

³³ *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 41.

³⁴ *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 298.

³⁵ BVerfGE 30, 292 (316). S.a. BVerfGE 90, 145 (172); 91, 207 (222) sowie die Negativdefinition bei *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 304: Das Mittel ist nicht erforderlich, „wenn der Staat zu einem anderen Mittel greifen könnte, das die Bürger weniger belastet, aber ebenso effektiv ist“ (im Original mit Hervorhebungen).

³⁶ *Wienbracke* (Fn. 14), Rn. 245 m.w.N. (im Original mit Hervorhebungen) im Hinblick auf Verwaltungshandeln, wo im Klammerzusatz nicht wie vorliegend auf ein „milderes Mittel“, sondern auf „andere Mittel“ Bezug genommen wird.

³⁷ *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 42. Steht dagegen nur eine Maßnahme zur Verfügung, so ist diese auch erforderlich, s. *Ipsen* (Fn. 17), Rn. 191.

³⁸ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 304.

³⁹ Vgl. BVerfGE 109, 64 (86), s. *Manssen* (Fn. 3), Rn. 186.

⁴⁰ Vgl. BVerfG GewArch 2010, 489 (490), *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 304; *Michael/Morlok* (Fn. 12), Rn. 620 f.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 117, 163 (189), und s. *Vofßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

hang freilich hinsichtlich des milderen Mittels –, weshalb eine staatliche Maßnahme nur dann auf der vorliegenden Stufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes scheitert, wenn die „sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung [...] bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff [...] eindeutig feststeh[t]“⁴² – und zwar „in jeder Hinsicht.“⁴³

*Beispiel:*⁴⁴ Nach § 35 StBerG a.F. darf als Steuerberater nur bestellt werden, wer die Prüfung als Steuerberater bestanden hat oder wer von der Ableistung dieser Prüfung befreit worden ist. Die Zulassung zur Prüfung als Steuerberater setzt gem. § 36 Abs. 1 StBerG a.F. entweder ein Hochschulstudium nebst dreijähriger Berufspraxis voraus (Nr. 1) oder aber nach Realschulabschluss und Lehrzeit eine zehnjährige hauptberufliche Tätigkeit auf dem Gebiet des Steuerwesens (Nr. 2). Als Sonderregelung für Beamte des gehobenen Dienstes bestimmt § 36 Abs. 2 StBerG a.F.: „Die Voraussetzungen des Absatzes 1 entfallen bei ehemaligen Beamten [...] des gehobenen Dienstes der Finanzverwaltung, die mindestens sieben Jahre auf dem Gebiet des Steuerwesens als Sachbearbeiter [...] tätig geworden sind.“ Ferner setzt die Zulassung zur Prüfung voraus, „daß der Bewerber nicht Beamter [...] der Finanzverwaltung ist, es sei denn, daß er seine Entlassung beantragt hat“, § 37 Abs. 1 Nr. 3 StBerG a.F. F steht seit 20 Jahren im höheren Dienst der bayerischen Finanzverwaltung. Sein Antrag auf Zulassung zur Steuerberaterprüfung wurde vom Zulassungsausschuss des Finanzministeriums abgelehnt, weil er bislang noch keine Entlassung aus der Finanzverwaltung beantragt hatte; er sei kein „ehemaliger“ Beamter. Daraufhin erhebt F Verpflichtungsklage auf Zulassung zur Steuerberaterprüfung. Zur Begründung führt F aus, dass die gesetzliche Regelung, wonach die Zulassung von Angehörigen der Finanzverwaltung zur Steuerberaterprüfung von einem vorherigen Antrag auf Entlassung aus dem öffentlichen Dienst abhängig ist, unverhältnismäßig sei und damit gegen sein Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verstoße. Hat F Recht, wenn es nach § 61 StBerG a.F. ehemaligen Angehörigen der Finanzverwaltung für die Dauer von drei Jahren nach ihrem Ausscheiden verboten ist für solche Auftraggeber tätig zu werden, mit deren Steuerangelegenheiten sie innerhalb der letzten drei Jahre vor ihrem Ausscheiden befasst waren? Ja. Indem die beanstandete Regelung den Zugang zum freien Beruf des Steuerberaters mit der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen in der Person des Bewerbers verknüpft, schränkt sie die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Berufswahl ein. Der zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer solchen subjektiven Zulassungsvoraussetzung nötige wichtige Gemeinwohlbelang liegt hier zwar in Gestalt der Erhaltung einer funktionsfähigen Steuerrechtspflege vor. Doch ist die von F gerügte Bestimmung des StBerG zum Schutz dieses Gemeinschaftsguts nicht erforderlich. Denn um die Steuerrechtspflege vor den Ge-

fahren zu schützen, die mit einer gleichzeitigen Tätigkeit als Finanzbeamter und als Steuerberater verbunden wären, reicht eine Inkompatibilitätsregelung des Inhalts aus, dass der Bewerber erst vor seiner Bestellung zum Steuerberater – und nicht schon vor Beantragung der Zulassung zur Prüfung (Durchfallquote: i.d.R. ca. 50%) – aus der Finanzverwaltung ausgeschieden sein muss. Im Gegensatz zur bisherigen weitreichenden Vorverlegung des Schutzes der Allgemeinbelange ist eine solche Regelung im Hinblick auf die wirtschaftliche Basis (Existenzgrundlage) der Berufsbewerber das mildere Mittel. Im Übrigen genügt zum Schutz der Steuerrechtspflege vor Loyalitätskonflikten, die in der Person eines in der Steuerberaterprüfung erfolgreichen Angehörigen der Finanzverwaltung („Steuerberater auf Abruf“) zu befürchten sein könnten, die Bestimmung des § 61 StBerG a.F.

5. Angemessenheit

Ist die Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels zur Zweckerreichung zu bejahen, so muss dieses hierzu schließlich noch in einer angemessenen Relation stehen, damit es insgesamt als verhältnismäßig eingestuft werden kann.⁴⁵ Auch insoweit besteht wiederum ein Stufenverhältnis: „Eine Maßnahme kann nicht mehr angemessen sein, wenn sie schon nicht erforderlich ist.“⁴⁶ Unter dieser Prämisse kann es sich bei der „Angemessenheit“ um einen (weiteren) Schwerpunkt der im jeweiligen Fall durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung handeln.⁴⁷

Das gewählte Mittel ist angemessen zur Zweckerreichung (synonym: proportional, verhältnismäßig i.e.S., zumutbar), wenn „das Maß der den Einzelnen [...] treffenden Belastung noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen“⁴⁸ bzw. – negativ formuliert – „die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe“ steht.⁴⁹

Um die insofern bestehende Gefahr, „die subjektiven Urteile und Vorurteile des Prüfenden zur Geltung zu bringen“,⁵⁰ möglichst an ihrer Realisierung zu hindern, ist die Angemessenheitsprüfung in rational nachvollziehbarer Weise wie folgt abzuschichten:⁵¹

⁴⁵ *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 44.

⁴⁶ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 309.

⁴⁷ *Epping* (Fn. 12), Rn. 61.

⁴⁸ BVerfGE 76, 1 (51). S.a. BVerfGE 90, 145 (173); *Hufen* (Fn. 16), § 9 Rn. 23.

⁴⁹ BVerfGE 118, 168 (195). Mitunter wird das „Verbot, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen“ (s.o. II.), allein auf dieses Teilelement des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezogen, s. *Wilms* (Fn. 2), Rn. 249.

⁵⁰ *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 303. „Methodologisch ist der Begriff der ‚Verhältnismäßigkeit‘ ein unbestimmter Rechtsbegriff“, *Ipsen* (Fn. 17), Rn. 195.

⁵¹ Zum Folgenden vgl. *Manssen* (Fn. 3), Rn. 188; *Michael*, JuS 2001, 654 (659); *Papier/Krönke* (Fn. 2), Rn. 155; *Zippe/lius/Würtenberger* (Fn. 2), § 12 Rn. 89. Wenngleich es sich bei dieser Güterabwägung nicht um einen „mathematischen

⁴² BVerfGE 81, 70 (91) – *Hervorhebung durch den Verf.*

⁴³ BVerfGE 126, 331 (362) m.w.N.

⁴⁴ Nach BVerfGE 69, 209.

In einem ersten Schritt sind die sich jeweils gegenüberstehenden (Rechts-)Positionen – sowohl die durch den Eingriff belasteten als auch die zu dessen Rechtfertigung bemühten (z.B. Grundrechte Dritter, Staatszielbestimmung) – zu benennen.⁵²

Sodann sind diese widerstreitenden Interessen in einem zweiten Schritt gegeneinander abzuwägen. Hierzu ist zunächst deren jeweilige (abstrakte) Gewichtigkeit (Rang) zu bestimmen.⁵³ Anschließend ist die konkrete „Intensität der Gefährdung“ des Rechtsguts, das durch den Grundrechtseingriff geschützt werden soll, der „Schwere der Beeinträchtigung“ (Kriterien: Häufigkeit, Dauer und Ausmaß) des nachteilig betroffenen Freiheitsrechts gegenüberzustellen.⁵⁴ „Je schwerwiegender eine Grundrechtseinschränkung ist, desto gewichtiger muss auch das mit der Regelung zu erreichende Ziel sein.“⁵⁵

Diese Prüfung kann dazu führen, „dass ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel des Rechtsgüterschutzes nicht

Prozess“ handelt, so geht es bei ihr dennoch um einen (verfassungs-), „rechtlichen“ Vorgang – und „nicht um eine[n] persönliche[n], politische[n] oder moralische[n]“, v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (122).

⁵² Zur insoweit vom BVerfG mitunter (z.B. BVerfGE 104, 337 [346]) praktizierten sog. Schutzbereichsverstärkung, d.h. der Einstellung auch von im konkreten Einzelfall durch die jeweilige staatliche Maßnahme (Verwaltungsakt, Gerichtsentscheidung) nicht unmittelbar betroffenen Grundrechten in die Abwägung, s. *Manssen* (Fn. 3), Rn. 190. Bei der gutachterlichen Überprüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungskonformität hin sind dagegen ohnehin sämtliche einschlägigen Grundrechte heranzuziehen, s. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 317.

⁵³ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42 f.); 113, 63 (80); 120, 274 (327); 121, 317 (357 f.). Nach *Michael/Morlok* (Fn. 12), Rn. 624 ergibt sich aus den unterschiedlichen Grundrechtsschranken „eine gewisse Abstufung des Grundrechtsschutzes“. A.A. *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 40, dem zufolge die Verfassung gerade „keine eindeutige Werthierarchie“ vorgebe, weshalb es von vornherein ausgeschlossen sei, die betroffenen Grundrechte abstrakt in ihrer relativen Wertigkeit zu erfassen. Vgl. ferner *Hufen* (Fn. 16), § 4 Rn. 6: Wegen der „grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Grundrechte“ kämen Abstufungen erst im Rahmen des konkreten Falles in Betracht.

⁵⁴ BVerfGE 113, 63 (80). So wiegt beispielsweise ein repräsentives Verbot mit Befreiungsvorbehalt schwerer als ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt (zu beiden s. *Wienbracke* [Fn. 14], Rn. 56), vgl. BVerfGE 20, 150 (155 ff.). Sofern es sich bei den von der Eingriffsmaßnahme zu schützenden beabsichtigten Rechtsgütern um Grundrechte Dritter handelt, ist zwischen diesen und den mit ihnen kollidierenden Grundrechten ein möglichst schonender Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz herzustellen (vgl. *Zippelius/Würtenberger* [Fn. 2], § 19 Rn. 91), damit beide „zu optimaler Wirksamkeit“ gelangen können, s. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72. Zum additiven Grundrechtseingriff vgl. BVerfG NJW 2009, 2033 (2045) m.w.N., und s. *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 24 Rn. 45.

⁵⁵ *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 39.

angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Beeinträchtigungen der Grundrechte des Betroffenen den Zuwachs an Rechtsgüterschutz deutlich überwiegen, so dass der Einsatz des Schutzmittels als unangemessen erscheint. Daraus folgt, dass unter Umständen der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde.“⁵⁶ Um ein solches Resultat zu verhindern, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, den Grundrechtseingriff insbesondere durch Übergangs-, Befreiungs-, Ausnahme- und Kompensationsregelungen abzumildern.⁵⁷ Ob der Gesetzgeber sich hierzu entschließt, liegt daher regelmäßig nicht in seinem Ermessen; vielmehr steht ihm nur die Ausgestaltung namentlich von Übergangsvorschriften frei. Insoweit, d.h. bzgl. der „Überleitung bestehender Rechtslagen, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse“, verbleibt dem Gesetzgeber allerdings durchaus „ein breiter Gestaltungsspielraum. Zwischen dem sofortigen übergangslosen Inkraftsetzen des neuen Rechts und dem ungeschmälernten Fortbestand begründeter subjektiver Rechtspositionen sind vielfache Abstufungen denkbar. Der Nachprüfung durch das BVerfG unterliegt nur, ob der Gesetzgeber bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Umstände die Grenze der Zumutbarkeit überschritten hat.“⁵⁸

*Beispiel:*⁵⁹ Zum Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens erlässt das Bundesland B folgenden § 7 LNRSchG:

„(1) In Gaststätten ist das Rauchen untersagt [...]. Satz 1 gilt nicht für Bier-, Wein- und Festzelte sowie die Außen-gastronomie und die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten.

(2) Abweichend von Absatz 1 ist das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen zulässig, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind [...].“

Kleingastronom K betreibt seit Jahrzehnten eine 63 qm messende Eckkneipe in der Landeshauptstadt von B. Das Lokal wurde bislang überwiegend von Stammgästen besucht, von denen rund 70 % Raucher sind. Da dem K die Einrichtung eines Raucherraums aus baulichen Gründen nicht möglich ist, muss er seit Inkrafttreten des LNRSchG eine reine Nichtraucher-gaststätte führen. Entsprechend halten sich die rauchenden Stammgäste erheblich kürzer in der Gaststätte des K auf und konsumieren dort weniger. Da bei Anhalten dieses Umsatzrückgangs absehbar ist, dass K seine „Eckkneipe“ zukünftig nicht mehr profitabel wird führen können, rügt er vor dem BVerfG eine Verletzung

⁵⁶ BVerfGE 90, 145 (185). Im Rechtsstaat heiligt der Zweck eben nicht jedes Mittel, s. v. *Kielmansegg*, JuS 2009, 118 (122).

⁵⁷ *Manssen* (Fn. 3), Rn. 188.

⁵⁸ BVerfG NVwZ 2010, 1212 (1220).

⁵⁹ Nach BVerfGE 121, 317. S.a. BVerfG NVwZ-RR 2012, 257.

seines Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG. Ist die Regelung des § 7 LNRSchG verhältnismäßig?

Nein. Zwar ist die Berufsausübungsregelung des § 7 LNRSchG geeignet und erforderlich, das mit ihr verfolgte Ziel des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung zu erreichen – ein überragend wichtiger Gemeinwohlbelang (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), der selbst ein absolutes Rauchverbot in Gaststätten zu rechtfertigen vermag. Doch wenn der Gesetzgeber von seiner Befugnis Gebrauch macht, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können, und berücksichtigt er bei der Wahl seines Schutzkonzepts auch Interessen, die gegenläufig zu dem von ihm verfolgten Gemeinwohlziel sind, so bleibt dies nicht ohne Auswirkungen auf die Angemessenheitsprüfung. Denn mit der Entscheidung für ein bestimmtes Konzept bewertet der Gesetzgeber die Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter und wägt diese hinsichtlich der Folgen für die verschiedenen betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben bestimmt letztlich also der Gesetzgeber, mit welcher Wertigkeit die von ihm verfolgten Interessen der Allgemeinheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen. Hier hat der Landesgesetzgeber sich für eine Konzeption des Nichtraucherschutzes entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgt, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Interessen nur einen eingeschränkten, von verschiedenen Ausnahmetatbeständen (§ 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 LNRSchG) durchzogenen Schutz als hinreichend ansieht. Die Gefahren durch Passivrauchen werden danach zwar als erheblich eingeschätzt, aber in verfassungsrechtlich vertretbarer Weise nicht als derart schwerwiegend bewertet, dass der Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht Vorrang vor einer Berücksichtigung der beruflichen Interessen der Gaststättenbetreiber (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Verhaltensfreiheit der Raucher (Art. 2 Abs. 1 GG) genießen müsste. Aufgrund dieser Relativierung des mit § 7 Abs. 1 S. 1 LNRSchG verfolgten Ziels des Gesundheitsschutzes erlangen dessen Auswirkungen für Kleingastronome wie K im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung ein stärkeres Gewicht. Während für größere Gaststätten mit Raucherräumen letztlich nur ein relatives Rauchverbot gilt, das es diesen ermöglicht, auch den rauchenden Gästen ein Angebot unterbreiten zu können, besteht ein absolutes, mit existenzbedrohenden Umsatzrückgängen verbundenes absolutes Rauchverbot allein für kleinere Gaststätten. Das Maß dieser Belastung steht in Anbetracht der Zurücknahme des erstrebten Schutzziels aber nicht mehr in einem zumutbaren Verhältnis zu den Vorteilen, welche der Landesgesetzgeber mit dem gelockerten Rauchverbot für die Allgemeinheit zu erlangen beabsichtigt. Erschwerend kommt hinzu, dass nach der gesetzlichen Konzeption die Kleingastronomie nicht nur Verluste wegen derjenigen Raucher hinnehmen muss, die jetzt auf einen Gaststättenbesuch völlig verzichten oder ihren Aufenthalt verkürzen; vielmehr sind sie zusätzlich auch noch durch die Abwan-

derung derjenigen Gäste belastet, die nunmehr größere Gaststätten mit Raucherräumen aufsuchen.

Abbildung (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz):



III. Verhältnismäßigkeit des Rechtsanwendungsakts

Erfolgt der Grundrechtseingriff – wie häufig der Fall – nicht unmittelbar durch ein sich selbst vollziehendes Gesetz, sondern durch einen Akt der vollziehenden Gewalt (z.B. Verwaltungsakt, § 35 VwVfG) oder der Rechtsprechung (z.B. Gerichtsurteil), so ist dieser nur dann verfassungsgemäß, wenn hierfür

- eine verfassungsgemäße formell-gesetzliche (Ermächtigungs-)Grundlage vorhanden ist⁶⁰ und
- die Exekutive bzw. Judikative bei der Anwendung des abstrakt-generellen Gesetzes auf den konkret-individuellen Einzelfall das jeweils einschlägige Grundrecht gewährt hat, d.h. die hoheitliche Maßnahme „formell und materiell rechtmäßig“ ist.⁶¹ Wenngleich es sich aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes bei jedem Verstoß von Verwaltung und Rechtsprechung gegen das einfache Recht, d.h. bei jeder unrichtigen Tatsachenfeststellung und fehlerhaften Gesetzesanwendung, materiell-rechtlich um eine Grundrechtsverletzung handelt („der Eingriff ergeht nur dann ‚auf Grund eines Gesetzes‘, wenn im konkreten Fall die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und der Eingriff von ihrer Rechtsfolgenanordnung umfasst ist“⁶²), führt die – im Gegensatz zur Ebene der Fachgerichte⁶³ – im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden verfassungsprozessual eingeschränkte Prüfungskompetenz des BVerfG („keine Superrevisionsinstanz“) gleichwohl dazu, dass im Ergebnis nicht jedweder Rechtsanwendungsfehler (Rechtswidrigkeit), sondern nur eine Verletzung von „spezifischem Verfassungsrecht“ (Verfassungswidrigkeit), zur Feststellung einer Grundrechtsverletzung durch das BVerfG führt.⁶⁴ Eine solche ist wiederum dann zu bejahen, wenn „bei Auslegung und Anwendung einfachen Rechts der Einfluss der Grundrechte grund-

⁶⁰ V. Kielmansegg, JuS 2008, 23 (28).

⁶¹ Papier/Krönke (Fn. 2), Rn. 157.

⁶² V. Kielmansegg, JuS 2008, 23 (28).

⁶³ Zu diesen vgl. Wienbracke, Verwaltungsprozessrecht, 2009, Rn. 227.

⁶⁴ Manssen (Fn. 3), Rn. 199 f.; Sachs (Fn. 12), A. 10. Rn. 7. Wegen des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) wird sich eine Individualverfassungsbeschwerde nur ganz ausnahmsweise unmittelbar gegen einen Akt der Exekutive richten, s. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 551.

legend verkannt ist“⁶⁵, d.h. das einschlägige Grundrecht entweder vollständig übersehen (nicht „erkannt“) oder aber grundsätzlich falsch angewandt („verkannt“) wurde,⁶⁶ die fachgerichtliche Entscheidung (inhaltlich) willkürlich ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 GG)⁶⁷ oder die Grenzen zulässiger richterlichen Rechtsfortbildung überschreitet.⁶⁸

Spielen diejenigen verfassungsrechtlichen Vorgaben, die Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Verwaltung und die Rechtsprechung stellen (wie eben z.B. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), bei Grundrechtseingriffen durch eine der beiden letztgenannten Staatsgewalten mithin zweimal eine Rolle – „nämlich zunächst hinsichtlich der gesetzlichen Ermächtigung und dann für die darauf gestützte Gesetzesanwendung“⁶⁹ –, so verlagert sich der Schwerpunkt der jeweiligen Prüfung von der ersten Stufe – der Verfassungsmäßigkeit des abstrakt-generellen Gesetzes – auf die zweite Ebene der Grundrechtskonformität der Gesetzesauslegung und -anwendung durch die vollziehende Gewalt bzw. die Rechtsprechung im konkret-individuellen Einzelfall, sofern die Legislative – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – von der Möglichkeit Gebrauch macht, den beiden anderen Staatsgewalten durch die Verankerung von unbestimmten Rechtsbegriffen bzw. Generalklauseln auf Tatbestandsebene und/oder Ermessen auf der Rechtsfolgenseite eigenständige Beurteilungs- bzw. Entscheidungsspielräume einzuräumen.⁷⁰ Demgegenüber kann wegen der Verfassungsbindung der Legislative (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) „die gesetzmäßig handelnde vollziehende Gewalt mit den Grundrechten nicht in Konflikt kommen, sofern sie eine gebundene Entscheidung zu treffen hat.“⁷¹ Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Rechtsprechung.⁷²

*Beispiel:*⁷³ Exzentriker E ist Geschäftsführer und Hauptgesellschafter der G-GmbH. Da E als Geschäftsführer wiederholt Fragebögen der Handwerkskammer nicht ord-

nungsgemäß ausgefüllt, sondern mit z.T. völlig sinnlosen Vermerken versehen hatte, wurde gegen die G-GmbH ein Bußgeld i.H.v. 500,- Euro verhängt. Da E diesen Bußgeldbescheid verschuldet und somit der Gesellschaft einen Schaden von 500,- Euro zugefügt hat, ist gegen ihn wegen Untreue zum Nachteil der G-GmbH Anklage erhoben worden. Um die in der Hauptverhandlung aufgetretene Frage nach der Zurechnungsfähigkeit des E zu klären, ordnete Amtsrichter A durch Beschluss gem. § 81a StPO die Untersuchung des Liquor (Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit) bei E an, wozu es eines Einstichs in den Wirbelkanal mit einer langen Hohlneedle entweder im Bereich der oberen Lendenwirbel (Lumbalpunktion) oder im Nacken zwischen Schädel und oberstem Halswirbel (Okzipitalpunktion) bedarf. Nach erfolgloser Ausschöpfung aller hiergegen zur Verfügung stehenden Rechtsmittel erhebt E in zulässiger Weise Verfassungsbeschwerde zum BVerfG, mit der er die Verletzung seines Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG rügt. Hat E hiermit in der Sache Erfolg?

Ja. Die im Beschluss angeordnete Entnahme von Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit mit einer langen Hohlneedle greift in den Schutzbereich des Grundrechts des E auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein. Zwar kann dieses Grundrecht gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Auch genügt § 81a StPO als Gesetz im förmlichen Sinn dieser Anforderung und bestehen ebenfalls an der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift keine Bedenken. Sie ist nicht nur formell (vgl. v.a. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), sondern auch materiell verfassungsgemäß. Jedoch verletzt die Anwendung dieser Norm im konkreten Einzelfall durch Amtsrichter A in spezifischer Weise das Grundrecht des E auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Denn in Anbetracht dessen, dass es sich vorliegend einerseits um eine Bagatellsache handelt, derentwegen nur eine geringe Strafe bzw. u.U. sogar eine Einstellung wegen Geringfügigkeit in Betracht kommen dürfte (vgl. § 153 Abs. 1 StPO), andererseits die Liquorentnahme in ihren beiden Formen einen alles andere als belanglosen Eingriff in die körperliche Integrität des E darstellt, ist deren Anordnung hier im Hinblick auf den mit ihr verfolgten Zweck der Aufklärung der von E etwaig begangenen Straftat nicht mehr angemessen und verstößt daher evidenten Maßen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

⁶⁵ BVerfGE 89, 276 (285).

⁶⁶ Vgl. BVerfG NZG 2011, 1262 (1266), und s. *Papier/Krönke* (Fn. 2), Rn. 80; *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 1288 m.w.N. aus der BVerfG-Rspr.; *Sodan/Ziekow* (Fn. 4), § 51 Rn. 61.

⁶⁷ *Fleury*, Verfassungsprozessrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 366.

⁶⁸ *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 1285.

⁶⁹ *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 5. S.a. *Katz*, Staatsrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 656.

⁷⁰ Vgl. *Sachs* (Fn. 12), A. 10. Rn. 8. Zu behördlichen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen s. *Wienbracke* (Fn. 14), Rn. 216 ff., 226 ff. Dort (Rn. 218) m.w.N. insbesondere auch zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der gesetzgeberischen Befugnis zur Einräumung von behördlichen Beurteilungs-spielräumen. Insbesondere muss „der den Rechtsanwendern belassene Spielraum [...] die Grenzen der Zumutbarkeit“ wahren, s. BVerfGE 128, 1 (66), das insofern allerdings eine erst sukzessive Normkonkretisierung „durch administrative und gerichtliche Vorgaben“ ausreichen lässt.

⁷¹ *Wilms* (Fn. 2), Rn. 146.

⁷² Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 1), Rn. 195.

⁷³ Nach BVerfGE 16, 194.

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht – Teil 2*

Von Dr. **Susanne Beck**, LL.M. (LSE), Würzburg/Gießen

Der zweite Teil behandelt Spezialfälle potentieller Strafbarkeit von Ärzten. Ihre Bedeutung ergibt sich unter anderem daraus, dass es bei ihnen um die Verletzung oder Gefährdung wichtiger Rechtsgüter geht und sie mit moralisch äußerst umstrittenen Fragen in Zusammenhang stehen. Erläutert werden im Folgenden potentielle Strafbarkeiten eines Arztes wegen Sterbehilfe (Fall 7), wegen Schwangerschaftsabbruchs (Fall 8), wegen Handlungen im Kontext der Organtransplantation (Fälle 9a-c), wegen Abrechnungsbetrugs (Fall 10) und schließlich wegen unerlaubter Datenübermittlung bzw. Verletzung der Schweigepflicht (Fälle 11 und 12).

III. Sterbehilfe: Behandlungsabbruch oder Tötung auf Verlangen?

Fall 7: Die Nachbarinnen E und F kennen sich seit vielen Jahren. E ist seit einiger Zeit herzkrank und verfasst deshalb, in Abstimmung mit ihrem Hausarzt, ein zivilrechtlich wirksames „Patiententestament“, wonach sie für den Fall, dass sie nur noch mit Maschinen am Leben erhalten wird und keine Aussicht auf Besserung ihres Zustands besteht, die Weiterbehandlung ablehnt. Auch der F hat die E hiervon erzählt. Als F die E kurze Zeit später ohnmächtig vor der gemeinsamen Haustür findet, ruft F den Krankenwagen. E wird daraufhin in eine Klinik eingeliefert. Sie liegt im Koma und wird auf Anordnung des Arztes A versorgt (Infusionen, Spritzen, etc.). Allerdings hat ihr Gehirn irreparable Schäden erlitten – eine Aussicht auf Besserung des Zustands besteht nicht, vielmehr ist davon auszugehen, dass sie trotz der getroffenen Maßnahmen nicht mehr lange leben wird. Obwohl F dem A bei einem ihrer Besuche von der Patientenverfügung der E erzählt, bricht A die Behandlung nicht ab. F findet es respektlos, die explizite Verfügung der E zu missachten. Bei ihrem nächsten Besuch schaltet sie deshalb die Herz-Lungen-Maschine ab, woraufhin die E sofort verstirbt. Strafbarkeit der F?

F könnte sich wegen Tötung auf Verlangen gemäß §§ 212 Abs. 1, 216 StGB¹ strafbar gemacht haben, indem sie die

* Fortsetzung aus ZJS 2013, 42. Die in Teil 1 und in diesem zweiten Teil behandelten Kurzfälle können nicht das gesamte Medizinstrafrecht abdecken, sondern lediglich einige wesentliche (dogmatisch interessante oder öffentlich umstrittene) Fragen erörtern und so einen ersten Einblick in die Bandbreite dieses Strafrechtsgebiets geben. Zur Vertiefung seien u.a. empfohlen: *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl. 2007; *Ries*, *Arztrecht: Praxishandbuch für Mediziner*, 2. Aufl. 2008; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl. 2008.

¹ § 216 StGB wird allgemein als Privilegierung zu § 212 StGB angesehen, vgl. *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 216 Rn. 1. In einer Klausur wäre es ebenso vertretbar, an dieser Stelle zunächst nur § 212 StGB zu nennen und gegebenenfalls, soweit man dessen Vorliegen bejaht,

lebenserhaltenden Geräte der E abschaltete.² An dieser Stelle ist zunächst festzulegen, ob es sich bei der Handlung um aktives Tun oder Unterlassen nach § 13 StGB handelt.³ In *Fall 7* stellt sich das Abschalten von außen betrachtet physikalisch zunächst als aktives Tun dar. Eine Differenzierung nur nach dem äußeren Erscheinungsbild berücksichtigt jedoch den normativen Gehalt der Kategorien von Tun und Unterlassen nicht angemessen. Insbesondere von der Rechtsprechung⁴ wird deshalb auf den „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“⁵ abgestellt. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die F durch das Beenden der lebenserhaltenden Maßnahmen zwar eigentlich eine Behandlung abbricht, was auf ein Unterlassen hindeutet. Da jedoch die Behandlung von einem Dritten – nämlich dem Arzt – begonnen wurde, F also „mehr“ tun muss als ihre eigene vorherige Aktivität einfach einstellen, spricht aus Sicht der „Schwerpunkts-Theorie“ vieles dafür, hier von einem aktiven Tun auszugehen.

Die Handlung der F könnte jedoch durch Einwilligung der E gerechtfertigt sein.⁶ Die E hat zwar nicht explizit in die

eine mögliche Privilegierung nach § 216 StGB im Anschluss zu prüfen.

² In einem ersten gedanklichen Schritt ist die Sterbehilfe im Übrigen immer zunächst von der straflosen Beteiligung am Suizid abzugrenzen. Da in Deutschland der (versuchte) Selbstmord nicht strafbar ist, ist jede Teilnahme daran ebenfalls straflos. Vgl. hierzu *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 34 ff. m.w.N. Zu einem aktuellen Überblick über die Rechtsprechung *Kutzer*, *ZRP* 2012, 135.

³ Zur Abgrenzung generell *Stree/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 158 ff. Nach früherer herrschender Ansicht wurde an dieser Stelle zwischen aktiver, indirekter und passiver Sterbehilfe differenziert. Aktive Sterbehilfe wurde immer als strafbar angesehen, ggf. war die Strafe zu mildern, § 216 StGB. Indirekte Sterbehilfe (nicht-intendierte Lebensverkürzung durch die indizierte Verabreichung von Schmerzmitteln) wurde, wenn der Sterbehilfeprozess eingesetzt hatte, ebenso wenig als strafbar angesehen wie, bei Vorliegen bestimmter Bedingungen, die passive Sterbehilfe (das Sterben-Lassen durch Nichtbehandlung). Vgl. hierzu etwa *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (a.a.O.), Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 21 ff. m.w.N. Durch die aktuelle Rechtsprechung des BGH wurde diese Bedeutung etwas abgeschwächt, denn nun ist im Falle des (aktiven) Behandlungsabbruchs eine Rechtfertigung durch Einwilligung möglich, vgl. *BGH NJW* 2010, 2963 m. Anm. *Rissing-van Saan*, *ZIS* 2011, 544; *BGH NJW* 2011, 161. Dennoch ist in der Klausur auf Tatbestandsebene zunächst weiterhin zwischen den Handlungsformen zu differenzieren.

⁴ *BGHSt* 6, 59; 49, 164; *BGH NStZ* 1999, 607; *BGH NStZ* 2003, 657; *BGH NStZ* 2005, 447, *BGH NStZ-RR* 2006, 174.

⁵ Vgl. zu der Diskussion etwa *Stoffers*, *JuS* 1993, 23.

⁶ Gerade hier wird also die aktuelle Rechtsprechung zum Behandlungsabbruch relevant, da nur aufgrund dieser die Mög-

Maßnahme der F eingewilligt, sie hat jedoch mittels ihrer Patientenverfügung ihren Willen erklärt. Diese stellt ein zentrales Indiz für ihren mutmaßlichen Willen dar. Durch ihr Verhalten verwirklicht F gerade den auch ihr anvertrauten Wunsch ihrer langjährigen guten Bekannten E und könnte durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein. Fraglich ist jedoch die Dispositionsbefugnis. Das Handeln im Einklang mit einer zivilrechtlich wirksamen Patientenverfügung der F könnte dem Fremdtötungsverbot (das sich u.a. aus § 216 StGB ergibt) widersprechen. Die Einschränkung der Dispositionsbefugnis über das individuelle Rechtsgut Leben ist jedoch nicht umfassend, denn zugleich ist allgemein anerkannt, dass ein Patient nicht gegen seinen Willen weiterbehandelt werden darf – dies wäre eine strafbare Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB. Ein Wunsch nach Beendigung der Behandlung ist also auch dann zu akzeptieren, wenn er bedeutet, dass der Patient verstirbt. Somit spricht viel dafür, dass ein „Behandlungsabbruch“ jedenfalls dann, wenn die Person lebensbedrohlich erkrankt ist, die abgebrochene Maßnahme zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist und ein objektiver und subjektiver Zusammenhang zu der medizinischen Behandlung besteht,⁷ nicht zu missbilligen ist. Da die Patientenverfügung erst kurze Zeit vorher erstellt wurde und auch sonst keinerlei Anhaltspunkte für einen geänderten Willen der E auszugehen ist, ist anzunehmen, dass ein Abbruch der Behandlung auch ihrem Willen in der aktuellen Situation entspricht.

Zu überlegen ist jedoch, ob sich die Patientenverfügung der E möglicherweise nur an den behandelnden Arzt richtet. Bejaht man dies, wäre die Handlung der F doch nach den klassischen Kategorien zu beurteilen und somit als aktive Tötung auf Verlangen strafbar. Dafür, dass die vom BGH geschaffene Kategorie des Behandlungsabbruchs grundsätzlich nur denjenigen betrifft, der die Behandlung durchführt, könnte insbesondere sprechen, dass nur der behandelnde Arzt umfassend über den Gesundheitszustand des Patienten, dessen Überlebenschancen und damit den bezüglich des aktuellen Zustands geltenden Willen umfassend informiert sein kann.⁸ Ein Gegenargument wäre, dass so ein zumindest in manchen Situationen durchaus eindeutig erkennbarer Patientenwille von Dritten missachtet werden müsste. Wenn etwa, wie in *Fall 7*, der behandelnde Arzt A konträr zum Patientenwillen weiterbehandelt, bleibt dem Dritten nur der Weg über die Gerichte – was das Leiden des Patienten erheblich verlängern könnte.⁹

lichkeit einer Rechtfertigung einer letztlich aktiven Tötung überhaupt besteht. Das Urteil expliziert nicht, ob es sich um eine mutmaßliche oder eine antizipierte Einwilligung handelt vgl. *Gaede*, NJW 2010, 2925 (2927). Hier wird von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen.

⁷ BGH NJW 2010, 2963.

⁸ Vgl. zu diesen Fragen etwa *Lackner/Kühl* (Fn. 1), Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 8a.

⁹ Zugleich wird an dieser Stelle teilweise für die Strafbarkeit des Dritten angeführt, dass dieser das im BGB geregelte Verfahren (§§ 1694 ff. BGB) nicht eingehalten hat. Dies ist jedoch angesichts dessen, dass eine gewisse Selbständigkeit des Strafrechts beibehalten werden sollte, problematisch. Vgl. zum Zu-

Nicht selten kann man davon ausgehen, dass der Patient für eine solche Situation hofft, dass ein Dritter seinen Willen verwirklicht. In der Klausur sind grundsätzlich beide Ansichten vertretbar, wobei die letztgenannte aufgrund ihres Widerspruchs zu den zivilrechtlichen Regelungen und dem einem Dritten grundsätzlich möglichen Weg über die Gerichte wohl einen größeren Begründungsaufwand erfordert. Je nachdem, welche Ansicht man bezüglich der Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs durch Dritte vertritt, macht sich F in *Fall 7* durch das Abschalten der Geräte entweder nach §§ 212 Abs. 1, 216 StGB¹⁰ wegen Tötung auf Verlangen strafbar oder nicht.

IV. Schwangerschaftsabbruch¹¹

Fall 8: F ist im siebten Monat schwanger, als sie von ihrer Mutter erfährt, dass ihr (ihr bis dahin unbekannter) Vater an der Kreuzberg-Jakobs-Krankheit („Veitstanz“) starb. F lässt daraufhin ihr Kind im Mutterleib auf diese Krankheit untersuchen und es stellt sich heraus, dass das Kind das entsprechende Gen aufweist. Daraufhin wendet sich F an den Arzt A und bittet ihn, das Kind abzutreiben, weil es sie psychisch massiv belasten würde, ein Kind mit dieser tödlichen Krankheit zu bekommen (sie bricht meist zwischen dem 30. und 40. Lebensjahr aus, ist nicht heilbar und führt innerhalb weniger Monate zu einem sehr schmerzhaften Sterbeprozess). A führt daraufhin den Schwangerschaftsabbruch durch.

A könnte sich nach § 218 StGB strafbar gemacht haben. Dass A hier die Schwangerschaft abgebrochen hat, geht aus dem Sachverhalt explizit hervor und er handelte insofern auch wissentlich und willentlich. Es kommt jedoch eine Rechtfertigung¹² nach § 218a Abs. 2 StGB in Betracht (sog. medizinische Indikation). Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Wortlaut der Norm nach nur medizinische Gefahren für die Mutter einen Abbruch rechtfertigen.¹³ Eine solche liegt hier auf den

sammenwirken der beiden Rechtsgebiete *Beck*, in: Thiele (Hrsg.), *Aktive und passive Sterbehilfe, Medizinische, rechtswissenschaftliche und philosophische Aspekte*, 2. Aufl. 2010, S. 169.

¹⁰ Vertritt man die Ansicht, dass F aufgrund ihrer Position die Behandlung nicht abbrechen kann, muss man überdies davon ausgehen, dass es sich bei Abschalten durch einen Dritten um aktives Tun handelt. Allerdings wäre von einer Privilegierung nach § 216 StGB auszugehen.

¹¹ Dass in einer Klausur dieses Schwerpunktbereichs ausschließlich ein Schwangerschaftsabbruch geprüft wird, ist eher unwahrscheinlich, es ist jedoch denkbar, dass ein Nebenaspekt eines Falles sich damit befasst.

¹² Anders als die höchst umstrittene Konstruktion des § 218a Abs. 1 StGB (der Abbruch ist rechtswidrig, aber straffrei), handelt es sich bei § 218a Abs. 2 StGB um einen originären Rechtfertigungsgrund.

¹³ Bis 1995 gab es eine embryopathische Indikation, die die Feststellung einer relevanten Behinderung des Fetus und der Unzumutbarkeit ihn auszutragen, erforderte und überdies eine

ersten Blick nicht vor. Allerdings wird § 218a StGB in aller Regel so ausgelegt, dass die künftige Erkrankung des Kindes eine unzumutbare Belastung für die Mutter darstellt und deshalb den Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt.¹⁴ Dies gilt auch für Spätabbrüche, unabhängig davon, ob der Fötus zu diesem Zeitpunkt bereits lebensfähig wäre.¹⁵

Das Wissen um eine genetische Disposition für die Kreuzberg-Jakob-Krankheit des Fötus kann ohne weiteres eine erhebliche psychische Belastung für die Mutter im Sinne der Norm begründen. Nachdem die F den A hier explizit aufgrund der ihr drohenden Belastung um einen Abbruch bittet, ist auch in *Fall 8* eine derartige Indikation zu bejahen. A handelt deshalb gerechtfertigt nach § 218a Abs. 2 StGB. Er ist straflos.

V. Organspende

Fall 9a: Oberarzt O arbeitet auf der Intensivstation der staatlichen Klinikum G. Dort betreut er u.a. X, der nach einem Motorradunfall keine Hirnströme mehr aufweist. Einen Organspendeausweis trägt er nicht bei sich. Die Eltern des X erklären, nichts über seine Einstellung zu Organspende zu wissen und wollen der Entnahme nicht zustimmen. Auch sonst deutet nichts auf einen Willen des X, seine Organe zu spenden, hin. O ist jedoch der Meinung, dass der X nicht umsonst gestorben sein soll und entnimmt ihm deshalb alle spendbaren Organe. Anschließend leitet er diese auf den dafür vorgesehenen Wegen an geeignete Spender weiter.

Die Fragen um die Organentnahme und Organtransplantation sind inzwischen im TPG geregelt.¹⁶ Dessen Anwendungsbereich ist hier eröffnet, § 1 Abs. 2 TPG: In *Fall 9a* ist explizit von „Organen“ die Rede. Eine Strafbarkeit nach diesem Gesetz kann sich aus den Strafvorschriften des §§ 18, 19 TPG ergeben. Hier könnte §§ 19 Abs. 2 Var. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG erfüllt sein. Eine Einwilligung des X i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 1 liegt nicht vor. Die Eltern des X wissen weder von dessen

22 Wochen-Frist für die Vornahme des Abbruchs und eine gesonderte Beratungspflicht vorsah.

¹⁴ Lackner/Kühl (Fn. 1), § 218a Rn. 11 ff.

¹⁵ Aus dem Sachverhalt geht nichts über die Methode des Schwangerschaftsabbruchs hervor. Insofern ist zu berücksichtigen, dass Spätabbrüche durch Einleitung einer Fehl- oder Totgeburt erfolgen. Problematisch ist, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn der lebensfähige Fötus (i.d.R. nach der 23. Schwangerschaftswoche) danach Lebenszeichen aufweist – denn eigentlich handelt es sich dann um einen Menschen i.S.v. § 212 StGB und der Arzt könnte sich, wenn er den Fötus einfach sterben lässt, wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar machen. Dieser ganze Komplex ist strafrechtlich noch ungeklärt, vgl. Beck, Stammzellforschung und Strafrecht, 2006, S. 127 ff.

¹⁶ Eine Strafbarkeit nach § 212 StGB entfällt mit der Feststellung des Hirntods, vgl. zu diesem Oduncu, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz, Kommentar, 2005, Einl. Rn. 76 ff.

Willen, noch stimmen sie selbst der Entnahme zu. Da auch sonst keine weiteren Anhaltspunkte für eine mutmaßliche Einwilligung vorliegen, macht sich O mit der Entnahme strafbar nach §§ 19 Abs. 2 Var. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG.

Fall 9b: Davon überrascht, wie unproblematisch die bürokratischen Hürden sich umgehen lassen, findet er, dass auch seine Patienten von seinem Einfallsreichtum profitieren sollten.¹⁷ Also manipuliert er die Ergebnisse der Laboruntersuchungen des Dialyse-Patienten Y, was diesen auf der Empfängerliste deutlich nach oben hebt, so dass der O ihm innerhalb weniger Wochen eine neue Niere transplantieren kann. Hat sich O nach dem TPG strafbar gemacht?

Die bloße Manipulation der Empfängerlisten ohne jede finanzielle Zuwendung ist keine Straftat im engeren Sinne, sondern verstößt gegen sonstige Verfahrensvorschriften des TPG (§§ 9 ff. TPG), deren Verletzung lediglich durch die Bußgeldvorschrift des § 20 TPG sanktioniert wird. Die Antwort auf die Fallfrage lautet also: O hat sich nicht strafbar gemacht.¹⁸

VI. Organhandel/Bestechlichkeit

Fall 9c: Als sich das einige Patienten in Bezug auf den Organempfang privilegierende Vorgehen von O unter den Patienten herum spricht, wendet sich der Z an ihn, und bietet ihm 10.000 Euro, wenn er ihm dieselbe Hilfe gewähre wie dem Y. O, der sich selbst für chronisch unterbezahlt hält, kommt der Bitte gerne nach. Der Betrag wird ihm im sofort bezahlt. Kurze Zeit später manipuliert er auch die Diagnose des Z und dieser rückt in der Empfängerliste deutlich nach oben. Strafbarkeit des O?

O könnte nach §§ 18, 19 TPG wegen Organhandels strafbar sein. Die Definition von „Handel treiben“ orientiert sich an der Interpretation dieses Merkmals bei Betäubungsmitteldelikten, wenn auch im Rahmen des TPG teleologisch zu reduzieren. Handel treiben ist danach „jede eigennützige, auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeit, selbst wenn es sich nur um eine gelegentliche, einmalige oder vermittelnde Tätigkeit handelt“¹⁹. Die Normen werden eher weit ausgelegt, weshalb etwa die Erfüllung des Merkmals nicht erfordert, dass die auf den Handel gerichtete Tätigkeit zu einem Erfolg führt (also etwa Organe, Organteile oder Gewebe tatsächlich umgesetzt werden). Dies zu vertreten ist auch für die Klausur sinnvoll, da

¹⁷ <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/transplantations-skandal-an-goettinger-uni-klinikum-leber-im-angebot-1.1417466> (10.10.2012).

¹⁸ Da das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht Teil des Prüfungsstoffs der universitären Ausbildung ist, genügt hier in der Klausur – bei entsprechender Fallfrage – grundsätzlich ein Hinweis auf die Sanktionierung nach § 20 TPG. Hier war sogar explizit nur nach der Strafbarkeit gefragt, so dass es auch dieses Hinweises nicht bedarf.

¹⁹ BT-Drs. 13/4355, S. 30

der Begriff „Handel treiben“ überzeugender als erfolgsunabhängig definiert werden kann.

Zumindest zu fordern ist jedoch, dass die ausgeführte Handlung mit einer diesbezüglichen Absicht verbunden ist. In *Fall 9c* wird der Betrag von Z nicht gezahlt, um direkt ein Organ zu erhalten, sondern lediglich für die Verbesserung der Position auf der Empfängerliste. Die direkte Übergabe eines Organs war zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt. Diese bloße Verbesserung der Chancen, von dritter Seite ein Organ zu erhalten, kann angesichts der im Strafrecht wichtigen Wortlautgrenze nicht als „Handel treiben“ mit diesem Organ angesehen werden.²⁰ Der O ist somit nicht strafbar wegen Organhandels nach §§ 18, 19 TPG.

Er könnte jedoch wegen Bestechlichkeit nach § 332 StGB strafbar sein. O müsste Amtsträger sein. In Betracht kommt, da hier nicht von einem Beamtenstatus des O auszugehen ist,²¹ eine Amtsträgerschaft, weil er „sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“, § 11 Nr. 2 lit. c StGB. Zu den sonstigen Stellen gehören ohne Zweifel auch die mit der Daseinsvorsorge betrauten staatlichen Krankenhäuser.²² Die Daseinsvorsorge gehört zu den öffentlichen Aufgaben, O ist als Amtsträger i.S.v. § 11 Nr. 2 lit. c StGB anzusehen.²³ Die Diagnose, die der Platzierung auf der Liste der Organempfänger zugrunde liegt, stellt eine Dienstaussübung (= ein Handeln im Rahmen der dienstlichen Obliegenheiten, das in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird²⁴) dar. O hat mit den 10.000 Euro offensichtlich einen Vorteil im Sinne der Norm angenommen.²⁵ Dieser Vorteil wurde auch gerade für eine geplante Verletzung der Dienstpflichten gewährt: O hat das Geld gerade für die unzutreffende Diagnoseerstellung und der damit verbundenen

Platzierung des Z auf der Empfängerliste erhalten. Somit liegt also in *Fall 9c* auch eine Unrechtsvereinbarung²⁶ zwischen O und Z vor. Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt. O handelt vorsätzlich, rechtswidrig, schuldhaft. Er hat sich nach § 332 StGB strafbar gemacht.

VII. Abrechnungsbetrug

Fall 10: Der niedergelassene Arzt A lässt Blutabnahmen grundsätzlich von der Sprechstundenhilfe S vornehmen. Im Rahmen der Quartalsabrechnung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung gibt er mittels eines Zahlen-codes an, einen Anspruch auf Vergütung dieser Leistung als von ihm erbracht zu haben. Die Sachbearbeiterin X der Kassenärztlichen Vereinigung geht davon aus, dass dies zutreffend sei, und überweist dem A einen entsprechend überhöhten Betrag (Anteil an der Gesamtvergütung)²⁷. Strafbarkeit des A nach § 263 Abs. 1 StGB?

A könnte sich in *Fall 10* wegen Betrugs zu Lasten der Krankenkasse strafbar gemacht haben, § 263 Abs. 1 StGB. Dem Sachverhalt nach hat er die X²⁸ bei Beschreibung der erbrachten Leistung über den Erbringer getäuscht. Darüber hat sich die X aufgrund der Angaben des A auch geirrt – auch dies ist hier ausdrücklich im Sachverhalt geschildert, so dass es auf ein sachgedankliches Mitbewusstsein der X nicht ankommt. X hat hier auch eine entsprechende Überweisung an A auch gerade aufgrund dieses Irrtums veranlasst: In Fällen wie dem hier geschilderten beinhalten die Leistungsbeschreibungen immer auch die höchstpersönliche Leistungserbringung durch den Arzt. Wird die jeweilige ärztliche Leistung durch nicht-ärztliches Personal erbracht, so darf die Leistung nicht als ärztliche abgerechnet werden.²⁹ Der Irrtum war somit relevant für die Verfügung der X.

Gerade im Bereich des Abrechnungsbetrugs ist stark umstritten, über wessen Vermögen verfügt wird: Keineswegs wird dem Arzt jede Behandlung einzeln von der jeweiligen

²⁰ Auch bei sonstigen Gütern würde man es nicht als „Handel“ ansehen, wenn eine Person einer anderen Person lediglich bessere Chancen verschafft, dieses Gut von einem Dritten zu erwerben. Auch Beihilfe oder ähnliches zu einem Handel treiben liegt hier nicht vor, da der Erhalt des Organs von der zuständigen Stelle im Erfolgsfall ja gerade nicht unter dieses Tatbestandsmerkmal fällt.

²¹ BGH NStZ 2001, 425 (426); BGHSt 31, 264 (279); Hanseatisches OLG MedR 2000, 371 (372); Cramer, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 331 Rn. 17; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 331 Rn. 11.

²² OLG Karlsruhe NJW 1983, 352.

²³ BGHSt 46, 310 (313); Plausibel ist es jedenfalls, den angestellten Chefarzt eines Kreiskrankenhauses als Amtsträger anzusehen. Stark umstritten ist dies bei Vertragsärzten (pro: Fischer [Fn. 21], § 11 Rn. 22c m.w.N.; contra: Neupert, NJW 2006, 2811 [2814]).

²⁴ Cramer (Fn. 21), § 331 Rn. 10; Lackner/Kühl (Fn. 1), § 331 Rn. 8, jeweils m.w.N.

²⁵ „jede Leistung [...], auf die der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert“, Korte, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2011, § 331 Rn. 61.

²⁶ Zu dieser Voraussetzung Ulsenheimer, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 152 Rn. 89 ff.

²⁷ Zu Details vgl. Schuhr, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2011, § 263 Rn. 16.

²⁸ In der Praxis wird in der Regel keine Sachbearbeiterin die Abrechnung entschlüsseln, sondern die Daten werden maschinell verarbeitet. In diesen Fällen ist fraglich, ob die Unterschrift durch einen Sachbearbeiter ausreicht, um von einer Täuschung i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB auszugehen, oder ob nicht stattdessen ein Computerbetrug i.S.v. § 263a StGB in Betracht zu ziehen ist (so Schuhr [Fn. 27], § 263a Rn. 2 ff.).

²⁹ Dies ist auch ein Problem in Bezug auf den Wert der Leistung – es stellt sich die Frage, ob die Leistungen tatsächlich immer allein dadurch mehr wert, dass sie durch den besser ausgebildeten Arzt erbracht werden. Auf einer generellen Ebene sei auch darauf hingewiesen, dass der Wert einer Leistung in einem öffentlich-rechtlichen System ohne Markt ohnehin nur schwer feststellbar ist; vgl. Schuhr (Fn. 27), § 263 Rn. 43 ff. Diese sehr spezielle Frage muss jedoch in einer Klausur nicht diskutiert werden.

gesetzlichen Krankenkasse überwiesen, sondern diese überweisen in bestimmten Zeitabständen bestimmte Geldbeträge an die Kassenärztliche Vereinigung, die den Gesamtbetrag dann, abhängig von der jeweiligen Leistung, an die jeweiligen Ärzte verteilt (vgl. hierzu etwa § 85 SGB V). Somit wird jedenfalls nicht über das Vermögen der Krankenkasse verfügt, da diese den Betrag bereits überwiesen hat.³⁰

Teilweise wird an dieser Stelle angenommen, dass es sich um Vermögen der niedergelassenen Ärzte handelt, da die KV letztlich die Gelder nur für diese sammelt und anschließend verteilt,³¹ also quasi treuhänderisch verwaltet. Die X würde also über das Vermögen der Ärzte verfügen. Sie kann hier diese kann nach allen hierzu vertretenen Theorien, insbesondere auch nach der herrschenden Lagertheorie³², als insoweit Verfügende³³ angesehen werden, da sie – auch wenn kein direkter Vertrag zwischen ihr und den Ärzten vorliegt – zu der Verfügung nicht nur faktisch in der Lage ist, sondern auch rechtlich befugt, und überdies als im Lager der Ärzte stehend anzusehen ist. In diesem Fall könnte man überlegen, ob alle anderen Vertragsärzte einen Vermögensschaden erleiden würden, weil ihnen bei der Verteilung aufgrund des Vorgehens des A nur ein geringerer Betrag zugeteilt werden wird. Insofern ist jedoch problematisch, dass ihnen vor bzw. zum Zeitpunkt der Einreichung der Quartalsabrechnung noch keine hinreichend gefestigte Vermögensposition – bezüglich des konkreten Betrags – zusteht, dass insofern von einem Schaden kaum gesprochen werden kann.³⁴

Es ist deshalb überzeugender, davon auszugehen, dass es sich bei dem Geldbetrag – zumindest kurzfristig – um eigenes Vermögen der Kassenärztlichen Vereinigung handelt.³⁵ In

diesem Fall könnte unproblematisch eine Verfügung über dieses Vermögen bejaht werden – wobei, wie oben bereits erläutert, die Tatsache, dass eine Mitarbeiterin der Vereinigung handelt, nach allen hierzu vertretenen Theorien nichts an der Einordnung als Verfügung über (für die Mitarbeiterin fremdes) Vermögen ändert. Auch ein Schaden läge nach dieser Ansicht in *Fall 12* vor, da die KV nach der Verfügung einen geringeren Geldbetrag hat als vorher. Die Verfügung beruht auch auf dem Irrtum, der Schaden auf der Verfügung. A handelt vorsätzlich und mit der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern. Sollte er sich darüber irren, dass seine Angaben eine Täuschung über relevante Tatsachen darstellten, würde es sich hierbei jedenfalls nur um einen vermeidbaren Verbotsirrtum handeln. A ist somit strafbar nach § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten der Krankenkasse.

VIII. Datenschutz und Schweigepflicht

Fall 11: O kommt als neuer Patient in die Praxis des B. Die Sprechstundenhilfe vergisst, dem O das sonst übliche Formular zur Unterschrift vorzulegen, in dem erklärt wird, dass der Patient mit der Mitteilung seiner Daten an die privatärztliche Verrechnungsstelle einverstanden ist. Da O Privatpatient ist, teilt B einige Zeit später der Verrechnungsstelle seinen Namen, Anschrift, Art der Erkrankung und der Behandlung mit, obwohl er in der Akte gesehen hat, dass die Einwilligung des O hierzu fehlt. Er geht davon aus, dass O mit der Datenübermittlung schon einverstanden sein wird – diese Weiterleitung sei ja schließlich üblich.

Die ärztliche Schweigepflicht und der sorgsame Umgang mit Patientendaten sind die Basis eines vertrauensvollen Arzt-Patienten-Verhältnisses. Eine wichtige Norm zu dessen Schutz ist § 203 StGB. In *Fall 11* könnte sich B durch Weitergabe von Daten wegen Verletzung eines Privatgeheimnisses gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB zum Nachteil des O strafbar gemacht haben. Er müsste ein fremdes Geheimnis, d.h. Tatsachen, die sich auf die Person des Betroffenen beziehen und geheim, also nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind, offenbart haben.³⁶ Bei der Tatsache, dass O bei B in Behandlung war, sowie bei der Art der Erkrankung handelt es sich um fremde Geheimnisse, die dem B im Rahmen der Behandlung bekannt geworden sind.³⁷ B hat das Geheimnis der ärztlichen Verrechnungsstelle mitgeteilt. Dies ist dann keine Offenbarung i.S.v. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn die Verrechnungsstelle als berufsmäßig tätiger Gehilfe des B nach § 203 Abs. 2 S. 2 StGB nicht als „Dritter“ anzusehen wäre,

dem Studierenden sollte jedoch die Komplexität der Situation in groben Zügen bekannt sein.

³⁶ Fischer (Fn. 21), § 203 Rn. 4 f.

³⁷ Ein Anvertrauen, also Einweihen in ein Geheimnis unter Umständen, aus denen sich eine Verschwiegenheitspflicht ergibt, liegt wohl nicht vor, weil O dem B ihren Namen nicht unter dem Siegel der Verschwiegenheit genannt hat und der Arzt die Art der Erkrankung ja selbst durch die Untersuchung feststellt. Zu dem Begriff vgl. *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 203 Rn. 13.

³⁰ Im Übrigen läge insofern dann auch kein Vermögensschaden vor, da sich der überwiesene Betrag im Nachhinein nicht mehr ändert. Vgl. zu der Komplexität dieser Konstellationen *Schuhr* (Fn. 27), § 263 Rn. 30.

³¹ *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2008, S. 119 ff.

³² BGHSt 18, 221 (223 f.); BGH NStZ 2008, 339; vgl. zu der Debatte etwa *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 263 Rn. 65 ff.

³³ An dieser Stelle ist von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft abzugrenzen. Liegt, wie hier, ein unproblematischer Fall vor, sollten die Ausführungen dazu in etwa der Länge der hier angestellten Überlegungen entsprechen.

³⁴ Diese Position ist teilweise widersprüchlich, da sie einerseits davon ausgeht, dass das Vermögen von der Krankenkasse direkt auf die Ärzte übergeht, andererseits aber die Vermögensposition – insofern zu Recht – als noch nicht gefestigt genug ansieht, eben der jeweilige Anteil des Arztes noch nicht feststeht. Diese Unsicherheit bezüglich des Betrags spricht gerade für die sogleich dargestellte Position. Ein Vermögen der Gesamtheit aller Vertragsärzte scheidet aus, weil diese in keinem zivilrechtlichen Sinne eine Vermögensgemeinschaft sind.

³⁵ So *Schuhr* (Fn. 27), § 263 Rn. 49 ff. m.w.N. Hierfür spricht etwa, dass sie selbst mit diesem Vermögen haftet und Rücklagen bildet. Auch in einer medizinstrafrechtlichen Klausur muss auf diese Aspekte nicht im Detail eingegangen werden,

denn diese gelten als befugte Mitwisser.³⁸ Kennzeichen eines berufsmäßig tätigen Gehilfen ist dessen organisatorische Einbindung in den Betrieb oder hier der Arztpraxis und Weisungsgebundenheit.³⁹ Die Abrechnungsstelle ist jedoch weder organisatorisch eingebunden noch weisungsgebunden und damit kein berufsmäßig tätiger Gehilfe. B hat durch Weiterleitung an diese Stelle das Geheimnis offenbart. Er handelte auch in Kenntnis aller Umstände des objektiven Tatbestands und mit dem Willen zu ihrer Verwirklichung, somit vorsätzlich.

A müsste überdies unbefugt gehandelt haben. Dieses Merkmal bezieht sich auf die Rechtswidrigkeit der Offenbarung, d.h. eine diesbezügliche Befugnis begründet einen Rechtfertigungsgrund.⁴⁰ Eine Offenbarungsbefugnis könnte sich aus einer Einwilligung des O ergeben. Ausdrücklich wurde eine solche nicht erteilt. Im Abschluss des Behandlungsvertrags könnte jedoch eine konkludente Einwilligung liegen, wenn die Offenbarung der Natur der Sache nach selbstverständlich oder nach allgemeinem Verständnis üblich ist.⁴¹ Es trifft zwar zu, dass die Abrechnung regelmäßig an ärztliche Verrechnungsstellen übertragen wird. Bei der Frage, ob in die Offenbarung eines Privatgeheimnisses konkludent eingewilligt wurde, sind jedoch auch Art und Gewicht des Geheimnisses zu berücksichtigen.⁴² Gesundheitsdaten umfassen oft sehr persönliche, gewichtige Geheimnisse, deren Bekanntwerden erhebliche Folgen haben kann. Aus diesem Grund ist nicht davon auszugehen, dass ein Patient mit Eingehen des Behandlungsvertrags konkludent in die Weitergabe seiner Daten an die ärztliche Verrechnungsstelle einwilligt.⁴³ Denkbar wäre eine mutmaßliche Einwilligung. Diese kommt jedoch jedenfalls nur dann in Betracht, wenn die tatsächliche Einwilligung nicht eingeholt werden kann.⁴⁴

Hier hätte O ohne weiteres noch nachträglich gefragt werden können, so dass keine mutmaßliche Einwilligung vorliegt. Auch eine Rechtfertigung aufgrund Wahrnehmung berechtigter Interessen ist abzulehnen. So ist bereits fraglich, ob aus § 193 StGB ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund abgeleitet werden kann, da über § 34 StGB in der Regel ebenso zutreffende Ergebnisse erzielt werden können.⁴⁵ Jedenfalls setzt dieser Rechtfertigungsgrund voraus, dass die Handlung erforderlich ist. B könnte jedoch O fragen, er könnte die Abrechnung dieses einen Patienten aber auch selbst vornehmen. Somit ist die Offenbarung an die Verrechnungsstelle zur Wahrnehmung seiner Interessen gerade nicht erforderlich. Mangels Erforderlichkeit kommt auch eine Rechtfertigung nach § 34 StGB von vorneherein nicht in Betracht.

Auch ist die Schuld des B in *Fall 11* nicht aufgrund eines Irrtums ausgeschlossen. Zwar glaubte B, dass sich die konkludente

Einwilligung des O aus den Umständen ergebe, hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen Irrtum über tatsächliche Umstände, sondern über die Grenzen der konkludenten Einwilligung, also um einen Erlaubnisirrtum (§ 17 StGB entsprechend).⁴⁶ Nach § 17 S. 2 StGB schließt dieser die Schuld nur aus, wenn er unvermeidbar war. Für die Frage der Vermeidbarkeit ist entscheidend, ob der Täter das Unrecht seiner Tat unter Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte hätte erkennen können.⁴⁷ Dazu gehört es auch, im Zweifel einen Rechtskundigen zu fragen.⁴⁸ Dies hat B nicht getan, somit ist der Irrtum vermeidbar. B handelt also schuldhaft, die Strafe kann jedoch nach § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. B ist strafbar gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.⁴⁹

Fall 12: Arzt A behandelt den drogenabhängigen Patienten P. Während einer Untersuchung erzählt ihm P, dass er oft völlig „zugedröhnt“ – also unter derart starkem Drogeneinfluss, dass er nicht mehr zurechnungsfähig ist – mit dem Auto fährt. A versucht, ihm das auszureden, jedoch ohne Erfolg. Deshalb ruft A schließlich bei der Polizei an und berichtet dem Polizeibeamten von den Aussagen des P.

Auch in *Fall 12* könnte A wegen Verletzung eines Privatgeheimnisses strafbar sein (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB). A ist Arzt und damit tauglicher Täter. Er müsste ein fremdes Geheimnis, welches ihm als Arzt anvertraut oder sonst bekannt geworden ist, offenbart haben. Ein fremdes Geheimnis sind Tatsachen, die sich auf die Person des Betroffenen beziehen und geheim, d.h. nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind.⁵⁰ Bei den „zugedröhnten“ Autofahrten des P handelt es sich um eine Tatsache, die sich auf A bezieht und die nur ihm selbst oder wenigen anderen bekannt ist. A wurde dieses Geheimnis auch von P anvertraut (= Einweihen in ein Geheimnis unter Umständen, aus denen sich eine Verschwiegenheitspflicht ergibt⁵¹), da die Auskunft des P gerade im Rahmen eines Arzt-Patienten-Gesprächs erfolgte, das ja im der Verschwiegenheitspflicht des Arztes geschieht. A hat das Geheimnis offenbart, also einem Dritten mitgeteilt, als er bei der Polizei anrief und den Sachverhalt mitteilt. A handelte auch in dem Bewusstsein, dass er hiermit ein ihm als Arzt anvertrautes Geheimnis offenbart und wollte dies, auch Vorsatz liegt also vor.

A könnte jedoch zur Offenbarung befugt sein und damit gerechtfertigt handeln. Eine solche Befugnis könnte sich aus einer Einwilligung ergeben, die hier jedoch offensichtlich nicht vorliegt. Auch eine mutmaßliche Einwilligung kommt

³⁸ *Hegemann/Niehaus*, NStZ 2008, 57 (58).

³⁹ *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 21.

⁴⁰ BayObLGSt 82, 76; *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 31.

⁴¹ *Lenckner/Eisele* (Fn. 37), § 203 Rn. 24b.

⁴² *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 33a.

⁴³ BGHZ 115, 128.

⁴⁴ *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 203 Rn. 130.

⁴⁵ Vgl. dazu *Schünemann* (Fn. 44), § 203 Rn. 131.

⁴⁶ *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 130.

⁴⁷ BGHSt (GrS) 2, 194.

⁴⁸ *Fischer* (Fn. 21), § 17 Rn. 9.

⁴⁹ In der Klausur ist an dieser Stelle das Strafantragserfordernis nach § 205 StGB zu beachten.

⁵⁰ *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 4 f.

⁵¹ OLG Köln NStZ 1983, 412.

nicht in Betracht, da es dem A ja möglich gewesen wäre, eine Einwilligung einzuholen.⁵²

A könnte jedoch nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Eine Notstandslage, d.h. eine gegenwärtige Gefahr⁵³ für ein notstandsfähiges Rechtsgut, voraus. Die Einnahme von Drogen führt stark verminderten Reaktionsfähigkeit und zu einer erheblich erhöhten Unfallgefahr. Dabei könnten andere Verkehrsteilnehmer verletzt oder sogar getötet werden. Da auch jederzeit damit zu rechnen ist, dass P eine solche Fahrt durchführt, liegt eine Dauergefahr für Leib und Leben von Verkehrsteilnehmern und damit eine Notstandslage vor. Sein Handeln müsste erforderlich sein, d.h. es dürfte kein milderes, gleich gut geeignetes Mittel zur Verfügung stehen. A hat zunächst versucht, den P von diesen Fahrten abzubringen. Eine andere Möglichkeit, diese Fahrten zu verhindern, ist nicht ersichtlich. Das Informieren der Polizei war also erforderlich.

Das bedrohte Rechtsgut überwiegt hier auch, im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung, das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich: Gefährdet sind insbesondere Leben, Gesundheit und Eigentum anderer Verkehrsteilnehmer. Durch A beeinträchtigt wird das Geheimhaltungsinteresse des P, das als Teil des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zwar Verfassungsrang hat, jedoch einen deutlich niedrigeren als etwa das Rechtsgut Leben. Auch wenn die möglichen Folgen der Handlung des A für P erheblich sind (z.B. Strafverfolgung wegen der Drogen und der Autofahrten), wiegt dies deutlich weniger schwer als die Bedrohung des Lebens einer Vielzahl von Personen bei jeder Fahrt unter Drogeneinfluss.⁵⁴ A ist deshalb nach § 34 StGB gerechtfertigt und somit straflos.

⁵² BGHSt 35, 246, 249; *Fischer* (Fn. 21), Vor § 32 Rn. 4.

⁵³ Gegenwärtige Gefahr ist ein Zustand, „dessen Weiterentwicklung den Eintritt eines Schadens ernsthaft befürchten lässt, sofern nicht alsbald Gegenmaßnahmen ergriffen werden“. Erfasst ist dabei auch die Dauergefahr, also ein gefahrdrohender Zustand von längerer Dauer, der aber jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, ohne dass die Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass der Schadenseintritt noch eine Weile auf sich warten lässt. Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 303 ff. m.w.N.

⁵⁴ Vgl. auch BGH NJW 1969, 2288.

Gerechtigkeit als Kostenfrage oder Kosten als Gerechtigkeitsfrage?

Eine Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts

Von **Jan-Gero Alexander Hannemann**, Regensburg, **Georg Dietlein**, Köln,
Arne Nordmeyer, Hamburg/Hannover*

Abgesehen von wenigen Ausnahmen sind die verbreiteten „Grundlagenfächer“ im juristischen Studium an deutschen Universitäten nach wie vor deutsche und römische Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie sowie Allgemeine Staatslehre. Hegel, Kant und Feuerbach haben zudem einen festen Platz in den Einführungsvorlesungen des Straf- und Verfassungsrechts.¹ Traditionell ist deutschen Juristen die Ökonomie hingegen eher fremd, es sei denn, sie sind in Rechtsgebieten wie dem Kartellrecht zu einem more economic approach gehalten.² Gleichwohl keimen in der jüngeren Zeit zunehmend Verweise auf die Ökonomische Analyse des Rechts auf.³ Dies ist Anlass für die folgende Einführung in diese Methodik, die Recht und Realität verbindet und damit ökonomische Prognosen über menschliches Verhalten im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung entwickelt. Die Autoren sind der Überzeugung, dass eine solche Verknüpfung von Recht und Ökonomie gerade einer realitätsnahen, und damit auch wirtschaftlich „durchdachten“ Rechtsordnung gut tun wird.

I. Einleitung

Recht und menschliches Verhalten stehen in einem engen Zusammenhang. Rechtliche Normen dienen gerade dazu, menschliches Verhalten zu beeinflussen, also Folgen in der Wirklichkeit herbeizuführen und damit ein bestimmtes ge-

sellschaftliches Ergebnis zu erzielen.⁴ Diese Interaktion von Recht und Mensch ist – viel mehr als in der Rechtspolitik, die allein beim Recht selbst ansetzt – Gegenstand der „ökonomischen Analyse des Rechts“ (im Englischen: law and economics oder economic analysis of law). Sie analysiert nämlich die Auswirkungen des Rechts auf menschliches Verhalten unter Rückgriff auf das Instrumentarium der Ökonomie und versucht menschliches Verhalten vorherzusagen, zu erklären und zu bewerten.⁵ Ökonomische Analyse des Rechts ist – kurzum – die Untersuchung des Rechts mit den Mitteln der Ökonomie.

Die Ökonomische Analyse des Rechts ist in Deutschland noch immer ein weitgehend unbekanntes Teilgebiet der Rechtswissenschaften,⁶ obgleich in den letzten Jahren zumindest ein erheblicher Zuwachs an einschlägigen Veröffentlichungen zu verzeichnen ist.⁷ Die wenigen deutschen Darstellungen stehen diesem Forschungsansatz zumeist skeptisch gegenüber, weswegen er nach wie vor keinen sonderlich großen Einfluss auf das deutsche Recht hat⁸ – anders als etwa in den USA. In der deutschen Rechtsanwendung findet man sie lediglich und unbenannt in den allgemeinen Ausführungen zur Zweck-Mittel-Relation, z.B. im Verfassungs- und Verwaltungsrecht,⁹ mithin also zumindest partiell – wenngleich unbemerkt – als festen Bestandteil der etablierten Rechtsanwendung.

Ausgangspunkt der Ökonomischen Analyse des Rechts sind die Motivationen, die Anreize (incentives) und Verhaltensweisen von Menschen. Dabei liegt der ökonomischen Analyse in der Regel das auch in den Wirtschaftswissenschaften vertretene (selbstverständlich typisierende) Menschen- bzw. Menschengruppenbild des homo oeconomicus zu Grunde. Untersuchungsgegenstand ist dabei freilich das Recht: Einerseits kann geltendes Recht (lex lata) ökonomisch – speziell im Rahmen einer teleologischen Auslegung – durch die Betrachtung von (Handlungs-) Kosten und Nutzen bei rechtstreuem oder rechtswidrigem menschlichen Verhalten analysiert werden (positiver Ansatz), andererseits aber auch zu schaffendes Recht bzw. Gesetzgebungsalternativen (lex ferenda) anhand

* *Jan-Gero Alexander Hannemann* studiert Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg und leistet momentan einen Auslandsaufenthalt an der Universität Genf ab; *Georg Dietlein* studiert Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre an der Universität zu Köln; Ass. iur. *Arne Nordmeyer*, LL.M., ist Doktorand am Institut für Rechtsinformatik, Hannover. Für zahlreiche hilfreiche Anregungen danken wir Herrn Prof. *Dr. Renzikowski* aus Halle.

¹ Vgl. etwa *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3.

² Vgl. dazu *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 437; *Hertfelder* Iur-ratio 2010, 64; *Zimmer/Paul*, JZ 2008, 611 und 673. Dabei kann angemerkt werden, dass sich Ökonomen bereits traditionell mit Kartellrecht beschäftigen, vgl. *Posner*, Economics Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, S. 23.

³ Vgl. zum Ganzen: *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 3. Aufl. 2009; *Schwintowski*, JZ 1998, 581; *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, 2004; *Engel/Morlok* (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998; *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Aufl. 2004; *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003; *Coase*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1; *ders.*, *Economica* 4 (1937), 386; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005. *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, passim bewerten ausgewählte höchstrichterliche Entscheidungen ökonomisch.

⁴ Dazu: *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker* (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2006.

⁵ *Rühl*, in: *Krüper* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2011, S. 210.

⁶ *Kirstein*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Center for Study of Law and Economics, Discussion Paper 2003-06, 1 (auch in: *Bouckaert/de Geest* [Hrsg.], *Encyclopedia of Law and Economics*, Bd. 1, entry No. 0330, 2000, S. 160-227).

⁷ *Lieth*, *Die Ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre*, 2007, S. 32.

⁸ *Lieth* (Fn. 7), S. 32.

⁹ *Lieth* (Fn. 7), S. 74 f.; *Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 10 f.

bestimmter Maßstäbe (z.B. Wohlstand) ermittelt werden (normativer oder präskriptiver Ansatz).¹⁰

Ob im Rahmen dieser Analysen etwas als positiv, d.h. wünschenswert, oder negativ bewertet wird, orientiert sich an dem gewünschten Idealzustand, welcher im ökonomischen Kontext freilich an Zahlen, am erzielbaren Wohlstand bzw. Effizienz (beispielsweise gemessen am Kriterium der Pareto-Effizienz), gemessen wird. Gleichwohl besteht im Hinblick auf dieses *ideale* Ziel nicht bloß eine unumstößliche Ansicht.¹¹ Eine analytische Betrachtung kann genauso von Gerechtigkeits- oder Gleichheitserwägungen ausgehen, was gerade im Kontext des deutschen Rechts und dessen verfassungsrechtlicher Durchdringung nahe liegen könnte.

So „ökonomisch“ die Ökonomische Analyse des Rechts auch klingen mag: Ein „Ausverkauf“ der Gerechtigkeit durch Kriterien der Ökonomie droht hier sicherlich nicht. Vielmehr liefert die Ökonomische Analyse des Rechts Werkzeuge, um einen normativen Zustand auch faktisch in unserer Gesellschaft durchzusetzen. Die Frage lautet nicht: Wie setzen wir Ökonomie gerecht um? Sondern: Wie setzen wir Gerechtigkeits- oder Gleichheitserwägungen so durch, dass sie sich auch wirtschaftlich lohnen? Solche Überlegungen können beispielsweise zu der Erkenntnis führen, dass geltende Normen im deutschen Vertragsrecht im Ergebnis zu verbraucherunfreundlichen Situationen führen¹², dass sich die Überschreitung einer Strafnorm bei Abwägung von „Kosten“ und „Nutzen“ lohnt oder dass eine einmalige Strafamnestie für Steuerstraftaten (Selbstanzeige) im Ergebnis für ein weitaus höheres Steueraufkommen sorgen würde, als der „legale“ Zustand, in dem faktisch nur die „Gesetzestreuen“ die Steuer überhaupt bezahlen. Ob sich in jedem Fall eine Korrektur eines normativ „ungünstigen“ Zustandes (Verbraucherfreundlichkeit, Gesetzestreue im Strafrecht, Steueraufkommen) lohnt, hängt ganz vom Einzelfall und gesetzgeberischen Abwägungen ab. Einerseits sollten rechtliche Normen samt Umsetzung und mit Blick auf die Gesetzeswirklichkeit so gestaltet sein, dass sie auch im Zweifelsfall befolgt werden. Andererseits kann ein Staat – trotz möglicher Wege der Gesetzesumgehung – allein schon aus Prinzip bestimmte Grundsätze nicht einem Unrechtsstaat opfern, der allein auf ökonomische und faktische Erwägungen schießt. Dies gilt beispielsweise für elementare Fragen des Lebensschutzes, bei denen eine normative Betrachtung von der faktischen Wirklichkeit abzuweichen droht.

Als weiteres Beispiel für ökonomische Erwägungen im Rahmen des Rechts bzw. der Rechtspolitik sei die Debatte um einen gesetzlichen Mindestlohn bemüht: Hier beziehen sich die Wortführer auf mitunter auch rechtliche Argumente (allgemeiner Gleichheitssatz, Menschenwürde, Drittwirkung der Grundrechte, Tarifautonomie). Nimmt man aber das Wohl der Arbeitnehmer in den Blick, so wird man sich ökonomisch auch die Frage stellen müssen, welchen Effekt denn ein gesetz-

licher Mindestlohn auf den Arbeitsmarkt hätte und ob damit nicht auch der Abbau von Arbeitsplätzen (im Inland) einher gehen könnte. Solche Erwägungen sind bereits politisch angebracht, veranschaulichen aber auch den Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts. Vorrangige Bedeutung in politischen Diskussionen scheint jedoch oft ausschließlich dem jeweils subjektiven „Gefühl der Gerechtigkeit“ zuzukommen.

II. Bestandsaufnahme: Deutschland und die Vereinigten Staaten

In Deutschland ist die Ökonomische Analyse des Rechts – wie eingangs beschrieben – ein nicht weitläufig bekanntes Forschungsgebiet mit bislang geringer praktischer Relevanz, das gleichwohl seit den 70er-Jahren und speziell in jüngster Zeit an den Hochschulen fokussiert wird.¹³ Es gibt dennoch vergleichsweise wenige Veranstaltungen und deutschsprachige Publikationen, die sich mit dieser Thematik auseinandersetzen.¹⁴ Insbesondere das Angebot für Studenten im Zuge der Ausbildung ist spärlich.¹⁵ Offensichtlich hat die Verbindung von Rechtswissenschaften und Ökonomie, auch in Zeiten des Ordo-Liberalismus der Freiburger Schule nach dem Zweiten Weltkrieg,¹⁶ in Deutschland schlicht nicht Fuß fassen können. Diese ablehnende Haltung basiert wohl weniger auf wissenschaftlichen Vorbehalten der Methodik gegenüber als auf der schlichten Unsicherheit und Ungewissheit im Umgang mit der Ökonomischen Analyse des Rechts sowie der Skepsis, die vor allem seitens der Rechtswissenschaft dem „neuartigen“ Effizienzprinzip entgegengebracht wurde.¹⁷ Freilich bestehen indes sachlich begründetere Vorbehalte.

In den USA hingegen sind wesentliche Bereiche, z.B. das Deliktsrecht (law of torts), das Umweltrecht oder das Vertragsrecht, ohne ökonomische Erklärungsansätze kaum noch vorstellbar¹⁸ und entsprechend stark durch die Ökonomische Analyse des Rechts geprägt. Dies schlägt sich in den unterschiedlichen zivilrechtlichen Sanktionensystemen nieder: Im deutschen Schadensersatzrecht dominiert der Grundsatz der Naturalrestitution; Schadensersatzansprüche entfalten lediglich kom-

¹³ Bestandsaufnahme bei *Dau-Schmidt/Brun*, Columbia Journal of Transnational Law 2006, 602.

¹⁴ Als „Lehrbücher“ stehen auf dem Markt ziemlich „alleine“: *Assmann/Kirchner/Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts, 1993; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005. Die gesamte Ökonomische Analyse des Rechts blendet in seinem Lehrbuch sogar aus: *Vesting*, Rechtstheorie, 2007.

¹⁵ Hervorgehoben sei allerdings das Institut für Recht und Ökonomik an der Universität Hamburg, aufgebaut durch *Hans-Bernd Schäfer* und *Claus Ott*, das sogar einen „European Master in Law and Economics“ anbietet.

¹⁶ Prominente Vertreter: *Walter Eucken*, *Franz Böhm*, *Hans Großmann-Doerth*; vgl. *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 1939; *ders.*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952. Dazu: *Grossekettler*, Die Wirtschaftsordnung als Gestaltungsaufgabe, 1997.

¹⁷ Vgl. *Lieth* (Fn. 7), 33.

¹⁸ *Assmann/Kirchner/Schanze* (Fn. 14), Einleitung zur Neubearbeitung 1992, S. 10.

¹⁰ *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 4 f., 8 ff.

¹¹ Überblick bei *Rühl* (Fn. 5), S. 210 (S. 211 ff.).

¹² *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 109 ff.; *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 29 ff.

pensatorische Wirkung (vgl. § 249 Abs. 1 BGB). Repressive und mithin präventive Wirkung hingegen wird höchstens durch Normen des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts erreicht. Im US-Recht fallen diese Zielrichtungen hingegen im Zivilrecht zusammen, was insbesondere durch die bekannten enorm hohen verhängten Geldsummen (Institut der *punitiv damages*) deutlich wird. Diese bekannte Ausprägung US-amerikanischer Rechtskultur lässt sich sicherlich nicht ausschließlich auf ökonomische Erwägungen zurückführen.¹⁹ Hier spielt auch die grundsätzliche Abgrenzung von Deliktsrecht, Strafrecht und sozialen Sicherungssystem im US-amerikanischen Rechtskreis eine Rolle. Die Argumentation, eine Strafe oder ein Bußgeld müsse den möglichen wirtschaftlichen Nutzen durch die missbilligte Tat deutlich überschreiten, findet sich aber auch im US-amerikanischen Wirtschaftsstrafrecht wieder. Dieser Grundgedanke entspringt einer simplen Klugheitsregel, die die Grundlage der Ökonomischen Analyse des Rechts ausmacht: Gesetzestreu Verhalten muss sich wirtschaftlich „lohnen“.

Nur vereinzelt halten in Deutschland ökonomische Abwägungen Einzug in Zivilurteile, wenn es beispielsweise um die Einschätzung von Kosten und Risiken bei Verkehrssicherungspflichten geht.²⁰ Diesem Ziel der Abschreckung²¹ aus wirtschaftlichen Gründen (gewichteter Risiko mal Höhe der Strafe, *value at risk*) trägt im deutschen Recht hingegen z.B. § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG Rechnung, indem die Norm die Höhe einer Geldbuße daran knüpft, dass diese im Ergebnis dem wirtschaftlichen Vorteil des Täters²² überschreitet. So lässt sich Recht durchsetzen: Wenn die Strafe in jedem Fall höher ist als der aus dem Vergehen gezogene Nutzen, führt eine ökonomische Analyse aus Täterperspektive zur Unterlassung rechtswidrigen Verhaltens. Für den rationalen Rechtsanwender ist rechtswidriges Verhalten schlicht nicht mehr lohnend – zumindest vorausgesetzt, dass sein Verhalten entsprechend kontrolliert, sanktioniert und Sanktionen auch vollstreckt werden. Insgesamt kann zwar auch im deutschen System eine solche ökonomische Betrachtung von Strafen und ihrer Bedeutung für menschliches Verhalten erfolgen. Wird ein Fall allerdings nur zivilrechtlich „abgeurteilt“, können solche Aspekte normalerweise nicht in die Entscheidung einfließen.

¹⁹ Eidenmüller (Fn. 3), S. 486 erklärt dies damit, dass einerseits das US-Recht weitgehend aus Richterrecht gebildet ist, die dortigen Richter rechtspolitischen Entscheidungen zugänglich seien und ohnehin keine Vorbehalte gegenüber Rechtspragmatismus und ökonomischen Gedanken bestehen.

²⁰ Etwa: BGH NJW 1984, 801 (Eishockey-Fall); vgl. dazu Lieth (Fn. 7), S. 75.

²¹ BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94 „Erfundenes Exklusiv-Interview“ bzw. „Caroline von Monaco“ bzw. „I.K.H. Caroline von Hannover I“ = GRUR 1995, 224 (229): „Außerdem soll der Rechtsbehelf der Prävention dienen“, wobei freilich Besonderheiten des Persönlichkeitsschutzes zu berücksichtigen sind. Krit. Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 22 Kunst-UrhG Rn. 30.

²² Ordnungswidrigkeitsstrafen können im Gegensatz zu Strafen nach dem StGB auch gegen Unternehmen verhängt werden (vgl. § 30 OWiG).

III. Philosophische Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts

Erste Ansätze der ökonomischen Analyse des Rechts finden sich bereits bei *Adam Smith* (1723-1790) und *Jeremy Bentham* (1748-1832), dem englischen Begründer des Utilitarismus.²³ Dieser Verweis zeigt jedoch nur einen Teil des Entwicklungswegs auf, auch wenn der Utilitarismus die „geborene philosophische Grundlage für die Ökonomie“²⁴ darstellt. Der Utilitarismus orientiert sich am Glück der einzelnen Individuen und stellt grundsätzlich das Wohl vieler (Gemeinwohl) über das Glück einzelner. In diesem Modell kommt dem Staat die Aufgabe zu, durch Umverteilung und Gesetzgebung den größtmöglichen Wohlfahrtsnutzen (oder *happiness*)²⁵ der Bevölkerung zu ermöglichen, also speziell die insgesamt erzeugten bzw. verfügbaren Güter zu mehren.

Die moderne und heutige Form der Ökonomischen Analyse des Rechts entwickelte sich erst in den 1960er- und 1970er-Jahren durch die Werke von *Gary S. Becker*, *Guido Calabresi*, *Ronald Coase* und *Richard Posner*.²⁶ So sehr historische und zum Teil auch philosophische Ursprünge der Ökonomischen Analyse des Rechts dem Utilitarismus zuzuordnen sind, sollte diese Einordnung nicht verabsolutiert werden oder dazu führen, den Ansatz der Ökonomischen Analyse des Rechts a priori abzulehnen. Interessante Randfragen mit utilitaristischem Einschlag findet man auch bei der Debatte um den sog. Fall Daschner. So wurde auch von Verfassungsrechtlern die Frage aufgeworfen, ob die Würde einzelner nicht doch dem Leben (vieler) anderer moralisch untergeordnet werden müsse.²⁷ Insbesondere kann die Kritik am philosophischen Ansatz des Utilitarismus nicht automatisch auf die Ökonomische Analyse des Rechts übertragen werden.²⁸ Die Ökonomische Analyse des Rechts orientiert sich oft gar nicht mehr so sehr an einem utilitaristischen Hintergrund, wie es möglicherweise vordergründig erscheinen mag. Eine starre Gegenüberstellung von Utilitarismus (und in diesem Kontext gleichgesetzt: Ökonomischer Analyse des Rechts) auf der einen Seite und der philosophischen Tradition des deutschen Idealismus auf der anderen Seite erscheint jedenfalls verfehlt. So sehr gerade in einem solchen Schwarz-Weiß-Denken ein Grund für Skepsis an der Ökonomischen Analyse des Rechts liegen mag, sollten die historischen Ursprünge der ökonomischen Methode nicht überschätzt werden, zumal sich auch nicht jeder Freund der Ökonomischen Analyse des Rechts auf ihre – wenn denn überhaupt wirklich greifbaren – Wurzeln zurückführen möchte.

²³ Lieth (Fn. 7), S. 35.

²⁴ Homann/Suchanek, *Analyse & Kritik* 11 (1989), 70 (85).

²⁵ Bentham, *A Fragment on Government*, preface, S. 393: „It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong“.

²⁶ Rühl (Fn. 5), S. 210

²⁷ Brugger, *Der Staat* 35 (1996), 67; ders., *JZ* 2000, 165; Wittreck, *DÖV* 2003, 873 (879); Isensee, *Tabu im freiheitlichen Staat*, 2003, S. 57 ff.

²⁸ Vgl. Lieth (Fn. 7), S. 35.

IV. Ökonomische Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts

Die Ökonomische Analyse des Rechts ist eng mit verschiedenen rechtsökonomischen Theorien und Grundlagen verknüpft, deren wesentliche Eckpfeiler im Folgenden kurz dargestellt werden. Im Anschluss daran werden diese Teile zum Bild der Ökonomischen Analyse des Rechts zusammengefügt.

1. Das Allokationsproblem

So wie Kain Gottes Gunst für begrenzt hielt, so geht auch die Ökonomie – ganz realistisch – von der Knappheit aller Ressourcen (z.B. Geld, Naturalien, Gold) aus.²⁹ Diese Knappheit sucht sie durch effiziente Verteilung (Allokation) zu lösen³⁰. Der Ökonomie liegt dabei prinzipiell nicht an einer möglichst sozialen, sondern eben an einer effizienten Verteilung. Die älteren, rein-utilitaristischen Lehren stellen auf den summierten Gesamtnutzen als idealen Effizienzwert ab, anders als etwa der Moralphilosoph *John Rawls*. Nach diesem soll so verteilt werden, dass den Bedürftigeren die größten Vorteile zukommen (Differenzprinzip), was aber eben nicht ökonomisch sinnvoll sein muss.³¹ Das Teilgebiet, welches sich mit Formulierung solcher Ziele beschäftigt, wird als Wohlfahrtökonomie bezeichnet.³²

Ein geläufiges und weithin vertretenes Verteilungs- bzw. Effizienzziel stellt das Pareto-Optimum dar. Die bereits vor ca. 100 Jahren entwickelte Formel des Effizienzkriteriums von *Vilfredo Pareto* kommt auch noch heute zur Anwendung. Pareto-effizient ist demnach eine Situation regelmäßig dann, wenn die Möglichkeit, einen Akteur besser zu stellen, ohne gleichzeitig andere Akteure schlechter zu stellen, nicht gegeben ist.³³ Eines der gängigsten Beispiele der Literatur für Probleme der Pareto-Formel ist die Zwangsenteignung: im deutschen Recht gemäß Art. 14 Abs. 3 GG. Die Allgemeinheit profitiert durch das enteignete Grundstück in besonderem Maße; die Entschädigung sorgt dafür, dass der einzelne zumindest nicht schlechter dasteht.

2. Der *Homo oeconomicus* und dessen Stimulierung

Ausgangspunkt und Grundlage für das Funktionieren der Ökonomischen Analyse des Rechts ist der einzelne Mensch, des-

sen Verhalten im Rahmen des Rechts- und Wirtschaftslebens prognostiziert und ggf. gesteuert werden soll. Eine volkswirtschaftliche Grundannahme besagt, dass sich Individuen prinzipiell rational verhalten und durch Egoismus angetrieben nach Wohlstandsmehrung streben (Rationalitätsprinzip).³⁴ Im Zeichen knapper Güter sind diese demnach bestrebt, bei prinzipiell unendlichem oder ggf. zu sättigendem³⁵ Verlangen die eigenen Güter bzw. den eigenen Wohlstand zu mehren. Demnach werden sie Verhalten, das diesen Zielen entgegenläuft, meiden, hingegen dasjenige Unternehmen, das sie ihren Zielen näher bringt.

Diese zweckrationalen Menschen reagieren entsprechend auf Gegebenheiten und handeln entsprechend vernünftig. – Ein geläufiges Beispiel: Wenn ein Mensch besonders schnell von A nach B gelangen wollte, könnte er mit seinem Gefährt schneller als erlaubt fahren, rot leuchtende Ampeln ignorieren und auch sonstige Verkehrsvorschriften außer Acht lassen. Da dies jedoch unter Androhung von Strafgeldern, Fahrerlaubnisverlust und weiteren Sanktionen steht, wird er das ordnungswidrige Verhalten im eigenen Interesse weitgehend – zumindest dann, wenn mit Eintritt der Sanktionen tatsächlich zu rechnen ist – unterlassen. Dies gilt umso mehr, wenn die Strafe (Geldbuße) ihn adäquat, z.B. seinem Einkommen entsprechend trifft.³⁶

Statt oder neben negativen Anreizen (Sanktionen, Restriktionen) kann es gleichermaßen positive Anreize – im Englischen *incentives*³⁷ – geben:³⁸ Fördert der Staat etwa Partikelfilter mit finanziellen Zuschüssen, steigert dies ggf. die entsprechende Investitionsbereitschaft der Bürger, sich ebensolche zum Wohle der Umwelt nur noch entsprechend ausgerüstete Fahrzeuge anzuschaffen.

In der Ökonomischen Analyse des Rechts werden verschiedene ökonomische Verhaltensmodelle vertreten, die sämtlich in der Grundannahme des *homo oeconomicus* (auch: *rational choice model*) fußen (neo-klassische Ökonomik). All diesen Modellen liegt das Verhalten von mehreren Individuen, nicht aber jenes eines Kollektivs oder einer Schwarmintelligenz zugrunde.

Einschränkungen hierbei müssen mit Hinblick darauf gemacht werden, dass auch der *homo oeconomicus* mangels erforderlicher Informationen nicht sämtliche Risiken, Kosten und Nutzen einschätzen kann und sich damit nur bedingt rational, nämlich im Rahmen seiner Informationen und Kapazitäten, verhält (*bounded rationality*).³⁹ Die Verhaltensökonomik (*behavioral law and economics*) reichert das Modell des *homo oeconomicus* durch kognitionspsychologische und verhaltens-

²⁹ Vgl. z.B. *Wied-Nebbeling/Schott*, Grundlagen der Mikroökonomik, 4. Aufl. 2007, S. 1; *Towfigh*, in: *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 24 ff.

³⁰ *Schäfer/Ott* (Fn. 14), S. 1 – alles andere wäre „Verschwendung“, die ebenfalls „immoral“ sein kann, so *Posner* (Fn. 2), S. 27.

³¹ Oder auch als Ungleichheitsprinzip bezeichnet – s. etwa Abschnitt 13 „Eine[r] Theorie der Gerechtigkeit“ (= *Theory of Justice*, Originalausgabe: 1971). Eine zentrale Aussage dabei lautet: „Die Verteilung des Einkommens und Vermögens muss nicht gleichmäßig sein, aber zu jedermanns Vorteil ...“ (Abschnitt 11, Übersetzung durch *Hermann Vetter*).

³² *Towfigh* (Fn. 29), S. 31 ff. Vgl. zu „Alternativen zum Effizienzkriterium“: *Schäfer/Ott* (Fn. 14), S. 8 ff.

³³ *Hal R. Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 1995, S. 18; *Schäfer/Ott* (Fn. 14), S. 6 f., 26 ff.

³⁴ *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 3. Aufl. 2008, S. 12 ff.

³⁵ Bzw. zumindest abnehmenden Grenznutzen *Towfigh* (Fn. 29), S. 28 f.

³⁶ So bemisst sich auch im deutschen Strafrecht eine Geldstrafe am Einkommen des Täters (§ 40 StGB).

³⁷ Des Weiteren etwa namensgebend für „Motivationsreisen“ bestimmter Unternehmen.

³⁸ *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 26.

³⁹ *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 38 f.; *Kirchgässner* (Fn. 34), S. 27 ff.

wissenschaftliche Erkenntnisse an. Diese belegen, dass Menschen regelmäßig nicht in der Lage sind, die Wahrscheinlichkeiten bestimmter Ereignisse korrekt einzuschätzen und dass bestimmte Techniken zur Informationsverarbeitung deren Ergebnisse vorhersehbar verzerren. Die anzunehmende Rationalität bewegt sich somit zumindest in gewissen Grenzen, die sich wohl auch durch umfassende Aufklärung nicht ganz ausräumen lassen.

3. Das Coase-Theorem als Einwand optimaler Selbstregulierung

Zu den analytischen Instrumenten der Ökonomischen Analyse des Rechts gehört das Coase-Theorem, das sich auf den englischen Ökonomen *Ronald Coase* zurückführen lässt.⁴⁰ Ihm zufolge können die – die eben rational handelnden – Individuen einer Gesellschaft Probleme, die durch externe Effekte (etwa Gesetzgebung) ausgelöst werden, selbst lösen, wenn sie die Zuordnung beschränkter Ressourcen untereinander selbst verhandeln und ohne Transaktionskosten tauschen können. Sie sind also in der Lage, kurzfristige Allokationsszenarien, die etwa durch die Rechtsordnung erreicht werden, langfristig im Sinne der Pareto-Effizienz zu lösen. Aus dem Coase-Theorem folgt für die Ökonomische Analyse des Rechts:⁴¹ Das Recht sollte den einzelnen Rechtsträgern grundsätzlich „freien Lauf“ lassen. Es sollte nur dann lenkend eingreifen, wenn privatautonome Entscheidungen unmöglich, zu teuer (Transaktionskosten) oder schlicht ineffizient (Marktversagen) sind.

4. Staatliches Umsetzungshandeln

Ein Gemeinwesen, welches nach dem (pareto-)effizientesten Zustand – oder auch anderen Zielen – für seine Bürger strebt, kann nun bei eigenem Verhalten bedenken, wie sich Handlungen (oder Unterlassungen) – wie etwa Gesetze, Verwaltungsakte oder Urteile – auf das Gemeinwesen auswirken. Anhand seines Zieles kann der Staat mithin seine Maßnahmen oder eben auch sein Nichthandeln in Anbetracht zu erwartender Selbstregulierung bewerten, das Verhalten der Menge an Individuen ist dabei nach vorgenannten Parametern insoweit „berechenbar“. Dabei werden etwa verschiedene Szenarien bewertet und die alternativen Entwicklungslinien abgewogen.

In einem Staat beispielsweise, der bislang über kein Patentrecht verfügt, werden nur wenige Erfindungen gemacht. Der dortige Gesetzgeber überlegt daher die Einführung eines solchen Rechtsinstituts. Eines der Modelle sieht ein besonders starkes Patentrecht vor, das keinerlei vergleichbare Produkte erlaubt. Ein anderer Gesetzesentwurf sieht begrenzten Zugang zu jeder Erfindungen vor, auf denen andere Forscher sodann aufbauen könnten. Während das erste Modell einen besonders hohen Anreiz für den einzelnen, erfolgreichen Erfinder verkörpert, trägt das zweite Modell im größeren Umfang zur darauf aufbauenden Entwicklung bei.

Ein weiteres Szenario: Ein auslegender Richter findet zwei „vertretbare“ Auslegungen im Versandungskauf. Während die eine insbesondere den Verbrauchern vordergründig durch

günstige Konditionen, seien es Kosten- oder Gefahrtragungsregeln, nutzt, könnte diese dazu führen, dass die Unternehmen entsprechende Angebote gänzlich einstellen oder die zusätzlichen Kosten einfach umlegen.

Es lassen sich durch Prognosen des Kollektivverhaltens der Masse an Individuen Folgen einer möglichen Gesetzesänderung bzw. Gesetzesanwendungsvarianten im Voraus besser einkreisen und bestimmen. Auf Basis dieser Szenarien kann sich der Staat bzw. der Entscheider für die bessere bzw. effizientere Variante entscheiden. Ein planender, lenkender, zumindest Institutionen bereitstellender Staat, der eben auch die Schwächen der Selbst- bzw. Marktorganisation kennt, muss ebenfalls über die Effizienz seiner Instrumente reflektieren.⁴² Dies gilt umso stärker, je mehr der Staat nicht auf die Selbstregulierung, sondern auf social engineering vertraut.

5. Zwischenergebnis

Ökonomie und Ökonomische Analyse des Rechts begreifen die Welt als einen Ort knapper Güter. Naturgemäß will die Wirtschaftslehre diese *wirtschaftlich* verteilen. Der Staat – in Gestalt der Regierung, der Gesetzgebung oder auch der Judikative – kann sich vor Augen führen, wie sich rechtliche Maßnahmen bzw. Regierungshandeln auf Wirtschaftsleben, Güterfluss und Güterverteilung auswirken kann. Da sich die Menschen prinzipiell rational verhalten, ergibt sich eine gewisse Planbarkeit ihres Verhaltens.

Freilich bleibt der Rechtsanwendende oder Rechtsetzende auf ggf. umstrittene, intuitive wie kontra-intuitive ökonomische Thesen angewiesen. Im Rahmen dieser Methoden werden jedoch die Auswirkungen eigener Entscheidungen vorhersehbarer.

Je nach seiner Ausrichtung oder momentaner Gubernativen eines Staates kann das Ziel bzw. Ideal anders definiert sein: Soziale bzw. gleichförmige Verteilung kann Vorrang genießen vor möglichst hoher Gesamteffizienz. Bei diesem Streben nach einem solchen Optimum kann man sich der unveränderlichen Konstante des schaffenden Egoismus eines jeden Einzelnen bedienen, der mittels Anreizen so beeinflusst werden mag, dass er zum Wohle des Gesamtziels wirkt.

V. Kritik an der Ökonomischen Analyse des Rechts

Die originäre Kritik der Ökonomischen Analyse des Rechts kann sich, wie bereits angedeutet, zunächst auf die Argumente gegen den Utilitarismus berufen. *Karl-Heinz Fezer* erachtet „ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken“ für grundsätzlich „unvereinbar“.⁴³ Dieser Kritik liegt die Annahme zugrunde, dass das „Menschenbild“ der Ökonomischen Analyse des Rechts (d.h. die generellen Verhaltensmodelle der Ökonomie) unterscheidet sich maßgeblich vom Menschenbild des Grundgesetzes, das gerade die Sozialbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Einzelnen hervorhebt.⁴⁴ Die

⁴² Vgl. *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 15.

⁴³ *Fezer*, JZ 1986, 817 (823); vgl. auch *ders.*, JZ 1988, 223. Aus dem amerikanischen Rechtskreis vgl. *White*, Tennessee Law Review 54 (1961), 183.

⁴⁴ Vgl. nur BVerfGE 4, 7 (15).

⁴⁰ *Coase*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1.

⁴¹ *Rühl* (Fn. 5), S. 210 (S. 221).

Ökonomische Analyse des Rechts scheidet daher als analytisches Instrument aus, da sie den vom Grundgesetz geprägten normativen Anspruch der Würde des einzelnen und den Wert des sozialen Gefüges der Gesellschaft verkenne. Anschaulich könnte man mit *Fezer* die rhetorische Frage stellen: Können denn Wohlstandsmaximierung und das Streben nach Effizienz alleiniges Ziel staatlicher Politik sein? Hat sich das deutsche Volk „in Verantwortung vor Gott und den Menschen“⁴⁵ das Grundgesetz nur deshalb gegeben, um nach größtmöglicher ökonomischer Wohlfahrt des einzelnen zu streben?

In der Kritik *Fezers* spiegeln sich exemplarisch Berührungspunkte der Rechtswissenschaft mit Hinblick auf die ökonomische Analyse des Rechts wieder. Eine Divergenz in den Blickrichtungen von Recht als Normenwissenschaft und Ökonomie als empirischer Wissenschaft wird man nicht verneinen können. Und dennoch ist die Kritik von *Fezer* wohl überzogen und wird der Ökonomischen Analyse des Rechts nicht gerecht. Die Ökonomische Analyse des Rechts – zumindest wie sie heute gelehrt wird – erhebt nicht den normativen Anspruch, den *Fezer* ihr zuschreibt. Ökonomisches Denken in den Kategorien von Effizienz und Ressourcenknappheit darf selbstverständlich – so zumindest unsere Ansicht – nicht zum alleinigen (normativen) Maßstab des Rechts erhoben werden. Die Ökonomische Analyse des Rechts bewegt sich deshalb auch rein auf der analytischen Ebene. Anschaulich gesagt: Sie ruft den Menschen nicht im moralischen Imperativ auf *homo oeconomicus* zu sein, sondern beschreibt ihn bloß modelliert als solchen.⁴⁶ *Fezers* Kritik erscheint insoweit, als dass sie insbesondere auf die Ebene des moralischen Diskurses abzielt, verfehlt. Zumindest schließt das Menschenbild des Grundgesetzes die Ökonomische Analyse des Rechts nicht als nützliches Hilfsinstrument aus. Schließlich nivelliert die Ökonomische Analyse des Rechts nicht die Würde des einzelnen Menschen oder seine Sozialbezogenheit, sondern unterstellt ihm eine gewisse Rationalität, wenn es darum geht seine eigenen Ziele durchzusetzen, und zieht daraus Konsequenzen. Wie man auch den Egoismus des Menschen ethisch werten mag, so lehrt die Erfahrung, dass der Mensch letztlich sein eigenes Handeln am Ziel der Wohlstandsmaximierung nicht in nur unerheblicher Weise ausrichtet. Eine andere Kritiklinie führt – ohne moralischen Unterton – aus, dass es der Ökonomischen Analyse des Rechts an empirischen Daten fehle: Das Konzept mag insoweit schlüssig sein, doch fehle es an Möglichkeiten, die Annahmen konkret zu quantifizieren.⁴⁷ Dies bereits deswegen, da statistische Daten zukünftiger oder auch bloß eventuell eintretender Ereignisse naturgemäß nicht vorausgesagt werden können, sondern höchstens geschätzt oder prognostiziert werden.

Es darf ebenfalls nicht verkannt werden, dass Ökonomie nicht wie, um anschaulich leicht zu übertreiben, nicht bloß aus den Kinderfabriken des viktorianischen Zeitalters besteht, sondern, wofür gerade Leitbilder wie das Pareto-Optimum steht, auch soziale Zwecke erfolgt: Soll Wohlstand erstrebt werden,

ist Ineffizienz zu vermeiden.⁴⁸ Und über die Umverteilung von Geld, das nicht erwirtschaftet, oder Gütern, die nicht produziert werden, kann schon im Grunde nicht diskutiert werden.⁴⁹

Des Weiteren sei, so ein Detailspekt, es nicht möglich, den Begriff der Transaktionskosten hinreichend zu präzisieren und handhabbarer für den operativen Einsatz zu gestalten.⁵⁰ Mithin, etwas zynisch formuliert, kann die Ökonomische Analyse des Rechts Zahlen schon deswegen nicht über Menschen stellen, da sie die konkreten Zahlen nicht kennt bzw. ermitteln lassen kann. Dies ist insoweit zutreffend, doch eröffnet sie gleichwohl in jedem Fall einen Blick auf die Zusammenhänge.

VI. Fazit

Der Einfluss angloamerikanischer Jurisprudenz auf Europa und Deutschland wird künftig – so die Prognose der Autoren – weiter zunehmen. Wer den sinnvollen ökonomischen Grundgedanken in US-amerikanischer Rechtsprechung überzieht, der wird sich fragen: Droht deswegen nicht nur eine ökonomische Betrachtung, sondern auch eine Ökonomisierung des Rechts? Wird bald die teleologische Auslegung nur noch ökonomische Aspekte aufgreifen?⁵¹ Droht so der Ausverkauf der Gerechtigkeit?

Solchen Bedenken kann man getrost entgegentreten. Die Bedeutung einer gesunden Volkswirtschaft für den Gedeih einer Gesellschaft wird gerade in diesen Tagen deutlich. Ein Gesetzgeber, welcher die Folgen seines Handels bestenfalls für den Staatshaushalt, nicht aber für das Wirtschaftsleben abzuschätzen versucht, können wir uns nicht leisten. Dies setzt wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse voraus. Selbstverständlich erlauben auch diese keinen allwissenden Blick in die Zukunft, verheißen jedoch deutlich mehr Erfolg. Es gilt, sich die Schwäche, die einem jedem Rechtssystem innewohnt,⁵² zu vergegenwärtigen, menschliches Verhalten zu antizipieren und dem rational denkenden Menschen ein Recht zu präsentieren, das ihm unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein rechtstreuendes Verhalten nahe legt. Selbst wenn die Ökonomische Analyse des Rechts keine konkreten Zahlen bietet, hält sie immer noch an, sich mit Zusammenhängen auseinanderzusetzen.

Die Ökonomische Analyse des Rechts verkehrt weder *kantianische* Ethik noch das Wertgefüge des Grundgesetzes. Sie hat ihre Grenzen und sie kann nur begrenzt eingesetzt werden. Sie soll jedoch Anlass und Methode sein, das Wirken des Rechts besser zu verstehen – oder auch der Justiz.⁵³ Sie sollte daher auch jedem Richter und Beamten bekannt sein

⁴⁸ S. Fn. 30.

⁴⁹ Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 273 ff m.w.N. und zu den Fragen möglicher und optimaler Verteilungsmodelle.

⁵⁰ *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 167.

⁵¹ Vgl. zur teleologischen Auslegung *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 9 f.

⁵² Dazu *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 8 f.

⁵³ Vgl. Schmidtchen/Weth (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur, Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1999, passim. Oder auch nur des Zivilprozesses; dazu *Adams, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, passim.

⁴⁵ Aus der Präambel des GG.

⁴⁶ Vgl. *Lieth* (Fn. 7), S. 65.

⁴⁷ Etwa *Schmidt*, *Refusal to License Intellectual Property Rights as Abuse of Dominance*, 2010, S. 132 ff.

und helfen, sich der – auch ökonomischen – Folgen des eigenen Handelns gewahr zu werden. Freilich darf sie kein abschließliches Kriterium sein und ersetzt als solche nicht die staatliche bzw. demokratische Zielbestimmung und Festlegung jener Werte, die aller Abwägung enthoben sein sollen.⁵⁴

⁵⁴ Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 450 ff.

Übungsfall: Stress am Ende des Mietverhältnisses

Von RiAG Dr. Ulf P. Börstinghaus, Gelsenkirchen*

Die vorliegende Klausur wurde als Abschluss- oder wahlweise Probeklausur für den Aufbau- und Vertiefungskurs Wohnraummietrecht im Rahmen des Hauptstudiums konzipiert. Sie weist durch die erforderliche Argumentation und Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Die empfohlene Schreibdauer beträgt zwei Zeitstunden.

Sachverhalt

Mieter M mietet vom Vermieter V eine Wohnung mit Mietvertrag vom 1.2.2007. Die monatliche Miete beträgt 500,- € zzgl. 100,- € Betriebskostenvorauszahlung. V benutzt bei der Vermietung von Wohnungen in seinen drei Häusern immer Formulare, die er aus dem Internet von den Seiten eines Verlages herunterlädt. Darin befinden sich u.a. folgende Regelungen:

„§ 3 Das Kündigungsrecht des Mieters wird für vier Jahre, beginnend mit dem Abschluss des Mietvertrages, ausgeschlossen.

[...]

§ 16 Der Mieter hat auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen durchzuführen. Er darf dabei nur mit Zustimmung des Vermieters von der gewählten Ausführungsart abweichen.“

Der M kündigt das Mietverhältnis ordentlich mit Schreiben, das dem V am 25.4.2010 zugeht. Bevor er die Wohnung Ende Juli dem V zurückgibt, streicht er alle Wände fachgerecht. Hierfür hat er im Baumarkt Farbe im Wert von 150,- € gekauft. Für das Streichen hat er an einem Wochenende zehn Stunden aufgewendet. M hatte zuvor das Angebot eines Malermeisters eingeholt, der für die Arbeiten insgesamt 1200,- € verlangt hatte, was dem M zu teuer war.

V ist der Auffassung, dass die Kündigung unwirksam ist, und verlangt mit bei Gericht eingegangener Klage vom 5.1.2011 die Zahlung der Mieten von August 2010 bis Januar 2011. M hält die Klage für unbegründet. Er will nun die Kosten, die der Malermeister berechnet hätte, von V erstattet bekommen; zumindest will er diese Kosten gegenüber einem möglichen Anspruch des V „verrechnen“. V meint, dass ein Anspruch des M wegen der Schönheitsreparaturen nie bestanden habe, zumindest aber jetzt nicht mehr bestehe.

Welche Ansprüche stehen den Parteien zu?

Bearbeitervermerk

Ansprüche auf Erteilung der Betriebskostenabrechnung und Zahlung eventueller Salden daraus sind bei der Bearbeitung nicht zu berücksichtigen.

* Dr. Ulf P. Börstinghaus ist Richter am Amtsgericht Dortmund und Lehrbeauftragter der Universität Bielefeld. Der vorliegende Beitrag ist unter Mitarbeit von Wiss. Mitarbeiter Jürgen Schlömann, Universität Bielefeld, zustande gekommen.

Lösungsvorschlag:

A. Anspruch des V gegen M auf Zahlung der Miete für August 2010 bis Januar 2011

I. Anspruch gem. § 535 Abs. 2 BGB i.V.m. dem Mietvertrag

Ein Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Miete und Betriebskostenvorauszahlung für August 2010 bis Januar 2011 könnte gem. § 535 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Mietvertrag zwischen dem V und dem M bestehen.

Dann müsste von August 2010 bis Januar 2011 ein wirksamer Mietvertrag zwischen den Parteien bestanden haben.

1. Vertragsschluss

Ein Mietvertrag ist zwischen den Parteien am 1.2.2007 abgeschlossen worden.

2. Keine wirksame Kündigung

Dieser Mietvertrag müsste von August 2010 bis Januar 2011 noch bestanden haben.

Das wäre dann nicht der Fall, wenn der Vertrag durch die Kündigung des Mieters vom April 2010 vorher wirksam beendet worden wäre.

a) Kündigungserklärung

Eine Kündigungserklärung des M liegt vor; der Zugang bei V ist am 25.4.2010 erfolgt, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.

b) Schriftform, § 568 BGB Abs. 1 BGB

Die Kündigungserklärung wahrt die gem. § 568 BGB Abs. 1 BGB erforderliche Schriftform.

c) Kündigungsfrist bei ordentlicher Kündigung, § 573c Abs. 1 S. 1 BGB

Der M hat das Mietverhältnis ordentlich gekündigt. Unter Zugrundelegung der gesetzlichen Kündigungsfrist des § 573c Abs. 1 S. 1 BGB würde die Kündigung mithin zum 31.7.2010 wirken, so dass ab August 2010 keine Mietzahlungspflicht des M mehr bestünde.

d) Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung

Fraglich ist jedoch, ob das Mietverhältnis durch M bereits zum 31.7.2010 ordentlich gekündigt werden konnte.

Dem könnte entgegenstehen, dass die Parteien hier in § 3 des Mietvertrages das Kündigungsrecht des Mieters für vier Jahre bis 31.1.2011 ausgeschlossen haben. Es fragt sich, ob eine solche Kündigungsausschlussvereinbarung wirksam ist.

aa) Verstoß gegen § 573c Abs. 4 BGB

Es könnte ein Verstoß gegen § 573c Abs. 4 BGB vorliegen. Danach ist eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Mieters von § 573c Abs. 1 BGB abweicht, unwirksam. Jede Verlängerung der Kündigungsfrist zum Nachteil des Mieters ist danach ebenso unwirksam wie jede Verkürzung der Frist für

den Vermieter. Nach Ansicht des BGH¹ regelt § 573c Abs. 1 BGB jedoch lediglich die Länge der Kündigungsfrist, verbietet aber einen Kündigungsausschluss nicht. § 573c BGB setzt demnach voraus, dass das Mietverhältnis kündbar ist. Dementsprechend läge im vorliegenden Fall kein Verstoß gegen § 573c Abs. 1 BGB vor.

bb) Verstoß gegen § 575 Abs. 4 BGB

Es könnte ein Verstoß gegen § 575 Abs. 4 BGB vorliegen. Danach sind Vereinbarungen, die von § 575 Abs. 1-3 BGB abweichen und mithin nicht die Anforderungen an einen wirklichen Zeitmietvertrag erfüllen, unwirksam. Hierzu müsste zwischen M und V jedoch überhaupt ein Zeitmietvertrag geschlossen worden sein. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Vertrag nach Ablauf einer bestimmten Zeit endet, § 542 Abs. 2 BGB. Der zwischen M und V geschlossene Vertrag soll hier jedoch nicht nach Ablauf einer bestimmten Zeit enden; vielmehr wurde in § 3 des Mietvertrags nur das Kündigungsrecht des Mieters für vier Jahre ausgeschlossen. Es handelt sich mithin um einen Vertrag auf unbestimmte Zeit und nicht um einen Zeitmietvertrag. Somit ist § 575 Abs. 4 BGB hier nicht einschlägig.

cc) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Kündigungsausschluss könnte aber gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen. Das setzt voraus, dass es sich um eine Formulklausel handelt, die wirksam in den Mietvertrag einbezogen wurde und den M entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

(1) Vorliegen einer Formulklausel, § 305 Abs. 1 BGB

Die Klausel in § 3 des Mietvertrags ist eine Vertragsbedingung, welche bei Abschluss des Vertrags vom Vermieter einseitig gestellt wurde. Indem V stets bei der Vermietung von Wohnungen in seinen drei Häusern Vertragsformulare aus dem Internetangebot eines Verlages verwendet, kann unterstellt werden, dass die Verträge – mithin auch die Klausel in § 3 des Vertrags – für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind.² Für das Vorliegen der Verwendungsvielzahl wäre überdies schon hinreichend, dass der Vermieter selbst das vorformulierte Vertragswerk des Verlages nur einmal nutzt, dieses jedoch vom Verlag für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde.³ Es handelt sich bei § 3 des Mietvertrags somit gem. § 305 Abs. 1 BGB um eine Formulklausel.

(2) Wirksame Einbeziehung in den Vertrag, §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB

Die Klausel müsste wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Die Klausel des § 3 war in den Mietvertrag deutlich sichtbar aufgenommen, so dass der Mieter die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Auch erklärte er durch die Vertragsunterzeichnung sein Einverständnis mit der

Geltung der Klausel, so dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt sind.

Weiterhin ist die Klausel weder formal noch inhaltlich überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB: für eine formale Überraschung⁴ bestehen vorliegend keine Hinweise; die Klausel ist nicht an versteckter Stelle des Vertragstextes enthalten. Es ist auch nicht inhaltlich ungewöhnlich, dass ein Mietvertrag Regelungen über die Möglichkeit zur Kündigung enthält.

Mithin ist die Klausel in § 3 des Mietvertrags gem. §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB wirksam in den Mietvertrag einbezogen worden.

(3) Inhaltskontrolle

(a) Unwirksamkeit gem. §§ 308, 309 BGB

Eine inhaltliche Unwirksamkeit ergibt sich nicht aus §§ 308, 309 BGB.

(b) Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Klausel könnte gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung des Mieters enthalten. § 3 des Mietvertrags verbietet nur dem Mieter die Kündigung innerhalb der ersten vier Jahre, beginnend mit Abschluss des Mietvertrages; die ordentliche Kündigung des Vermieters bleibt möglich. Das ist eine einseitige Benachteiligung, die allenfalls dann zu rechtfertigen ist, wenn sie durch einen Vorteil des Mieters aufgewogen wird. Das soll der Fall sein, wenn zugleich eine Staffelmiete vereinbart wird.⁵ Ob dem zuzustimmen ist⁶, kann hier dahinstehen, da eine solche Staffelmietvereinbarung nicht zwischen V und M getroffen wurde.

Somit enthält § 3 des Mietvertrags eine gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung des M und ist in der Folge unwirksam.

(4) Rechtsfolge, § 306 Abs. 1, 2 BGB

Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel ist, dass der Mietvertrag im Übrigen wirksam bleibt, § 306 Abs. 1 BGB, und an die Stelle der unwirksamen Kündigungsfristvereinbarung

⁴ Z.B. ungewöhnlicher Zuschnitt oder Standort der Klausel, siehe BGH NJW 2010, 3152; *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 305c Rn. 17.

⁵ BGH MietPrax-Arbeitskommentar § 557a BGB Nr. 7 = NJW 2006, 1056 = NZM 2006, 256; BGH MietPrax-Arbeitskommentar § 557a BGB Nr. 9 und 12 = NJW 2009, 353 = NZM 2009, 80.

⁶ A.A. AG Dortmund NZM 2010, 862; *Artz*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 4), § 557a Rn. 16; *Weitemeyer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2011, § 557a BGB Rn. 20; *Ehlert*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 557a BGB Rn. 26; *Blank*, in: Blank/Börstinghaus, Kommentar zum Mietrecht, 3. Aufl. 2008, § 575 BGB Rn. 84; *Derleder*, KJ 2008, 394; *Wiek*, WuM 2009, 46; *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 3/2009 Anm. 5; *ders.* ZGS 2009, 221; *ders.* NJW 2009, 1391.

¹ BGH NJW 2004, 1448.

² Zur Vermutungswirkung BGH NJW 1997, 135.

³ BGH NJW 2000, 2988 (2989); BGH NJW 2010, 1131.

die gesetzliche Regelung tritt, § 306 Abs. 2 BGB, mithin § 573c Abs. 1 BGB.

dd) Zwischenergebnis zur Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung

M hat wirksam ordentlich zum 31.7.2010 gekündigt.

e) Zwischenergebnis zur Kündigung des Mietvertrags

Der Mietvertrag wurde wirksam zum 31.7.2010 durch ordentliche Kündigung beendet.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des V auf Zahlung der Miete und Betriebskostenvorauszahlung für die Monate August 2010 bis Januar 2011 besteht nicht.

Anmerkung: Wer die Entstehung eines Anspruchs des V auf Mietzahlung wegen Wirksamkeit des Kündigungsvorzichts des M - mit entsprechend überzeugender Begründung - bejaht, muss im Rahmen eines Anspruchserlöschens gem. § 389 BGB mögliche, aufrechenbare Gegenansprüche des M aufgrund der vorgenommenen Endrenovierung prüfen. In diesem Zusammenhang wäre auch auf §§ 548 Abs. 2, 215 BGB einzugehen.⁷

II. Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung gem. § 546a Abs. 1 BGB

V könnte gegen den M gem. § 546a Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die Monate August 2010 bis Januar 2011 haben. Das setzt jedoch voraus, dass M die Mietsache V über den 31.7.2010 hinaus vorenthalten hat.

Nach dem Sachverhalt hat M die Wohnung an V Ende Juli 2010 zurückgegeben, so dass auch ein Anspruch gem. § 546a Abs. 1 BGB ausscheidet.

B. Ansprüche des M gegen V auf Erstattung der Kosten für die Schönheitsreparaturen (Endrenovierung)

I. Schadensersatzanspruch, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB

Es könnte ein Schadensersatzanspruch des M gegen V gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB in Betracht kommen, indem V im Rahmen der vorvertraglichen Vertragsverhandlungen eine unwirksame Vertragsklausel in den Vertrag eingebracht hat.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH⁸, dass ein Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwendung unwirksamer Klauseln seine vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber seinem Vertragspartner verletzen und sich bei Verschulden diesem gegenüber schaden-

ersatzpflichtig machen kann, wenn der Vertragspartner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen tätigt. Auch im mietrechtlichen Schrifttum wird eine solche Schadensersatzpflicht angenommen, wenn der Vermieter gegenüber dem Mieter schuldhaft⁹ unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen über die Durchführung von Schönheitsreparaturen verwendet und der Mieter daraufhin in der irrigen Annahme der Wirksamkeit dieser Regelungen Renovierungsaufwendungen tätigt.¹⁰

Bei Abschluss des Mietvertrags am 1.2.2007 hatte der BGH über die Klausel zur Ausführungsart der Schönheitsreparaturen noch nicht entschieden. Das Urteil¹¹ datiert vom 28.3.2007. Mithin liegt in der Verwendung der Klausel durch V bei Abschluss des Mietvertrages keine schuldhafte Rücksichtnahmepflichtverletzung. Ein Schadensersatzanspruch des M gegen V gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB ist folglich nicht gegeben.

II. Aufwendungsersatzanspruch aufgrund Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB

Ein Anspruch wegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB scheidet am fehlenden Fremdgeschäftsführungswillen des M: Der Mieter wird – auch bei Vornahme einer Endrenovierung – nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig, wenn eine entsprechende Vertragsklausel die Grundlage für seine Handeln bildet.¹²

III. Bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB

In Betracht kommt aber ein Anspruch des M gegen V gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz für die erbrachte Renovierungsleistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

1. Bereicherungsgegenstand

V müsste zunächst einen vermögenswerten Vorteil erlangt haben.

Durch die Endrenovierung hat sich der Zustand und damit der Wert des Wohnraums verbessert, ohne dass V hierfür Zeit, Material- oder Lohnkosten aufwenden musste. Mithin hat er einen vermögenswerten Vorteil erlangt.

⁹ Siehe § 276 Abs. 1 BGB.

¹⁰ H. Schmid, WuM 2010, 191; Blank, in: Zivilrecht im Sozialstaat, Festschrift für Professor Dr. Peter Derleder, 2005, S. 189 (S. 198 ff.); Börstinghaus, WuM 2005, 675 (678); Lehmann-Richter, WuM 2005, 747; Sternel, ZMR 2008, 501; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl. 2008, I Rn. 268; Ehlert (Fn. 6), § 535 Rn. 196a; Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 4), § 535 Rn. 126; Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 535 Rn. 47a.

¹¹ BGH NJW 2007, 1743.

¹² BGH NJW 2009, 2590 (2591 f. m.w.N.).

⁷ Siehe hierzu unten Anspruch B. III.

⁸ BGH NJW 2009, 2590 mit Verweis auf BGHZ 99, 101 = BGH NJW 1987, 639; BGH NJW 1988, 197 = WM 1988, 56 (unter 3. a); BGH NJW 1984, 2816 = WM 1984, 986 (unter II. 5. a) bb).

2. Leistung des Mieters

Die Vermögensmehrung des V müsste durch eine bewusste und zweckgerichtete Leistung des M eingetreten sein. M hat bewusst den angemieteten Wohnraum einer Endrenovierung unterzogen und hierbei den Zweck verfolgt, den Zustand des im Eigentum des Vermieters stehenden Wohnraums zu verbessern. Folglich handelt es sich bei der Ausführung der Renovierung um eine bewusste und zweckgerichtete Leistung des M an V.

3. Fehlen eines Rechtsgrunds

M müsste diese Leistung rechtsgrundlos erbracht haben. Seine Leistung erfolgte rechtsgrundlos, wenn M zur Durchführung der Schönheitsreparaturen nicht verpflichtet war.

a) Verpflichtung aus dem Gesetz

Nach dem Gesetz besteht eine solche Verpflichtung des Mieters nicht. Vielmehr muss grds. der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchführen, §§ 535 Abs. 1 S. 2 Fall 2, 538 BGB.

b) Verpflichtung aus dem Mietvertrag

Die Verpflichtung des M könnte sich jedoch aus dem Mietvertrag vom 1.2.2007 ergeben. Dann müsste die in § 16 des Mietvertrags enthaltene Vereinbarung wirksam sein.

aa) Verstoß gegen gesetzliches Verbot

Die Abwälzung der Schönheitsreparaturpflicht auf den Mieter in § 16 S. 1 des Mietvertrags dürfte gegen kein gesetzliches Verbot verstoßen. § 535 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB, von dessen Regelung die Vertragsklausel abweicht, steht im allgemeinen Teil des Mietrechts. Nachteilsverbote gibt es fast ausschließlich im besonderen Teil der Wohnraummiete, §§ 549-577a BGB.¹³ § 535 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB ist also abdingbar. § 16 S. 1 des Mietvertrags verstößt mithin gegen kein gesetzliches Verbot.

bb) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

§ 16 des Mietvertrags könnte gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen.

(1) Vorliegen einer Formalklausel, § 305 Abs. 1 BGB

Bei den Klauseln in § 16 des Mietvertrags handelt es sich gem. § 305 Abs. 1 BGB um Formalklauseln, s.o.

(2) Wirksame Einbeziehung in den Vertrag, §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB

Die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB sind erfüllt, s.o.

Auch sind beide Klauseln in § 16 weder formal noch inhaltlich überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB; für eine formale Überraschung bestehen vorliegend keine Hinweise, und es erscheint auch nicht inhaltlich überraschend, dass der Vermieter die Schönheitsreparaturpflicht auf den

Mieter abwälzt. In der Praxis glauben die meisten Mieter, schon kraft Gesetzes zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet zu sein.

Mithin sind beide Klauseln in § 16 des Mietvertrags gem. §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB wirksam in den Mietvertrag einbezogen worden.

(3) Inhaltskontrolle

(a) Unwirksamkeit gem. §§ 308, 309 BGB

Eine inhaltliche Unwirksamkeit ergibt sich nicht aus §§ 308, 309 BGB.

(b) Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Klauseln in § 16 des Mietvertrags könnten gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen und in der Folge unwirksam sein. Dann müsste die Schönheitsreparaturklausel in Verbindung mit der Ausführungsklausel eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung des Mieters enthalten. Um das Vorliegen einer solchen, unangemessenen Benachteiligung beurteilen zu können, muss zunächst der genaue Inhalt der Vertragsklauseln ermittelt werden.

Bei der Auslegung der Klausel des § 16 S. 2 ist unklar, was genau vom Begriff der „gewählten Ausführungsart“ umfasst ist. Dieser Begriff kann sich nur auf die Grundausstattung des Wohnraums beziehen, auf die Ausgestaltung der Schönheitsreparaturen im Einzelnen oder auf beides.¹⁴ Es wäre also möglich, dass der Mieter nur nicht Tapeten durch eine Holzvertäfelung oder durch Putz ersetzen darf; ebenso könnte bereits das Streichen einer ursprünglich weißen Wand etwa in Orange oder Beige durch die Klausel untersagt sein.

Gem. § 305c Abs. 2 BGB gehen Unklarheiten bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders, so dass für die Prüfung der Wirksamkeit der Klausel von ihrer kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen ist, also von dem Verbot jeglicher Abweichung von der ursprünglichen Gestaltung des Wohnraums bei Einzug des Mieters.

Bei dieser Auslegung könnten die Klauseln in § 16 des Mietvertrags gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen.

Ein Zustimmungsvorbehalt für jegliche Abweichung von der bisherigen „Ausführungsart“ – beispielsweise die Wahl eines abweichenden Farbtons des Wand- oder Deckenanstrichs oder einer anderen Tapetenart – würde den Mieter bei Durchführung der Schönheitsreparaturen im bestehenden Mietverhältnis unangemessen in der Möglichkeit beschränken, sich in der Mietwohnung nach seinem Geschmack einzurichten, ohne dass für eine so weitgehende Beschränkung ein anerkanntes Interesse des Vermieters zu erkennen ist.¹⁵ Ob eine solche Klausel zulässig sein kann, wenn sie sich ausschließlich auf eventuell durch den Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses fällige Schönheitsreparaturen bezieht, kann hier offen bleiben, denn die vom Vermieter verwendete Klausel enthält eine solche zeitliche Einschränkung nicht und gilt mithin auch für Schönheitsreparaturen während des lau-

¹³ Ausnahme: § 536 Abs. 4 BGB, der zwar im Allgemeinen Teil steht, aber auch nur für die Wohnraummiete gilt.

¹⁴ BGH NJW 2007, 1743.

¹⁵ BGH NJW 2007, 1743.

fenden Mietverhältnisses. Darin liegt jedenfalls eine unangemessene Benachteiligung des Mieters entgegen den Geboten von Treu und Glauben, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Mithin ist jedenfalls die Klausel des § 16 S. 2 unwirksam.

(4) Rechtsfolge, § 306 BGB

Es fragt sich, welche Auswirkungen die Unwirksamkeit der Klausel des § 16 S. 2 auf die in Satz 1 enthaltene, grundsätzliche Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen hat. Grundsätzlich bleibt gem. § 306 Abs. 1 BGB der Mietvertrag im Übrigen wirksam, allerdings tritt gem. § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle der unwirksamen Vertragsklauseln die einschlägige gesetzliche Regelung. Es fragt sich also, was hier die unwirksame Klausel ist, nur Satz 2 oder die gesamte Regelung in § 16 des Mietvertrages. § 306 Abs. 1 BGB liegt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zugrunde.¹⁶ Das bedeutet, dass eine Klausel grundsätzlich vollständig unwirksam ist und nicht auf einen gerade noch wirksamen Teil reduziert werden darf. Das ist das Risiko des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Etwas anderes gilt nur bei trennbaren Klauseln. Trennbar sind Klauseln nur dann, wenn der verbleibende Teil zum einen sprachlich verständlich bleibt und die Streichung des unwirksamen Teils zu keiner inhaltlichen Veränderung führt.

Zwar ließe sich die den Mieter unangemessen benachteiligende Beschränkung seiner Gestaltungsmöglichkeit in Satz 2 durch die Streichung dieses Satzes beseitigen. Dies wäre indessen eine inhaltliche Veränderung der dem Mieter auferlegten Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen und damit der Sache nach eine geltungserhaltende Reduktion der unangemessenen Formularvertragsregelung, die auch dann nicht zulässig ist, wenn die Verpflichtung als solche und ihre inhaltliche Ausgestaltung wie hier in zwei verschiedenen Klauseln enthalten sind. Denn die – bei isolierter Betrachtung unbedenkliche – Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen wird durch die Festlegung auf die bisherige „Ausführungsart“ in ihrer dem Mieter ungünstigsten Auslegung inhaltlich dahin ausgestaltet, dass der Mieter sich strikt an die bisherige „Ausführungsart“ zu halten hat, wenn er nicht für jede Abweichung um Zustimmung des Klägers nachsuchen will oder wenn die Zustimmung verweigert wird.¹⁷ Die Verpflichtung des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen stellt eine einheitliche Rechtspflicht dar. Ist diese Pflicht formularvertraglich so ausgestaltet, dass sie hinsichtlich der zeitlichen Modalitäten, der Ausführungsart oder des gegenständlichen Umfangs der Schönheitsreparaturen den Mieter übermäßig belastet, so ist die Klausel nicht nur insoweit, sondern insgesamt wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.¹⁸

c) Ergebnis zum Fehlen eines Rechtsgrunds

M hat rechtsgrundlos geleistet.

4. Rechtsfolge

Fraglich ist, was V herausgeben muss.

a) Materialkosten

Mangels Möglichkeit der Herausgabe von Eigentum und Besitz an der verstrichenen Farbe hat V dem M gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz für dessen Materialkosten in Höhe von 150,- € zu leisten.

b) Erbrachte Arbeitsleistung

In Betracht kommt weiterhin gem. § 818 Abs. 2 BGB die Leistung von Wertersatz für die erbrachte Arbeitsleistung des M, wobei sich die Folgefrage stellt, ob M nur den Ersatz eines gewissen Werts seiner Eigenleistung beanspruchen kann, oder ob – bei fachgerechter Ausführung der Renovierung – der Kostenvoranschlag des Fachhandwerkers für die Ermittlung der Höhe des Wertersatzanspruchs zugrunde gelegt werden darf.

Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁹ bemisst sich bei rechtsgrundlos erbrachten Dienst- oder (nicht verkörperten) Werkleistungen der Wert der herauszugebenden Bereicherung grundsätzlich nach dem Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung. Eine solche Bemessung kann auch bei verkörperten Werkleistungen angebracht sein. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass der Mieter bei der Ausführung von Schönheitsreparaturen vielfach von der im Mietvertrag regelmäßig eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen wird, die Arbeiten in Eigenleistung zu erledigen oder sie durch Verwandte und Bekannte erledigen zu lassen. In diesem – auch hier gegebenen – Fall bemisst sich der Wert der Dekorationsleistungen üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen.²⁰ Hätte M einen Verwandten oder Bekannten mit der Ausführung der Endrenovierung beauftragt, ist zu unterstellen, dass auch dieser – so wie M selbst – zehn Arbeitsstunden für das Streichen aufgewendet hätte. Legt man einen als angemessen und für private Aushilfsarbeiten üblich erscheinenden Stundenlohn von etwa 10,- € zu Grunde, ergibt sich ein anzusetzender Wert der Arbeitsleistung des M von etwa 100,- €.

Folglich muss V dem M gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz für dessen erbrachte Arbeitsleistung in Höhe von etwa 100,- € leisten.

5. Zwischenergebnis

Es ist ein Anspruch des M gegen V gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB in Höhe von etwa 250,-€ entstanden.

6. Durchsetzbarkeit

Die Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte gehemmt sein. V beruft sich auf das Leistungsverweigerungsrecht der Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB. Dieses Leistungsverweigerungs-

¹⁶ BGHZ 84, 114.

¹⁷ BGH NJW 2007, 1743.

¹⁸ BGH NJW 2010, 674; BGH NJW 2009, 1408.

¹⁹ BGH NJW 2009, 2590 (2592).

²⁰ BGH NJW 2009, 2590 (2592).

recht müsste ihm zustehen. Dann müsste der Wertersatzanspruch des M aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB verjährt sein.

Es fragt sich, was die hier maßgebliche Verjährungsfrist ist. In Betracht kommt die Regelverjährungsfrist des § 195 BGB oder die spezielle mietrechtliche Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB.

§ 548 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass es sich bei der Vornahme der Schönheitsreparaturen um Aufwendungen des Mieters handelt.

Aufwendungen im Sinne der Vorschrift sind alle Verwendungen, die dem Grundstück zugute kommen. Hierzu zählen als Verbesserungsmaßnahmen auch Schönheitsreparaturen. Daran ändert die Motivation des Mieters – hier seine irri- ge Annahme, zur Ausführung verpflichtet zu sein – nichts.²¹ Mit- hin richtet sich die Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 2 BGB.

Die Verjährungsfrist beginnt demnach mit der – rechtlichen – Beendigung des Mietverhältnisses, also mit Ablauf des 31.7.2010, §§ 548 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB. Sie endet sechs Monate später mit Ablauf des 31.1.2011, § 188 Abs. 2 BGB, es sei denn sie wurde gehemmt, §§ 203 ff. BGB, oder hätte neu begonnen. Für einen Neubeginn bestehen keine Hinweise. Gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Frist durch Klageer- hebung gehemmt. M hat jedoch keine Klage vor Eintritt der Verjährung erhoben oder eine andere Hemmungshandlung bewirkt. Insb. greift auch § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB, die Gel- tendmachung der Aufrechnung des Anspruchs des Mieters im Prozess, hier nicht. Der Anspruch des M ist folglich verjährt. V beruft sich zu Recht auf das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 214 Abs. 1 BGB, so dass die Durchsetzbarkeit des Anspruchs des M dauerhaft gehemmt ist.

Anmerkung: Wer unter „A.“ einen Zahlungsanspruch des V für die Mieten August 2010 bis Januar 2011 angenom- men hat, musste hier im Rahmen der Verjährung § 215 BGB prüfen. Die Ansprüche von M und V standen sich erstmals im August 2010 aufrechenbar gegenüber. In dem Zeitpunkt war der bereicherungsrechtliche Anspruch des M noch nicht verjährt, so dass eine Aufrechnung trotz Verjährung auch jetzt noch möglich wäre. Es würde dann der Zahlungsanspruch des V in Höhe von ca. 250,- € erlö- schen, so dass im Ergebnis noch Mietzahlungs- und Be- triebskostenvorauszahlungsansprüche des V in Höhe von 3350,- € fortbeständen.

7. Ergebnis

Der Anspruch des M ist zwar gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB in Höhe von 250,- € entstanden, aber nicht durchsetzbar.

C. Ergebnis

Die Parteien haben nach hier vertretener Ansicht wechselsei- tig keine Ansprüche mehr.

²¹ BGH NJW 2011, 1866.

Übungsfall: Der verfrühte Deckungskauf

Von Ass. Jur. Roy Dörnhofer, Austin (Texas)*

Sachverhalt

Der mit Gartenmöbeln handelnde Kaufmann K wollte wegen häufiger Nachfrage seiner Kunden einige kleine Pavillons für den anstehenden Sommer erwerben. Nach einer kurzen Recherche im Internet fand er die V-GmbH, die als Großhändler mit Gartenlauben und Pavillons handelte und ihren Firmensitz in der Nähe des K hatte. In einer E-Mail vom 4.6.2012 fragte er deshalb an, ob die V-GmbH eine kleinere Menge an Pavillons aus Massivholz in der Größe von 3 x 3 m im Angebot habe und ob sie gegebenenfalls ein Angebot machen und eine kurzfristige Auslieferung durchführen könne. Daraufhin antwortete der G als Geschäftsführer der V-GmbH in einer E-Mail vom 8.6.2012, dass er dem K zehn Pavillons der Marke X aus Massivholz mit Dach in der gewünschten Größe zu einem Preis von 700 € je Stück „freibleibend anbiete“, wobei die Anlieferung kostenfrei erfolgen könne. Nachdem der K sich die Sache kurz überlegt hatte, schrieb er in einer E-Mail vom 11.6.2012, dass er das Angebot annehme und der Auslieferung entgegenstehe. Am 25.6.2012 schrieb der G zurück, dass er aufgrund von Engpässen in der Lieferung der Pavillons seine vorhergehende E-Mail widerrufe. Noch am selben Tag bestand der K in einer weiteren E-Mail auf der Erfüllung des Vertrags und setzte der V-GmbH eine Frist zur Lieferung bis zum 9.7.2012. Da er allerdings befürchtete, das Sommerwetter werde nicht mehr lange halten und der Absatz könne sich deshalb schwierig gestalten, kaufte sich der K bereits am 2.7.2012 zehn Pavillons desselben Modells von einem anderen Großhändler, wofür er jedoch einen Preis von 800 € pro Stück zahlen musste. Als die Frist fruchtlos abgelaufen war, verlangte der K am 10.7.2012 von der V-GmbH Schadensersatz i.H.v. 1000 €, die er zusätzlich aufwenden musste, um die Pavillons zu erhalten.

Zu Recht?

Lösung

I. Anspruch auf Zahlung der Mehrkosten gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB

Der K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. 1000 € gegen die V-GmbH haben, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB.

1. Schuldverhältnis

Zunächst müsste zwischen K und der V-GmbH ein Schuldverhältnis bestanden haben. Hier kommt ein Kaufvertrag über zehn Pavillons der Marke X in Betracht, § 433 BGB. Ein Kaufvertrag kommt durch zwei sich inhaltlich deckende und aufeinander bezogene Willenserklärungen in der Form von Angebot und Annahme zustande, §§ 145, 147 BGB. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Parteien sich in ihren E-Mails durch Angebot und Annahme geeinigt haben.

* Der Verf. war als Richter am Landgericht im Rahmen einer Abordnung in einem Zivilsenat am Oberlandesgericht Dresden tätig.

a) Angebot des K

In der E-Mail des K vom 4.6.2012 könnte ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags liegen. Das Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem anderen zugehen muss und bei welcher der Gegenstand und der Inhalt des Vertrags so bestimmt angegeben werden müssen, dass die Annahme durch ein einfaches Ja erfolgen kann.¹ Die Abgrenzung zu einer bloßen Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (*invitatio ad offerendum*), bei der es an einem Rechtsbindungswillen fehlt, erfolgt dabei vom objektivem Empfängerhorizont nach §§ 133, 157 BGB.

Bei der Anfrage des K war allerdings noch völlig unklar, ob die V-GmbH überhaupt Pavillons in der gewünschten Größe in ihrem Verkaufsangebot hatte und in welcher Zahl sie gegebenenfalls liefern könne. Auch war nicht ersichtlich, wie hoch der Kaufpreis dafür sein sollte. Somit waren die wesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) des Kaufvertrags in dieser E-Mail noch nicht enthalten. Ein objektiver Empfänger der Nachricht musste deshalb annehmen, dass der K lediglich zur Abgabe eines Angebots seitens der V-GmbH aufgefordert und selbst kein verbindliches Angebot abgegeben hatte.

b) Angebot der V-GmbH

Es könnte aber ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über zehn Pavillons in der E-Mail des G vom 8.6.2012 liegen. Die V-GmbH als Gesellschaft wurde durch ihren Geschäftsführer vertreten, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG, sodass der G also wirksam als Vertreter Erklärungen abgeben konnte, die für und gegen die GmbH Wirkung entfalteten. Fraglich ist allerdings, ob der G bereits ein Angebot abgeben wollte, da er dem K ausdrücklich erklärte, dass er die Lieferung der Pavillons „freibleibend anbiete“. Insofern könnte auch eine bloße *invitatio ad offerendum* in Betracht kommen, bei der es an einem Rechtsbindungswillen fehlt, sodass kein wirksames Angebot gegeben wäre.² In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wie die Klausel „freibleibend“ im Handelsverkehr zu werten ist. So wäre denkbar, dass lediglich eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vorliegt oder aber bereits ein Angebot, bei dem der Erklärende die Gebundenheit an seinen Antrag nach § 145 Hs. 2 BGB ausgeschlossen hat. Auch könnte ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart worden sein.

Einigkeit besteht bei diesem Streit aber insoweit, als die Ermittlung der rechtlichen Einordnung der Klausel durch Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont aus zu erfolgen hat.³

¹ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 145 Rn. 1; *Brox/Walker*, BGB AT, 35. Aufl. 2011, Rn. 165.

² *Fritzsche*, JA 2006, 674 (675).

³ *Ellenberger* (Fn. 1), § 145 Rn. 4; *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 365; *Brox/Walker* (Fn. 1), Rn. 169; *Fritzsche*, JA 2006, 674 (676).

aa) Invitatio ad offerendum

Nach einer Ansicht sei die Klausel regelmäßig nur als *invitatio ad offerendum* anzusehen.⁴ Durch die Verwendung des Begriffs „freibleibend“ habe der Erklärende hinreichend deutlich gemacht, dass er keinen Rechtsbindungswillen habe, sondern in seiner Entscheidung über einen Antrag frei bleiben wolle. Dann müsse der Erklärende aber unverzüglich nach Zugang eines Angebots auf dieses reagieren, da ansonsten sein Schweigen kraft Handelsbrauchs nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB als Annahme wirke und er damit vertraglich gebunden sei.⁵ Unverzüglich bedeutet nach der Legaldefinition des § 122 Abs. 1 S. 1 BGB ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Dazu gehört eine angemessene Zeit zur Prüfung, Überlegung und Entscheidung unter Berücksichtigung der Interessen des Gegners.⁶ Nachdem der G für die V-GmbH auf die E-Mail des K vom 11.6.2012 aber erst am 25.6.2012, also zwei Wochen später, ablehnend geantwortet hatte, kann nicht mehr von einer unverzüglichen Ablehnung des Vertrags ausgegangen werden. Besonders im Handelsverkehr, an dem zwei Kaufleute beteiligt sind, kann ein schnelles Reagieren auf rechtsgeschäftliche Handlungen erwartet werden (s. etwa §§ 362, 377 HGB). Bei Zugrundelegung dieser Ansicht könnte die V-GmbH bei einer Annahmeerklärung seitens des K also vertraglich gebunden sein.

bb) Angebot mit Widerrufsvorbehalt

Nach anderer Ansicht handele es sich bei der Erklärung in der Regel um ein Angebot mit einem Widerrufsvorbehalt.⁷ Auch nach dieser Meinung könnte somit zunächst eine vertragliche Bindung der V-GmbH vorliegen, falls der K den Antrag angenommen und sie ihr Angebot nicht rechtzeitig widerrufen hat.

cc) Vertragliches Rücktrittsrecht

Letztlich wird auch vertreten, dass in der Formulierung ein vertragliches Angebot liege, worin zugleich der Wille zur Einräumung eines vertraglichen Rücktrittsrechts gesehen werden könne. Ein solches Rücktrittsrecht solle aber nur dann angenommen werden können, wenn der Verkäufer seine Lieferpflicht von seiner Leistungsfähigkeit abhängig machen wollen, also wenn er somit „das letzte Wort“ habe behalten wollen.⁸ Auch nach dieser Ansicht sei allerdings wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB eine unverzügliche Erklärung über den Rücktritt erforderlich. Wie oben dargelegt, war die dann als Rücktritt auszulegende Er-

klärung des G, seine frühere E-Mail zu widerrufen, jedoch nicht mehr unverzüglich erfolgt. Damit läge nach dieser Ansicht eine vertragliche Bindung der V-GmbH vor.

dd) Auslegung

Im konkreten Fall muss somit eine Auslegung der E-Mail des G vorgenommen werden, da es ganz auf den Einzelfall ankommt, was tatsächlich erklärt wurde. Es ist also zu fragen, wie der K die Erklärung des G vom objektiven Empfängerhorizont aus betrachtet verstehen durfte, §§ 133, 157 BGB. Vorliegend ist zu beachten, dass der K in seiner E-Mail vom 4.6.2012 als erster Kontakt mit der V-GmbH aufgenommen und um Informationen und gegebenenfalls ein Angebot hinsichtlich der Lieferung von Pavillons gebeten hatte. Insofern hatte er bereits eine *invitatio ad offerendum* abgegeben, weshalb die darauf erfolgende Erklärung nicht wiederum als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots angesehen werden kann.⁹ Des Weiteren hatte der K in seiner Anfrage bei der V-GmbH zweifelsfrei erkennen lassen, dass er ein Angebot erwarte. So hatte er auch ausdrücklich erklärt, dass er bei Vorhandensein einer geeigneten Ware und kurzfristiger Liefermöglichkeit ein Angebot wünsche. Aus seiner objektivierten Sicht durfte er dann in der Antwort von einem Angebot ausgehen. Letztlich hatte der G zudem ausdrücklich das Wort „anbieten“ in seiner E-Mail verwendet. Der K durfte insofern annehmen, dass der G eine im Handelsverkehr zu erwartende Sorgfalt bei seiner Wortwahl beachtete, zumal die V-GmbH ein Formkaufmann nach § 6 Abs. 1 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG war und der Abschluss eines Handelsgeschäfts nach § 343 Abs. 1 HGB angestrebt war. Nachdem der G in seiner Erklärung für die V-GmbH vom 8.6.2012 nicht deutlich gemacht hatte, dass er zunächst seinen eigenen Warenbestand auf eine Verfügbarkeit der Ware prüfen müsse, hatte er seine Leistungspflicht auch nicht von seiner Leistungsfähigkeit abhängig gemacht. Deshalb kann schon nicht von der Vereinbarung eines vertraglichen Rücktrittsrechts ausgegangen werden. Im Übrigen wäre der Rücktritt auch nicht mehr unverzüglich erfolgt (s.o.).

Somit ist nach Auslegung davon auszugehen, dass der G für die V-GmbH ein Angebot mit Widerrufsvorbehalt abgegeben hat, § 145 HS. 2 BGB.

c) Annahme durch K

In seiner E-Mail vom 11.6.2012 hatte der K dieses Angebot der V-GmbH auch ausdrücklich angenommen und erklärt, dass er auf die Auslieferung warte.

d) Widerruf durch V-GmbH

Fraglich ist, ob die V-GmbH ihr Angebot rechtzeitig widerrufen hat. Wenn man der zuvor durchgeführten Auslegung folgt und die Klausel des Freibleibens als Angebot mit Widerrufsvorbehalt auslegt, könnte die V-GmbH ihre vertragliche Bindung durch einen Widerruf beseitigt haben. So hatte auch der G in seiner E-Mail vom 25.6.2012 erklärt, dass er seine frühere E-Mail widerrufe. Allerdings kann ein solches Angebot nach wohl überwiegender Meinung nur bis zum Zugang der

⁴ Vgl. RGZ 102, 227 (229 f.); BGH NJW 1958, 1628 (1629); Lindacher, DB 1992, 1813 (1814); OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.7.2010 – I-24 U 233/09, Rn. 14 (juris).

⁵ S. RGZ 102, 227 (229 f.); Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 29 Rn. 29.

⁶ S. Jauernig, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 121 Rn. 3.

⁷ S. BGH NJW 84, 1885 (1886); Medicus (Fn. 3), Rn. 366; s.a. Brox/Walker (Fn. 1), Rn. 169; Ellenberger (Fn. 1), § 145 Rn. 4; Flume, BGB AT, 4. Aufl. 1994, § 35 I 3 c.

⁸ Bork, BGB AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 725.

⁹ BGH NJW 1984, 1885 (1886).

Annahmeerklärung widerrufen werden.¹⁰ Hier hatte der K in seiner E-Mail vom 11.6.2012 bereits die Annahme erklärt, die der V-GmbH auch zugegangen ist, sodass der Widerruf durch den G zu spät kam. Bei Zugrundelegung dieser Ansicht ist deshalb eine vertragliche Bindung gegeben.

Eine andere Ansicht in der Literatur will aber den Widerruf auch noch nach dem Zugang der Annahmeerklärung zulassen, allerdings nur, falls der Widerruf unverzüglich erfolge. Der Antragende habe erkennbar seine Bindung wegen einer Ungewissheit ausschließen wollen, die bis zum Zugang der Annahme andauere, sodass es nicht seinen Interessen entspreche, die Widerrufsmöglichkeit von einem Ereignis außerhalb seines Einflussbereichs abhängig zu machen.¹¹ Wie oben dargelegt, bedeutet „unverzüglich“ ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Hier hatte der G zwei Wochen gewartet, bis er den Widerruf erklärte, ohne dass ein Grund für diese Verzögerung ersichtlich wäre. Allein die Tatsache, dass es Engpässe bei der Lieferung gab, vermag nicht zu erklären, warum der G mit seiner E-Mail so lange zugewartet hatte. Unter Berücksichtigung der Interessen des K auf zügige Mitteilung eines etwaigen Widerrufs wäre deshalb auch nach dieser Meinung eine vertragliche Bindung der V-GmbH gegeben.

e) Zwischenergebnis

Zwischen den Parteien liegen damit zwei inhaltlich übereinstimmende und sich aufeinander beziehende Willenserklärungen in der Form von Angebot und Annahme vor, weshalb ein Kaufvertrag über zehn Pavillons der Marke X zum Preis von 700 € zustande gekommen ist, § 433 BGB.

2. Pflichtverletzung

Die V-GmbH müsste nun eine hauptleistungsbezogene Pflicht aus diesem Kaufvertrag verletzt haben. Sie hatte hier die Pflicht, die Auslieferung der Pavillons rechtzeitig zu erbringen. Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken, § 271 Abs. 1 BGB. Nachdem die Parteien vorliegend keine anderslautenden Vereinbarungen getroffen hatten und sich auch aus den Umständen nichts anderes ergab, war die Leistung der V-GmbH damit sofort fällig. Da sie aber die Pavillons nicht geliefert hatte, lag eine Pflichtverletzung vor.

Etwas anderes könnte sich jedoch dann ergeben, wenn der V-GmbH die Lieferung unmöglich gewesen wäre gem. § 275 Abs. 1 BGB, weil dann die Leistung nicht mehr fällig sein könnte und Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB nicht mehr einschlägig wäre. Hier hatte der K sich am 2.7.2012 zehn Pavillons der Marke X bei einem anderen Händler gekauft, sodass man annehmen könnte, die Leistung sei nun nicht mehr möglich gewesen, da sein Erfül-

lungsinteresse bereits befriedigt war. Allerdings hatten die Parteien vorliegend einen Gattungskauf geschlossen, da die Pavillons als Leistungsgegenstand nur nach gemeinschaftlichen Merkmalen festgelegt waren, § 243 Abs. 1 BGB. Aus diesem Vertrag war die V-GmbH zur Lieferung von zehn Stück Handelsgut mittlerer Art und Güte verpflichtet, § 360 HGB. In einem solchen Fall tritt keine Unmöglichkeit ein, wenn der Käufer sich Stücke der Gattung anderweitig beschafft, da die ursprüngliche Lieferung durchaus noch erfolgen kann.¹²

Somit bleibt es bei der Pflichtverletzung seitens der V-GmbH.

3. Vertretenmüssen

Diese Pflichtverletzung durch Nichtleistung müsste die V-GmbH nun nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten haben. Grundsätzlich hat der Schuldner nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei Fahrlässigkeit dann gegeben ist, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wurde, § 276 Abs. 2 BGB. Im Wege einer Beweislastumkehr wird das Verschulden hier nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Möglicherweise kommt es aber gar nicht auf ein Verschulden der V-GmbH an.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die V-GmbH wegen Engpässen bei der Lieferung keine Pavillons der Marke X auf Lager hatte, die sie an den K hätte ausliefern können. Allerdings hatte sie ihre Leistungsverpflichtung in dem Kaufvertrag auch nicht auf eine Vorratsschuld beschränkt, sodass vom Vorliegen einer marktbezogenen Gattungsschuld auszugehen ist. Damit hatte sie sich zur Lieferung aus dieser Gattung unabhängig von ihrem eigenen Lagerbestand verpflichtet und musste das Beschaffungsrisiko nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB losgelöst von einem Verschulden tragen.

Die V-GmbH hat ihre Nichtleistung deshalb zu vertreten.

4. Fristsetzung

Der K müsste des Weiteren der V-GmbH eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt haben.

a) Entbehrlichkeit, § 281 Abs. 2 BGB

Fraglich ist zunächst, ob eine Fristsetzung entbehrlich war, da der G den Widerruf des Vertragsangebots erklärt hatte. Die Fristsetzung ist nämlich entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, § 281 Abs. 2 BGB. In dem Widerruf könnte eine solche Verweigerung der Leistung liegen. Nach der Rechtsprechung des BGH müssen dafür Umstände gegeben sein, welche die Annahme rechtfertigen, der Schuldner werde seinen Verpflichtungen unter keinen Umständen nachkommen und es muss ausgeschlossen erscheinen, dass er sich durch eine Fristsetzung umstimmen lassen werde.¹³ Falls aber Zweifel bestehen blieben, müsse eine Fristsetzung erfolgen.¹⁴ Im Sachverhalt sind für eine solche

¹⁰ *Ellenberger* (Fn. 1), § 145 Rn. 4; *Jauernig* (Fn. 6), § 145 Rn. 5; s.a. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 145 Rn. 7 ff.

¹¹ *Medicus* (Fn. 3), Rn. 366; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 17. Aufl. 2011, § 19 Rn. 9; *Fritzsche*, JA 2006, 674 (676); *Lindacher*, DB 1992, 1813 (1814).

¹² *Faust*, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 239 (S. 253).

¹³ BGH NJW 2011, 2872 Rn. 14.

¹⁴ BGH NJW 1987, 251 (253).

Leistungsverweigerung keine Anhaltspunkte gegeben. Allein der Widerruf des Angebots ist nach den strengen Anforderungen in der Rechtsprechung nicht ausreichend. Demnach war eine Fristsetzung seitens des K erforderlich.

b) Frist gesetzt

In seiner E-Mail vom 25.6.2012 hatte der K eine zweiwöchige Nachfrist gesetzt, die bis zum 9.7.2012 lief. Diese Frist müsste nun angemessen gewesen sein. Bei der Beurteilung der Frist als angemessen muss der Schuldner in die Lage versetzt werden, die bereits in Angriff genommene Leistung zu vollenden.¹⁵ Hier handelte es sich um eine einfache Lieferung von Handelsware, die auch unschwer am Markt besorgt werden konnte, wie sich aus der Tatsache ergibt, dass auch der K sich die Pavillons noch innerhalb der Frist anderweitig beschaffen konnte. Dementsprechend erscheint die vom K gesetzte Frist in diesem Sinn angemessen, um der V-GmbH eine letzte Chance zur Leistung zu geben.

5. Ablauf der Nachfrist

Die V-GmbH hatte bis zum 9.7.2012 keine Pavillons geliefert, sodass die ihr gesetzte Frist fruchtlos ablief. Der K hatte am 10.7.2012 dann auch einen Anspruch auf Schadensersatz gelten gemacht, § 281 Abs. 4 BGB.

6. Schadensersatz statt der Leistung

Die V-GmbH war somit grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet. Nach der Differenzhypothese war ein Vergleich der tatsächlichen mit der hypothetischen Vermögenslage ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses durchzuführen,¹⁶ sodass der K verlangen konnte, so gestellt zu werden, wie er bei gehöriger Erfüllung stehen würde.

a) Konkrete Schadensermittlung

Grundsätzlich muss der Schaden konkret bestimmt werden, also ist zu ermitteln, wie sich das Vermögen des K bei ordnungsgemäßer Erfüllung darstellen würde und wie es nun tatsächlich aussieht. Vorliegend hatte der K einen Deckungskauf vorgenommen und sich die Pavillons anderweitig verschafft, wobei er seine Mehraufwendungen konkret mit 1000 € beziffert hatte. Da ihm diese Mehrkosten nicht entstanden wären, wenn die V-GmbH ordentlich erfüllt hätte, wäre dem K dieser Schaden vom Grundsatz her zu erstatten.

b) Vorzeitiger Deckungskauf

Problematisch ist im vorliegenden Fall allerdings, dass der K schon am 2.7.2012 den Deckungskauf getätigt hat, also noch vor Ablauf der Nachfrist am 9.7.2012 und vor der Geltendmachung des Schadensersatzes gegenüber der V-GmbH. Erst ab dem Zeitpunkt des Verlangens von Schadensersatz erlischt der Erfüllungsanspruch und wird durch einen Schadensersatzanspruch ersetzt, § 281 Abs. 4 BGB. Der Erfüllungsanspruch und ein geltend gemachter Schadensersatz statt der Leistung

sind ausweislich der Vorschrift des § 281 Abs. 4 BGB nicht nebeneinander möglich. Wie die Fälle des vorzeitigen Deckungsgeschäfts in diesem Zusammenhang rechtlich einzuordnen sind, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Es kommt dabei darauf an, wie der Schadensersatz statt der Leistung von dem Schadensersatz neben der Leistung zu unterscheiden ist.

aa) Schadensersatz statt der Leistung

Nach allgemeiner Ansicht in der Literatur erfolgt die Abgrenzung der verschiedenen Schadensarten nach den geltend gemachten Schadensposten.¹⁷ Entsprechend der h.M. in der Literatur können nur die Schäden dem Schadensersatz statt der Leistung zugerechnet werden, die ausschließlich auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen sind, die also durch eine hypothetische Nacherfüllung zum letztmöglichen Zeitpunkt noch behoben werden könnten.¹⁸

Der hier vom K am 2.7.2012 vorgenommene Deckungskauf erfolgte aber noch vor dem Schadensersatzverlangen und sogar noch vor dem Fristablauf und ist deshalb bereits endgültig eingetreten, sodass er durch eine Nacherfüllung zum letztmöglichen Zeitpunkt nicht mehr entfallen konnte. Insofern kann der K diesen Schaden nicht als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB geltend machen.

bb) Schadensersatz neben der Leistung

In Betracht käme deshalb allenfalls ein Schadensersatz neben der Leistung. So wird auch von einer Mindermeinung in der Literatur das vorzeitige Deckungsgeschäft als Schadensersatz neben der Leistung eingeordnet und es unter bestimmten Bedingungen nach den §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB für erstattungsfähig gehalten.¹⁹ Zur Begründung wird angeführt, dass sich aus dem Gesetz nicht ergebe, dass das Erfüllungsinteresse nicht im Wege des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung befriedigt werden dürfe. Es liege ein Fall der psychisch vermittelten Kausalität vor, da die Kosten des vorzeitigen Deckungsgeschäfts auf einer eigenen Handlung des Gläubigers beruhten, sodass ein Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB dann gegeben sei, wenn der Gläubiger sich zu der Handlung habe herausgefordert fühlen dürfen. Vor Ablauf der Nachfrist müsse er aber die Leistung noch als Erfüllung entgegennehmen, sodass er bis zum Fristablauf warten müsse, da er dann das Recht des Schuldners, die Leistung zu erbringen, vernichten könne.²⁰ Nach dieser

¹⁷ Stadler, in: Jauernig (Fn. 6), § 280 Rn. 4.

¹⁸ Schulze/Ebers, JuS 2004, 265 (268); Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 10), § 280 Rn. 66; Schulze, in: Handkommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 280 Rn. 4; Ostendorf, NJW 2010, 2833 (2835); Klöhn, JZ 2004, 46 (47); Tiedke/Schmidt, BB 2005, 615 (617); Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); Grüneberg, in: Palandt (Fn. 1), § 280 Rn. 18.

¹⁹ Lorenz, in: Häublein/Lutz, Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, 2012, S. 147 (S. 155).

²⁰ Lorenz (Fn. 19), S. 159 ff.

¹⁵ BGH NJW 1995, 320 (323).

¹⁶ Vgl. BGH NJW 2012, 601 (602); BGH NJW 2011, 1962 (1963).

Auffassung hätte sich der K vorliegend jedoch nicht vor Ablauf der Nachfrist anderweitig eindecken dürfen, da er sich nicht dazu herausgefordert fühlen durfte. Als Ausnahme lässt diese Mindermeinung einen vorzeitigen Deckungskauf vor Fristablauf dennoch zu, wenn die Kosten den ansonsten eintretenden Verzögerungsschaden unterschritten.²¹ Dem Sachverhalt ist aber nicht zu entnehmen, dass größere Schäden eingetreten wären, wenn der K nicht das verfrühte Deckungsgeschäft getätigt hätte. Damit wären die Mehrkosten des Deckungskaufs auch nach der Mindermeinung nicht als Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB zu ersetzen.

Nach der h.M. sei ein solches verfrühtes Deckungsgeschäft nicht als Verzögerungsschaden neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig, da es entsprechend der Systematik des Gesetzes nur als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden könne und ausschließlich das Erfüllungsinteresse betroffen sei. Die Aufwendungen zum Ausgleich eines Leistungsdefizits seien nur nach §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 3, 281 BGB ersetzbar, da das Interesse des Gläubigers an der Naturalleistung schon befriedigt worden sei und deshalb nicht mehr durch den Schuldner befriedigt werden könne. In den Vorschriften der §§ 280-283 BGB werde deutlich, dass der Gesetzgeber eine anderweitige Eindeckung seitens des Gläubigers nur dann habe zulassen wollen, wenn Unmöglichkeit eingetreten, Schadensersatz nach § 281 Abs. 4 BGB erklärt oder zurückgetreten worden sei, sodass der Gläubiger das vorzeitige Deckungsgeschäft nicht durch den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung auf den Schuldner abwälzen dürfe.²² Auch nach dieser Auffassung könnte der K seine Mehrkosten aus dem Deckungskauf i.R.e. Schadensersatzes neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 280 Abs. 2, 286 BGB somit nicht geltend machen.

Nachdem beide Meinungen zum selben Ergebnis kommen, kann eine Streitentscheidung unterbleiben.

cc) Nachträgliche Berechtigung des Deckungskaufs

Fraglich ist, ob der K nach dem Verlangen von Schadensersatz nunmehr die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts verlangen kann, da der Erfüllungsanspruch dann erlischt.

Nach einer noch zum alten Schuldrecht ergangenen Entscheidung des BGH war der Deckungskauf vor Fristablauf vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung umfasst. In Anwendung des Rechts, das vor dem 2.1.2002 galt, hatte der BGH beim Schadensersatz nach Fristsetzung gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. entschieden, dass es für den Gesamtvergleich der Vermögenslage auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung als Anfangspunkt und auf die Geltendmachung des Ersatzanspruchs ankomme, sodass auch ein Deckungskauf vor der Geltendmachung des Ersatzanspruchs umfasst sei,²³ sofern der Gläubiger bis zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs zur

Leistung bereit und in der Lage gewesen sei.²⁴ Deshalb könne nach einer Ansicht in der Literatur das vorzeitige Deckungsgeschäft auch nach der Modernisierung des Schuldrechts als Schadensersatz statt der Leistung ersetzt werden.²⁵

Es ist schon zweifelhaft, ob der BGH diese Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform überhaupt fortführen wird. In einer neueren Entscheidung hat er zwar ausgeführt, dass sich der Schadensersatz statt der Leistung wegen eines entgangenen Gewinns aus einem Weiterverkauf ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung berechne.²⁶ In einem anderen Urteil hat er aber entschieden, dass der bis zum endgültigen Ausbleiben der Leistung entstandene Betriebsausfallschaden auch dann noch ein Schaden neben der Leistung sei, wenn die Leistungspflicht später weg falle.²⁷ Unabhängig von diesen Entscheidungen decken sich jedenfalls aber die Begriffe Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht. Im früheren Recht reichte die Nichterfüllung einer Vertragspflicht aus, um Schadensersatz zu begründen, wobei es auf die Art des Schadens nicht ankam; im neuen Schuldrecht ist der Grund für die Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung der zu vertretende endgültige Ausfall der Leistung.²⁸ Ein Schaden i.R.d. Schadensersatzes statt der Leistung kann somit erst dann in die Berechnung einfließen, wenn der Erfüllungsanspruch erloschen ist, was in der Regel zur Zeit des Verlangens von Schadensersatz nach § 281 Abs. 4 BGB eintritt. Es kommt also gerade nicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung als Anfangspunkt der Schadensberechnung an. Somit kann der nachträglich berechnete Deckungskauf im vorliegenden Fall nicht als Schaden berücksichtigt werden.

c) Abstrakte Schadensberechnung

Möglicherweise könnte der K die Mehrkosten ersetzt verlangen, wenn es ihm gestattet wäre, eine abstrakte Schadensberechnung vorzunehmen. Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden, § 376 Abs. 2 HGB. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass es dem K als Kaufmann bei einem Handelsgeschäft möglich ist, seinen Schaden abstrakt auf der Basis eines hypothetischen Deckungsgeschäfts abzurechnen. Dann könnte er die Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Preis und dem Marktpreis ersetzt verlangen. Allerdings hat er hier eine konkrete Schadensberechnung vorgenommen und sich nicht auf ein solches hypothetisches Geschäft berufen. Deshalb kann er die Mehrkosten auch über diese Berechnungsart nicht ersetzt verlangen.

II. Endergebnis

Der K hat keinen Schadensersatzanspruch gegen die V-GmbH i.H.v. 1000 €.

²¹ Lorenz (Fn. 19), S. 162.

²² Unberath, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 25, Stand: 1.3.2011, § 286 Rn. 69; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (737); Faust (Fn. 12), S. 255; Ernst (Fn. 18), § 280 Rn. 66.

²³ BGH NJW 1998, 2901 (2902).

²⁴ BGH NJW 1987, 251 (253).

²⁵ Vgl. Grüneberg (Fn. 18), § 281 Rn. 25; Unberath (Fn. 22), § 281 Rn. 39.

²⁶ BGH JZ 2010, 44 (45 Rn. 20).

²⁷ BGH NJW 2010, 2426 (2427 Rn. 13).

²⁸ Lorenz (Fn. 19), S. 150.

Schwerpunktbereichsklausur Unionsrecht: Nationales Verbot des Online-Vertriebs von Kontaktlinsen

Von Prof. Dr. **Matthias Klatt**, Wiss. Mitarbeiterin **Elsa Mein**, **Shino Ibold**, Hamburg/Berlin*

Diese Klausur war, ergänzt um eine völkerrechtliche Zusatzaufgabe¹, im Sommersemester 2011 Teil der universitären Prüfung im Schwerpunktbereich „Europa- und Völkerrecht“ an der Universität Hamburg. Sie basiert auf einer Entscheidung des EuGH² und behandelt im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens grundlegende Fragen des Unionsrechts. Im Wesentlichen geht es um die Vereinbarkeit eines nationalen Verbotes des Online-Vertriebs von Kontaktlinsen mit dem Unionsrecht, wobei sowohl die Richtlinie 2000/31 als auch die Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstab heranzuziehen waren. Ein Schwerpunkt lag in der Prüfung der Vereinbarkeit des Verbotes mit der Warenverkehrsfreiheit. Dabei war insbesondere die Frage zu erörtern, ob das Verbot eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellt. Für die Bewertung waren außerdem Güte und Ausführlichkeit der Argumentation im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Differenzierung zwischen der Richtlinie 2000/31 und den Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstäbe relevant. Die Klausur fiel mit einem Schnitt von 9,93 Punkten deutlich überdurchschnittlich aus.

Sachverhalt

Im Mitgliedsstaat M ist zum Vertrieb von Kontaktlinsen ein mindestens 18 m² großes Fachgeschäft erforderlich. Beim Kauf sind die Dienste eines Optikermeisters oder eines auf Kontaktlinsen spezialisierten Augenarztes in Anspruch zu nehmen, der im Geschäft anwesend sein muss. Dies gilt auch für den Vertrieb von Kontaktlinsen, die in einem anderen Mitgliedsstaat hergestellt wurden. Das nationale Recht regelt diese Voraussetzungen durch eine Verordnung, die aufgrund des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und Dienste der Informationsgesellschaft erlassen worden ist. Dieses Gesetz soll die Richtlinie 2000/31 in nationales Recht umsetzen.

Die aus dem Mitgliedsstaat M stammende Gesellschaft K vertreibt Kontaktlinsen, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Union hergestellt werden, ausschließlich über ihre Webseite. Der Vertrieb umfasst den Abschluss des Kaufvertrages sowie die anschließende Lieferung. Die Gesundheitsbehörde des Mitgliedsstaates M untersagt der K den weiteren Vertrieb der Kontaktlinsen. Dabei stützt sie sich auf die oben genannte

Verordnung, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet nicht gestatte.

K klagt schließlich beim zuständigen Gericht des Mitgliedstaats M gegen die Verbotsverfügung. Sie macht geltend, dass die zugrundeliegende Verordnung europarechtswidrig sei. Beschränkungen des Vertriebs von Kontaktlinsen über das Internet verstießen gegen die RL 2000/31 und gegen die Grundfreiheiten. Dies zeige auch Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und Dienste der Informationsgesellschaft.

Die Gesundheitsbehörde ist anderer Ansicht. Sie stützt sich auf den 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31. Aus ihm ergebe sich, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr den Vertrieb von Kontaktlinsen nicht umfassen könne. Denn Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können (wie ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung des Patienten) seien keine Dienste der Informationsgesellschaft. Man könne die erforderliche ärztliche Untersuchung gar nicht von dem Vertrieb von Kontaktlinsen trennen.

Das Bezirksgericht setzt daraufhin das Verfahren aus und ruft den Europäischen Gerichtshof an. Es will dabei zweierlei wissen: ob der „Vertrieb“ von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt und ob „das Unionsrecht“ nationalen Regelungen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbieten, entgegensteht.

Die Regierung des Mitgliedstaates macht geltend, dass die fragliche Regelung dem Schutz der Gesundheit von Kontaktlinsenträgern diene. Es sei notwendig, die Kontaktlinsen in Fachgeschäften in Empfang zu nehmen, da die Verbraucher direkten Zugang zu einem Optikermeister oder fachkundigen Augenarzt haben müssten. Nur diese Spezialisten könnten die erforderliche körperliche Untersuchung vornehmen, Kontrollen durchführen und Anleitungen zum Tragen der Kontaktlinsen geben. Nur die persönliche Anwesenheit eines Kontaktlinsenspezialisten könne garantieren, dass die Verbraucher ausreichend über die Risiken informiert werden. Auch gelte es, diese Risiken durch die sachkundige Anleitung zu verringern. Beim Vertrieb über das Internet sei dies nicht möglich.

Dagegen hatte die K noch ausgeführt, es liege in der Eigenverantwortung der Verbraucher, inwiefern sie eine solche Beratung in Anspruch nehmen wollten. Auch könnten Untersuchungen, Anleitung und Kontrollen getrennt vom Kauf durch frei gewählte niedergelassene Augenärzte durchgeführt werden. Zudem könnte über interaktive Elemente auf der Webseite, die vor Vertragsschluss zwingend verwendet werden müssten, eine Beratung sichergestellt werden. Schließlich seien jedenfalls nach dem ersten Kauf die Anleitung oder Konsultation in der Regel nicht mehr erforderlich.

* Der Autor *Klatt* ist Inhaber einer Juniorprofessur für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg, die Autorin *Ibold* ist dort studentische Mitarbeiterin. Die Autorin *Mein* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Völkerrecht unter Einschluss des Umweltschutzrechts (Lehrstuhlinhaber: Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Philip Kunig*) an der Freien Universität Berlin.

¹ Die Zusatzaufgabe lautete: „Nehmen Sie zu völkerrechtlichen Problemen der Tötung des Al Quaida-Chefs Osama bin Laden durch amerikanische Soldaten Stellung.“

² EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika).

Bearbeiterhinweis

In einem Gutachten ist – ggf. hilfsweise – zu prüfen, wie der EuGH entscheiden wird. Dabei ist anzunehmen, dass Kontaktlinsen medizinische Hilfsmittel darstellen, deren Anwendung in einzelnen Fällen zu Augenentzündungen oder sogar zu bleibenden Sehstörungen führen könne. Dieses Risiko kann durch eine ärztliche Konsultation verringert werden.

Materialien

Art. 3 der Richtlinie 2000/31

(1) Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.

(2) Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.

(3) [...]

(4) Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft von Absatz 2 abweichen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Die Maßnahmen

i) sind aus einem der folgenden Gründe erforderlich:

- Schutz der öffentlichen Ordnung [...]
- Schutz der öffentlichen Gesundheit [...]
- Schutz der öffentlichen Sicherheit [...]

18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31

(18) Die Dienste der Informationsgesellschaft umfassen einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstattengehen. Diese Tätigkeiten können insbesondere im Online-Verkauf von Waren bestehen. Tätigkeiten wie die Auslieferung von Waren als solche oder die Erbringung von Offline-Diensten werden nicht erfasst. [...] Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können, wie ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung eines Patienten, sind keine Dienste der Informationsgesellschaft.

Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und Dienste der Informationsgesellschaft

Zur Aufnahme oder Ausübung von Diensten der Informationsgesellschaft ist keine vorherige Zulassung oder behördliche Entscheidung mit gleicher Rechtswirkung notwendig.

Lösung

I. Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

Die Beantwortung der Vorlagefragen des Bezirksgerichts durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) setzt zunächst voraus, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vorabentscheidungsverfahrens erfüllt sind.

1. Zuständigkeit des EuGH

Gemäß Art. 267 AEUV ist der EuGH für die Beantwortung von Vorlagefragen nationaler Gerichte zuständig.

2. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt sind gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV alle Gerichte der Mitgliedsstaaten, die mit der Vorlagefrage im Rahmen ihrer Urteilsfindung befasst sind, also auch das Bezirksgericht des Mitgliedsstaats M.

3. Vorlagegegenstand – zulässige Vorlagefrage

In Art. 267 Abs. 1 AEUV sind drei zulässige Vorlagegegenstände genannt: Fragen über die Auslegung der Verträge und Fragen über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union. Das Bezirksgericht legt zwei Fragen vor: Zum einen, ob der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt. Die Frage nach der Anwendbarkeit einer Richtlinie umfasst die Frage ihrer Auslegung. Es geht folglich um die Auslegung von sekundärrechtlichen Unionsrechtsnormen. Dies ist nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV ein zulässiger Vorlagegegenstand. Zum anderen fragt das Bezirksgericht danach, ob das Unionsrecht nationalen Regelungen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbieten, entgegensteht. Somit fragt es nach der Auslegung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, worin nach Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV ebenfalls ein zulässiger Vorlagegegenstand besteht. Da das Bezirksgericht hier nicht nach der Auslegung der nationalen Verordnung fragte, sondern abstrakt um die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bat, handelt es sich bei beiden Fragen um zulässige Vorlagefragen.³

4. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

Die Beantwortung der Vorlagefrage müsste für den Ausgangsstreit entscheidungserheblich sein. Ob dies der Fall ist, beurteilt grundsätzlich das vorlegende Gericht.⁴ Der EuGH prüft die Entscheidungserheblichkeit nur daraufhin, ob Vorlagen lediglich konstruiert oder offensichtlich hypothetisch sind, oder ob zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und den Gegebenheiten des Ausgangsverfahrens offensichtlich kein Zusammenhang besteht.⁵ Vorliegend ist der Zusammenhang zwischen der Vorlagefrage und dem

³ Vgl. *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 683; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl. 2003, Art. 234 EG Rn. 26; EuGH, Urt. v. 11.7.1985 – 60/84 u. 61/84 (Cinéthèque), Rn. 26 = Slg. 1985, 2605; EuGH, Urt. v. 29.5.1997 – C-299/95 (Kremzow), Rn. 15 ff. = Slg. 1997, I-2629

⁴ Vgl. *Streinz* (Fn. 3), Rn. 685.

⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.12.1981 – 244/80 (Foglia/Novello), Rn. 18 = Slg. 1981, 3045; EuGH, Urt. v. 12.3.1998 – C-314/96 (Djabali), Rn. 18 f. = Slg. 1998, I-1149; EuGH, Urt. v. 21.1.2003 – C-318/00 (Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins), Rn. 41 ff. = Slg. 2003, I-905; *Streinz* (Fn. 3), Rn. 685.

Ausgangsverfahren gegeben. Damit ist die Beantwortung der Vorlagefrage entscheidungserheblich.

5. Zwischenergebnis

Die Vorlage beim EuGH ist zulässig.

II. Vorlageentscheidung

Durch seine Vorlagefrage möchte das Bezirksgericht erfahren,

1. ob der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt und
2. ob das Unionsrecht nationalen Regelungen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbieten, entgegensteht.

1. Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/31

Vorüberlegungen:

1. Es ist zunächst zu ermitteln, ob Sekundärrecht vorliegt, welches grundfreiheitsrelevante Bestimmungen enthält.
2. Der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet umfasst verschiedene Schritte:
 - Angebot zum Onlineabschluss eines Vertrags und elektronischer Vertragsschluss
 - Vertrieb, also Lieferung des verkauften Produkts
 - Dem Verkauf oder der Lieferung eventuell vorhergehenden Konsultation eines Arztes durch den Kunden

Zunächst ist der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 zu bestimmen. Die Frage, ob der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt, richtet sich nach dem 18. Erwägungsgrund zu dieser Richtlinie. Dabei ist zwischen den verschiedenen Schritten des Vertriebs, nämlich zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der anschließenden Lieferung, zu unterscheiden.

Aus dem 18. Erwägungsgrund der RL 2000/31 geht hervor, dass der Online-Verkauf von Waren umfasst ist. Damit umfasst der koordinierte Bereich der Richtlinie 2000/31 grundsätzlich jene nationalen Vorschriften, die den Verkauf von Kontaktlinsen, d. h. das Online-Angebot und den Vertragschluss auf elektronischem Wege, verbieten.

Die nationalen Vorschriften über die Lieferung der über das Internet gekauften Ware fallen jedoch ausdrücklich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Möglicherweise könnte die Anwendbarkeit der Richtlinie auch bezüglich des Kontaktlinsenverkaufs ausgeschlossen sein. Aus dem 18. Erwägungsgrund ergibt sich, dass Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können, wie ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung eines Patienten, keine Dienste der Informationsgesellschaft sind und somit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Der Verkauf der Kontaktlinsen wäre also nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst, wenn der ärztliche Rat samt körperlicher Untersuchung *untrennbarer* Bestandteil des Verkaufs von Kontaktlinsen wäre. Die Tatsache, dass Kontaktlinsen medizinische Hilfsmittel darstellen, deren An-

wendung in einzelnen Fällen Augenzündungen oder sogar bleibende Sehstörungen hervorrufen kann, spricht für die Notwendigkeit einer vorherigen Untersuchung und Beratung durch einen zuständigen Arzt oder Optikermeister. Der Kontaktlinsenverkauf kann jedoch auch auf Grundlage einer dem Kauf zeitlich vorgelagerten ärztlichen Verschreibung erfolgen. Ärztliche Kontrollen und Beratungen zwecks Feststellung der Auswirkungen und Verträglichkeit des Tragens der Linsen erfolgen wiederum erst während der Verwendung der Kontaktlinsen und damit zwingend nach dem Kauf. Da die Untersuchung unabhängig vom Verkaufsvorgang durchgeführt werden kann ist sie kein *untrennbarer* Bestandteil des Verkaufs von Kontaktlinsen.

Eine den Abschluss des Kaufvertrages über Kontaktlinsen über das Internet verbietende nationale Vorschrift fällt folglich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31. Dagegen ist diese Richtlinie hinsichtlich der Lieferung von Kontaktlinsen nicht anwendbar.

2. Vereinbarkeit des Verbots mit dem Unionsrecht

Die Vorschriften bezüglich des Verkaufs fallen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 und sind somit abschließend nach dieser Richtlinie zu beurteilen.

Da die Vorschriften über die Voraussetzungen für die Lieferung von Kontaktlinsen nicht in den Anwendungsbereich der RL 2000/31 fallen, sind sie anhand des Primärrechts, d. h. des AEUV, zu prüfen.⁶

a) Verstoß gegen Richtlinie 2000/31

Ein Verstoß gegen die Richtlinie kommt nur hinsichtlich des Art. 3 II RL 2000/31 infrage. Danach darf der Mitgliedsstaat den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedsstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Wie bereits dargestellt, sind Angebote und Vertragsabschlüsse über Kontaktlinsen, die online erfolgen, Dienste der Informationsgesellschaft. Das Verbot, welches auch für Kontaktlinsen aus anderen Mitgliedsstaaten gilt, schränkt dabei den freien Verkehr ein. Dies ist grundsätzlich unzulässig. Allerdings dürfen die Mitgliedsstaaten nach Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i RL 2000/31 von diesem Verbot abweichen, soweit die Maßnahme, hier das Verbot des Online-Verkaufs von Kontaktlinsen, zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist.

Was Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Gesundheit betrifft, ist zu berücksichtigen, dass die Gesundheit und das Leben der Menschen den höchsten Rang unter den Schutzgütern einnehmen, und dass es in der Kompetenz der Mitgliedsstaaten liegt, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen

⁶ Wurde diese Abgrenzung in Verkaufs- und Lieferungs Vorschriften bzw. ihre jeweiligen Prüfungsmaßstäbe – die Richtlinie 2000/31 und den AEUV bzw. die Grundfreiheiten – nicht präzise vorgenommen, so ist eine folgerichtige Lösung der Klausur allein anhand der Grundfreiheiten dennoch möglich, da die Richtlinie 2000/31 inhaltlich die Grundfreiheiten abbildet.

und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Dabei ist ihnen ein Wertungsspielraum zuzugestehen.⁷

aa) Geeignetheit

Die fragliche Regelung müsste geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels – hier des Gesundheitsschutzes von Kontaktlinsenträgern – zu gewährleisten.

Kontaktlinsen sind medizinische Hilfsmittel, deren Anwendung in einzelnen Fällen Augenzündungen oder sogar bleibende Sehstörungen hervorrufen kann. Darin liegt ein Risiko für die Gesundheit der Kontaktlinsenträger, welches durch Beratung und fachgerechte Untersuchungen verringert werden kann. Die vorliegende Regelung behält die Aushändigung von Kontaktlinsen Optikergeschäften vor, die über ein solches Fachpersonal verfügen. Sie ist daher geeignet, den Gesundheitsschutz von Kontaktlinsenträgern zu gewährleisten, indem sie das bestehende Risiko verringert.

bb) Erforderlichkeit

Die Regelung darf jedoch nicht über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgehen, es darf also keine den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft weniger beeinträchtigenden Maßnahmen geben, durch die das Ziel ebenso effektiv verfolgt würde.

Der Mitgliedstaat kann zwar verlangen, dass der am besten geeignete Kontaktlinsentyp durch einen Spezialisten festgestellt wird, dies ist aber regelmäßig nur vor der ersten Lieferung der Kontaktlinsen erforderlich, nicht jedoch bei späterer Nachbestellung. Kommt es nach der Erstbestellung zu Veränderungen des Sehvermögens des Kunden, kann dies ebenfalls durch einen unabhängigen Augenarzt diagnostiziert werden, der dann das notwendige Rezept ausstellt. Dem Kunden kann für diesen Fall die Pflicht auferlegt werden, den Händler über Veränderungen zu informieren.

Die Hauptaufgabe des Fachpersonals liegt folglich in der Beratung der Kunden. Eine solche Beratung ist jedoch fakultativ und ihre Inanspruchnahme liegt in der Eigenverantwortung des Verbrauchers.⁸ Zudem kann die Beratung ebenso durch interaktive Elemente auf der Webseite gewährleistet werden, wenn diese zwingend verwendet werden müssen.

Gleiches gilt für zusätzliche Informationen und Ratschläge, die gegebenenfalls mit der längeren Verwendung von Kontaktlinsen einhergehen müssen. Auch kann der Mitgliedstaat den Händlern die Pflicht auferlegen, dem Kunden einen qualifizierten Optiker zur Verfügung zu stellen, der aus der Ferne Informationen und Ratschläge zur Verwendung und Pflege von Kontaktlinsen gibt. Dies kann sogar für den Verbraucher von Vorteil sein, da er Fragen gezielt und überlegt stellen kann, ohne das Haus verlassen zu müssen.

Demnach kann das Ziel, den Schutz der Gesundheit der Kontaktlinsenträger zu gewährleisten, auch durch Regelungen erreicht werden, die weniger beschränkend sind als die fragliche.

⁷ EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 58; EuGH, Urt. v. 1.6.2010 – C-570/07 u. C-571/07 (Blanco Pérez und Chao Gómez), Rn. 44 = Slg. 2010, I-4629.

⁸ EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 68.

che. Ein Mitgliedstaat, der eine solche erlässt, überschreitet damit den Wertungsspielraum, der den Mitgliedsstaaten beim Gesundheitsschutz zusteht. Das Verbot des Kaufvertragsabschlusses von Kontaktlinsen über das Internet ist nicht erforderlich und somit nicht nach Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i gerechtfertigt.⁹

cc) Zwischenergebnis

Da das Verbot nicht zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist, scheidet eine Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i aus. Art. 3 Abs. 2 RL 2000/31 steht daher einer nationalen Regelung entgegen, die Online-Kaufvertragsabschlüsse über Kontaktlinsen verbietet.

b) Verstoß gegen Grundfreiheiten

In Betracht kommt ein Verstoß der nationalen Regelung gegen die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34, 36 AEUV oder gegen die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 57 AEUV.

aa) Abgrenzung zwischen Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit

Gem. Art. 57 Abs. 1 AEUV erfasst die Dienstleistungsfreiheit Leistungen nur, „soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren[...]verkehr [...] unterliegen“. Die Dienstleistungsfreiheit tritt demnach im Wege der formellen Subsidiarität hinter die Regelung gem. Art. 34, 36 AEUV zurück.

Grundsätzlich erfolgt die Abgrenzung von Dienstleistungsfreiheit und Warenverkehrsfreiheit anhand des Körperlichkeitskriteriums.¹⁰ Die Warenverkehrsfreiheit erfasst die Verbringung körperlicher Gegenstände über eine Grenze, die Dienstleistungsfreiheit hingegen Leistungen nicht-körperlicher Art.

Die vorliegende Regelung betrifft den Verkauf von Kontaktlinsen über das Internet und deren Lieferung zum Verbraucher nach Hause und damit den Handel mit körperlichen Gegenständen. Sie ist daher ausschließlich anhand der Vorschriften über den freien Warenverkehr, also der Art. 34 und 36 AEUV, zu überprüfen.¹¹

⁹ An dieser Stelle wäre auch die Annahme der Erforderlichkeit der Regelung vertretbar, wenn überzeugend argumentiert wird, dass eine persönliche Beratung im Gegensatz zu einer alternativen Beratung etwa durch interaktive Websitelemente oder per Telefon zur Förderung des Gesundheitsschutzes der Verbraucher effektiver ist. Dennoch wäre dann wohl – gerade vor dem Hintergrund, dass die Inanspruchnahme einer Beratung in der Eigenverantwortung der Verbraucher liegt – die Angemessenheit der Regelung zu verneinen.

¹⁰ Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 321; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 957; Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 49. Lfg., Stand: November 2012, Art. 57 AEUV Rn. 180.

¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Rn. 65, 76 u. 124 = Slg. 2003, I-14887; EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 43 ff.

bb) Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34, 36 AEUV

(1) Schutzbereich

Die Kontaktlinsen müssten Unionswaren im Sinne von Art. 28 Abs. 2 AEUV sein. Waren sind körperliche Sachen, die einen Handelswert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.¹² Sie müssen sich zudem im freien Verkehr befinden.¹³ Alle diese Kriterien treffen auf die Kontaktlinsen zu. Da es sich bei den Kontaktlinsen um Waren aus anderen Mitgliedsstaaten handelt, ist auch die grenzüberschreitende Dimension des Sachverhalts gegeben.¹⁴ Es liegt ferner keine Ausnahme nach Art. 346 Abs. 1 AEUV vor.

(2) Eingriff

Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit liegt vor, wenn es sich bei der Regelung um eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung seitens des Mitgliedstaates handelt.¹⁵

(a) Staatliche Maßnahme

Die fraglichen Regelungen sind Inhalt einer staatlichen Verordnung und daher dem Mitgliedstaat zuzurechnen.

(b) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung

Unter einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung ist jede staatliche Maßnahme zu verstehen, welche die Einfuhr einer Ware der Menge oder dem Wert nach begrenzt oder völlig (auf Dauer oder zeitweise) verbietet.¹⁶ Vorliegend geht es um eine Regelung, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet insgesamt verbietet und nicht nur der Menge oder dem Wert nach begrenzt. Zwar kann auch ein völliges Verbot eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen. Dies jedoch nur dann, wenn eine Beschränkung spezifisch die Einfuhr bzw. Durchfuhr, also grenzüberschreitende Vorgänge, betrifft oder bei Vorliegen einer unüberwindbaren Maßnahme, welche die Einfuhr oder Durchfuhr bestimmter Waren gänzlich oder der Menge oder dem Wert nach quantifizierbar be-

hindert.¹⁷ Vorliegend wird durch die Regelung jedoch nicht die Einfuhr der Kontaktlinsen verhindert, sondern lediglich ihr Vertrieb an die Kunden über das Internet. Die Regelung stellt folglich keine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung dar.¹⁸

Es könnte sich jedoch um eine Maßnahme gleicher Wirkung handeln. Nach der sog. „Dassonville-Formel“ ist jede Handelsregelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Sinne des Art. 34 AEUV anzusehen.¹⁹ Die Einschränkung des Versandhandels von Kontaktlinsen über das Internet stellt dabei eine unmittelbare und tatsächliche Behinderung des Handels dar.

Diese Weite des Eingriffsbegriffs wurde durch den EuGH mit dem Keck-Urteil wieder eingeschränkt.²⁰ Danach sollen solche nationalen Bestimmungen keine Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten darstellen, die nicht geeignet sind, „den Marktzugang für [ausländische] Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse“²¹ tun. Dabei unterscheidet der EuGH zwischen „bestimmten Verkaufsmodalitäten“, die den Marktzugang für ausländische Produkte nicht behindern und damit nicht unter den Schutz von Art. 34 AEUV fallen, und produktbezogenen Regelungen, welche in den Schutzbereich der Norm fallen.

Diese „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ sind Regelungen, die bestimmte Verkaufs- oder Absatzmodalitäten von Waren betreffen, den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren und für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben.²²

Die „produktbezogenen Regelungen“ sind jene Vorschriften, welche die Herstellung, Verpackung, Kennzeichnung oder Zulassung betreffen und somit die Verkehrsfähigkeit von Pro-

¹² *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 22 Rn. 18; *Schmidt*, VR 2006, 99 (100); EuGH, Urt. v. 21.10.1999 – C-97/98 (Jägerskiöld), Rn. 30 ff. = Slg. 1999, I-7319.

¹³ *Streinz* (Fn. 3), Rn. 790; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 819; *Ruffert*, JuS 2009, 97 (98); *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 12), § 22 Rn. 19.

¹⁴ *Hobe*, Europarecht, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 63; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 12), § 22 Rn. 19; EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – 7/68 (Kommission/Italien) = Slg. 1968, 634.

¹⁵ *Epiney*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 23 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 827 ff.

¹⁶ *Streinz* (Fn. 3), Rn. 876; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 831; *Hobe* (Fn. 14), § 15 Rn. 66; *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 3), Bd. 1, Art. 28 EG Rn. 16; EuGH, Urt. v. 12.7.1973 – 2/73 (Geddo), Rn. 7 = Slg. 1973, 865.

¹⁷ Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 16), Art. 28 EG Rn. 26.

¹⁸ Die Abgrenzung zwischen „mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen“ und „Maßnahmen gleicher Wirkung“ wird vom EuGH meist nicht vorgenommen, da der Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ alle „mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen“ umfasst. Vgl. *Streinz* (Fn. 3), Rn. 876; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 36 Rn. 126.

¹⁹ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 833; EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – 8/74 (Dassonville), Rn. 5 = Slg. 1974, 837; EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-110/05 (Kommission/Italien), Rn. 33 = Slg. 2009, I-568; EuGH, Urt. v. 26.4.2012 – C-456/10, Rn. 32.

²⁰ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 839; EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91 (Keck u. Mithouard) = Slg. 1993, I-6097.

²¹ EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91 (Keck u. Mithouard), Rn. 16 f. = Slg. 1993, I-6097.

²² *Streinz* (Fn. 3), Rn. 881; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 839; EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91 (Keck u. Mithouard), Rn. 16 = Slg. 1993, I-6097.

dukten umfassen.²³ Auf diese Regelungen ist weiterhin die „Dassonville-Formel“ anwendbar, d.h. die Regelungen werden als Maßnahmen gleicher Wirkung eingestuft.²⁴

Das Verbot des Internetvertriebs von Kontaktlinsen regelt eine Absatzmodalität und damit eine „bestimmte Verkaufsmodalität“, wobei es nicht auf das Produkt bezogen ist. Damit könnte die Einschränkung der „Keck-Formel“ greifen.

Die genannte Regelung gilt für alle Wirtschaftsteilnehmer, die Kontaktlinsen über das Internet vertreiben. Das Verbot gilt auch für aus anderen Mitgliedstaaten stammende Kontaktlinsen, die Gegenstand eines Versandhandelsverkaufs und einer Lieferung an in Mitgliedstaat M wohnende Verbraucher sind.

Fraglich ist, ob das Verbot den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt.

Das Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels enthält den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten eine besonders effiziente Modalität für den Vertrieb dieser Waren vor, sodass deren Zugang zum Markt des betroffenen Mitgliedstaats erheblich behindert wird. Das Verbot schneidet zwar auch im inländischen Handel einen Vertriebsweg ab, die ausländischen Händler sind jedoch noch stärker betroffen, da das Internet für sie oft alternativlos ist. Anders als die inländischen Händler können sie nicht auf eine feste Verkaufseinrichtung zurückgreifen.²⁵ Die Regelung betrifft ausländische Kontaktlinsenhändler daher nicht in gleicher Weise wie inländische.

Es handelt es sich damit zwar um eine absatzbezogene Regelung, allerdings berührt das Verbot den Absatz der inländischen Produkte tatsächlich nicht in gleicher Weise wie den Absatz der Produkte aus den Mitgliedsstaaten. Die „Keck-Formel“ kommt daher nicht zur Anwendung.²⁶

Damit besteht in der Regelung eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.v. Art. 34 AEUV.²⁷

(c) Zwischenergebnis

Die nationale Verordnung greift in die Warenverkehrsfreiheit ein.

(3) Rechtfertigung

Eine Beschränkung des freien Warenverkehrs kann durch die in Art. 36 AEUV aufgezählten Gründe des Allgemeininteresses oder durch zwingende Erfordernisse („Cassis-Formel“)²⁸

gerechtfertigt werden. In beiden Fällen muss die nationale Maßnahme dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.²⁹

Die Regierung macht geltend, dass die fragliche Regelung notwendig sei, um den Schutz der Gesundheit von Kontaktlinsenträgern zu gewährleisten. Diese Begründung bezieht sich auf Belange der öffentlichen Gesundheit, welche eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigen können.

Da der öffentliche Gesundheitsschutz in Art. 36 AEUV explizit geregelt wird, ist ein Rückgriff auf die „Cassis-Formel“ nicht notwendig.

Bei Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Gesundheit ist zu berücksichtigen, dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedsstaaten ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Dabei ist ihnen ein Wertungsspielraum zuzugestehen.³⁰

Das bereits oben Ausgeführte gilt dabei auch für die Lieferung der Kontaktlinsen. Demnach kann das Ziel, den Schutz der Gesundheit der Kontaktlinsenträger zu gewährleisten, durch eine Regelung erreicht werden, die weniger beschränkend ist als die fragliche. Folglich ist die vorliegende Regelung nicht erforderlich und schon deshalb nicht verhältnismäßig. Ein Mitgliedstaat, der eine derartige Regelung erlässt, überschreitet damit auch den Wertungsspielraum, der den Mitgliedsstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes zusteht.

Die Maßnahme ist somit nicht durch Art. 36 AEUV gerechtfertigt.

cc) Zwischenergebnis

Der freie Warenverkehr gem. Art. 34 AEUV steht einer nationalen Regelung entgegen, welche die Auslieferung von Kontaktlinsen nach einem Kauf über das Internet verbietet.

3. Ergebnis

Der Verkauf von Kontaktlinsen über das Internet fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Eine Regelung, die den Verkauf verbietet, beschränkt die Garantie aus Art. 3 Abs. 2 RL 2000/31. Sie ist jedoch nicht erforderlich und daher nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes gem. Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i gerechtfertigt. Nationale Vorschriften über die Lieferung von Kontaktlinsen fallen nicht in den Anwendungsbereich der RL 2000/31, beschränken aber in unzulässiger Weise den freien Warenverkehr gem. Art. 34 AEUV.

²³ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 840.

²⁴ EuGH, Urt. v. 2.2.1994 – C-315/92 (Clinique), Rn. 13 = Slg. 1994, I-317; Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 839.

²⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Rn. 74 = Slg. 2004, I-14887.

²⁶ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 842 ff.; Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 78.

²⁷ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 842 f. u. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Rn. 76 = Slg. 2004, I-14887.

²⁸ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Rn. 1 ff. = Slg. 1979, 649; Ha-

ratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 857; Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 93 ff.

²⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 803 u. 861; Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 104 u. 112; EuGH, Urt. v. 26.4.2012 – C-456/10, Rn. 45; EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 57.

³⁰ Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 110; EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 58; EuGH, Urt. v. 1.6.2010 – C-570/07 u. 571/07 (Blanco Pérez und Chao Gómez), Rn. 44 = Slg. 2010, I-4629.

III. Endergebnis

Der EuGH wird die Vorlagefragen wie folgt beantworten:

1. Der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet fällt nur hinsichtlich des Verkaufs, nicht aber hinsichtlich der Lieferung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31.

2. Art. 34, 36 AEUV und die Richtlinie 2000/31 sind dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbietet.

Übungsfall Strafrecht: Der gierige Arzt

Von Wiss. Mitarbeiter **Sebastian Braun**, Leipzig

Der Klausurfall, der sich auf dem Niveau von Übungsklausuren für das 1. Staatsexamen befindet, behandelt das Thema des ärztlichen Abrechnungsbetruges. Durch die Grundsatzentscheidung des BGH v. 25.1.2012 ist der ärztliche Abrechnungsbetrag wieder stark in den Fokus der Wissenschaft gerückt, was die Thematik besonders examensrelevant erscheinen lässt. Daher ist bei der Darstellung der Kritik der Literatur an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes berücksichtigt worden, was von einem Examenskandidaten tatsächlich erwartet werden kann und was bereits über den Pflichtfachstoff hinaus als arztstrafrechtliche Spezialisierung anzusehen ist. Der Sachverhalt ist an die Entscheidung des BGH vom 25.1.2012 angelehnt, gibt sie aber nicht identisch wieder. Neben den medizinstrafrechtlichen Besonderheiten, enthält der Fall Standardprobleme des § 263 StGB und Fragen des Allgemeinen Teils.

Sachverhalt

Arzt A hat eine eigene Praxis für Allgemeinmedizin, in der er keine gesetzlichen Kassenpatienten, sondern lediglich Privatpatienten behandelt, da er nie die Zulassung als Vertragsarzt für die Versorgung von Kassenpatienten beantragt hat. Zur Abrechnung seiner Behandlungsleistungen gegenüber den Patienten bedient er sich der X-GmbH. Dabei teilt A der X-GmbH mit, welche Leistung er jeweils erbracht hat und wie er diese abrechnen möchte. Die X-GmbH wendet sich dann direkt an die Patienten und sendet diesen eine Rechnung zu.

Auf diese Art und Weise bekommt auch der Patient P eine Rechnung zugesandt, nachdem er von A behandelt worden war. Die Behandlung umfasste auch, dass P das Medikament Sirexolax erhalten hat, das zur Behandlung von Herzerkrankungen genutzt wird. Allerdings handelt es sich dabei um ein Medikament, das von Privatärzten nicht abgerechnet werden darf. Aus der Rechnung geht zudem hervor, dass P die Kosten für Sirexolax von seiner privaten Krankenversicherung zurückerstattet bekommen kann. Dies allerdings entspricht nicht der Wahrheit, sondern wurde auf Bitte des A in das Rechnungsschreiben durch M, einem Mitarbeiter der X-GmbH, eingefügt. A will dadurch absichern, dass P auch tatsächlich das Geld zurückerstattet bekommt, da er nicht möchte, dass P einen finanziellen Nachteil erleidet.

M weiß, dass A Sirexolax zum einen nicht in Rechnung stellen darf und es zum anderen auch nicht von den Krankenversicherungen erstattet werden kann. Er stellt aber keine weiteren Fragen, da A ihm bei entsprechender Diskretion einen „Bonus“ von 100 Euro versprochen hat. M kommt diese Finanzspritze sehr gelegen. Der gutgläubige P begleicht die Rechnung des A und reicht diese wenige Tage später bei seiner Krankenversicherung ein und bittet um Rückerstattung der Kosten für Sirexolax. Der dortige Sachbearbeiter S zweifelt zunächst daran, ob Sirexolax überhaupt erstattungsfähig ist. Allerdings will er sich auch keine Blöße geben und vertraut darauf, dass der Arzt wohl wissen würde, was abrechnungsfähig ist. Daraufhin bekommt P die Kosten i.H.v. 250,- € von der Krankenversicherung erstattet.

Am nächsten Tag muss A, um den Hypochonder H behandeln zu können, eine Speziallaboruntersuchung an einer Gewebeprobe des H durchführen lassen. Da A dafür keine Ausbildung hat, konsultiert er deshalb den spezialisierten Laborarzt L, der die Probe im Labor auch medizinisch korrekt behandelt. Aus diesem Grund ist auch nur L dazu berechtigt, diese Leistung gegenüber H abzurechnen. Allerdings stellt L dem A eine Rechnung über die Laboruntersuchung aus, die A zu günstigen Konditionen auch i.H.v. 100,- € begleicht. Trotz seiner mangelnden Fachkenntnisse rechnet A jedoch gegenüber H die Laboruntersuchung als seine eigene ab, wobei er dem H 200,- € in Rechnung stellt, die dieser auch gern bezahlt. Dabei denkt A, dass seine Vorgehensweise absolut in Ordnung ist, da er schließlich gegenüber L für die Laborleistung bezahlt habe und er deshalb die Leistung als eigene abrechnen könne, wobei auch ein höherer Abschlag vom Patienten verlangt werden kann.

Drei Wochen später geht bei der Polizei ein anonymes Anruf ein, wodurch der Verdacht entsteht, dass das Verhalten des A nicht legal war. Die Staatsanwaltschaft eröffnet daher gegen A ein Ermittlungsverfahren.

Bearbeitervermerk

Haben sich A und M nach dem StGB strafbar gemacht? Auf den Auszug aus §§ 4 Abs. 2, 12 Abs. 1, Abs. 2 der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) wird verwiesen.

Auszug aus der Gebührenordnung für Ärzte

§ 4 Gebühren

[...]

(2) Der Arzt kann Gebühren nur für selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden (eigene Leistungen). Als eigene Leistungen gelten auch von ihm berechnete Laborleistungen des Abschnitts M II des Gebührenverzeichnisses (Basislabor), die nach fachlicher Weisung unter der Aufsicht eines anderen Arztes in Laborgemeinschaften oder in von Ärzten ohne eigene Liquidationsberechtigung geleiteten Krankenhauslabors erbracht werden. [...]

§ 12 Fälligkeit und Abrechnung der Vergütung; Rechnung

(1) Die Vergütung wird fällig, wenn dem Zahlungspflichtigen eine dieser Verordnung entsprechende Rechnung erteilt worden ist.

(2) Die Rechnung muss insbesondere enthalten:

1. das Datum der Erbringung der Leistung,
2. bei Gebühren die Nummer und die Bezeichnung der einzelnen berechneten Leistung einschließlich einer in der Leistungsbeschreibung gegebenenfalls genannten Mindestdauer sowie den jeweiligen Betrag und den Steigerungssatz [...]

Lösung**Tatkomplex 1: Die Abrechnung des Medikaments****I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten des P**

Indem A veranlasste, dass P eine Rechnung für den Erhalt von Sirexolax übersendet wird und dieser auch bezahlte, könnte er sich gem. § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten des P strafbar gemacht haben.¹

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**aa) Täuschung*

A müsste P über die Abrechnungsfähigkeit von Sirexolax getäuscht haben. Unter einer Täuschung ist das Vorspiegeln falscher Tatsachen zu verstehen.² Tatsachen sind Zustände aus Vergangenheit oder Gegenwart, die einem Beweis zugänglich sind.³ Bei der Frage, ob Sirexolax abrechnungsfähig ist, handelt es sich zweifelsfrei um eine Tatsache. A müsste über diese nun auch eine falsche Information verbreitet haben. Indem er es veranlasst, dass P die Rechnung zugeschickt bekommt, behauptet A zumindest konkludent, dass er dieses Medikament auch abrechnen darf. Allerdings ist dies gerade nicht der Fall. Eine Täuschung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB ist somit gegeben.

bb) Irrtum

P müsste nun aufgrund der Täuschung einem Irrtum unterlegen sein, § 263 Abs. 1 StGB. Ein Irrtum liegt vor, wenn das Vorstellungsbild des Getäuschten und die Realität auseinander fallen.⁴ Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes wird man wohl davon ausgehen müssen, dass sich P aufgrund seiner mangelnden Kenntnisse keine Vorstellungen davon gemacht hat, ob Sirexolax von einem Privatarzt abgerechnet werden darf. Allerdings soll es bei Rechnungen von Ärzten ausreichen, dass der Empfänger keine begründeten Einwände hat und stillschweigend davon ausgeht, dass die Abrechnung des Arztes korrekt ist.⁵ Aufgrund der Gutgläubigkeit des P kann davon ausgegangen werden. Dies entspricht jedoch gerade nicht der Realität. Daher fallen die Vorstellung des P, dass Sirexolax wohl abrechenbar ist und die wahre Rechtslage auseinander, womit bei P ein Irrtum vorliegt.

cc) Vermögensverfügung

Aufgrund des Irrtums müsste P über sein Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist bei jedem das Vermögen

unmittelbar minderndem Verhalten gegeben.⁶ Vorliegend hat P die Rechnung beglichen und so sein Vermögen gemindert. Eine Vermögensverfügung ist somit gegeben.

dd) Vermögensschaden

P müsste nun auch einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein solcher wird nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung⁷ ermittelt. Dabei vergleicht man die Vermögensmasse des potenziell Geschädigten vor und nach der Vermögensverfügung. Ein Schaden ist dann gegeben, wenn *nach* der Vermögensverfügung das Vermögen gemindert ist, ohne dass ein Ausgleich durch ein wirtschaftliches Äquivalent erfolgt.⁸ Hier könnte man zunächst vertreten, dass P zwar für das Medikament gezahlt, es aber auch bekommen hat und somit seine finanziellen Aufwendungen nicht ins Leere liefen, wodurch ein Schaden entfallen würde.

(1) Wertverfall der Leistung

Allerdings könnte dem entgegen stehen, dass A nicht dazu berechtigt gewesen ist, dieses Medikament abzurechnen. Nach Ansicht des BGH⁹ begründet die Lieferung eines vom Privatarzt nicht abrechenbaren Medikamentes keine Forderung gegenüber dem Patienten, selbst wenn dieser das Medikament erhält und nutzt. Dadurch, dass der Privatarzt das Medikament nicht abrechnen darf, ist auch sein Anspruch auf Zahlung nie entstanden. Vielmehr würde dann ein solcher im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen. Somit basiert die Rechnung des Arztes nicht auf einer berechtigten Forderung, mit der Folge, dass die Lieferung des Medikamentes als wirtschaftlich wertlos angesehen wird.¹⁰ Folglich hätte P für eine nicht geschuldete Forderung bezahlt, wodurch ein Vermögensschaden gegeben ist.

(2) Schadenskompensation

Wohlmöglich könnte der Schaden dadurch entfallen, dass P von seiner Krankenversicherung die Kosten für das Medikament erstattet bekommt. Jedoch vergleicht man beim Vermögensschaden die Vermögenslage vor und *unmittelbar nach* der Vermögensverfügung. Ein späterer Schadensausgleich ist unbeachtlich. Daher entfällt der Schaden des P nicht durch die Rückerstattung der Kosten. Dies ist auch dogmatisch sinnvoll, da ansonsten die Strafbarkeit des A davon abhängen würde, ob P von einer beliebigen Seite den Betrag erstattet bekommt.

(3) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist somit ein Vermögensschaden des P zu bejahen.

¹ Beim Obersatz in einer Betrugsprüfung muss stets aufgeführt werden, zu wessen Lasten der Betrug wirken könnte.

² Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 493.

³ Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 494.

⁴ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 263 Rn. 54; Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 263 Rn. 22.

⁵ BGH NJW 2012, 1377 (1382); sowie bereits in BGH NJW 2009, 2900.

⁶ Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 70.

⁷ Vgl. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 36.

⁸ Lackner/Kühl (Fn. 7), § 263 Rn. 36.

⁹ BGH NJW 2012, 1377 (1383).

¹⁰ Dieses Argumentationsmuster ist schon seit Längerem für den Abrechnungsbetrag bei Vertragsärzten ständige Rechtsprechung, vgl. BGH NSTZ 2003, 313 m. Anm. Beckemper/Wegener, NSTZ 2003, 315 (316).

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich bzgl. des objektiven Tatbestandes des § 263 StGB sowie mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben. Jedoch möchte A explizit nicht, dass P einen Vermögensschaden erleidet. Vielmehr vertraut er darauf, dass er das Geld von seiner Krankenversicherung erstattet bekommt. Damit fehlt es A am Vorsatz bzgl. eines dauerhaften Vermögensschadens des P. Der subjektive Tatbestand ist damit nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

A hat sich nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Lasten der Krankenversicherung des P

Indem A veranlasste, dass P eine Rechnung für den Erhalt von Sirexolax übersendet wird und dieser bei seiner Krankenversicherung die Rückerstattung der Kosten beantragte, könnte sich A gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Lasten der Krankenversicherung des P strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Verwirklichung der Tat durch das Werkzeug

Zunächst müsste P als potenzielles Werkzeug objektiv den Tatbestand von § 263 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

(1) Täuschung

P müsste seine Krankenversicherung getäuscht haben. Dabei kommt nur S als zu Täuschender in Betracht. Von einer ausdrücklichen Täuschung kann hier nicht ausgegangen werden. Indem er aber bei seiner Krankenversicherung die Rechnung des A einreicht und um Erstattung der Kosten bittet, behauptet er konkludent, dass er einen Anspruch auf Erstattung der Kosten hat, zumal dies so aus der Rechnung hervorgeht. Allerdings kann Sirexolax nicht von den Krankenversicherungen erstattet werden. Somit hat P falsche Tatsachen vorgespiegelt. Eine Täuschung liegt daher vor.

(2) Irrtum

Auf Seiten des S müsste auch ein Irrtum erzeugt worden sein. S müsste daher die Vorstellung entwickelt haben, dass Sirexolax tatsächlich von der Krankenversicherung zurückerstattet werden kann. Fraglich ist nun, ob dies überhaupt möglich ist, da S daran zweifelt, ob das Medikament erstattungsfähig ist. Allerdings ist strittig, wie vorzugehen ist, wenn der Getäuschte Zweifel hegt.

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass ein Irrtum erst dann vorliegt, wenn der Getäuschte denkt, dass die Tatsache wahrscheinlich wahr ist.¹¹ S hat zwar Zweifel, geht jedoch im Ergebnis davon aus, dass der Arzt weiß, was er abrechnen darf und was nicht. Dies lässt darauf schließen, dass S die Abrechnungsmöglichkeit als wahrscheinlich

¹¹ Vgl. *Amelung*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 19.

richtig einstuft. Folgt man dieser Auffassung, ist ein Irrtum gegeben.

Nach der überwiegenden Ansicht¹² sollen Zweifel des Opfers keine Rolle spielen. Nimmt der Getäuschte trotz der Zweifel eine Vermögensverfügung vor, wird davon ausgegangen, dass die Täuschung ausreicht, um ihn zur Vermögensverfügung zu motivieren. In diesem Fall soll stets ein Irrtum gegeben sein. Dass das Opfer aufgrund der Zweifel eventuell weniger schutzbedürftig ist, ist dabei ein viktimodogmatischer Ansatz, der erst auf der Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen ist.¹³ Hier hat S auch trotz der ersten Bedenken die Rückerstattung der Kosten in die Wege geleitet. Nach der Rechtsprechung des BGH muss durch den Mitarbeiter einer Krankenversicherung keine Überprüfung der Abrechnung erfolgen, wenn er das Gefühl hat, dass diese im Ergebnis stimmen wird.¹⁴ Daher kann auch nach der Ansicht von einem Irrtum des S ausgegangen werden. Da beide Ansichten zu dem gleichen Ergebnis gelangen, ist ein Streitentscheid entbehrlich.

(3) Vermögensverfügung

Indem die Krankenversicherung die Kosten für Sirexolax erstattet, liegt eine Vermögensverfügung vor.

(4) Vermögensschaden

Der Krankenversicherung des P müsste nun auch ein Vermögensschaden entstanden sein. P hat die Kosten für Sirexolax i.H.v. 250,- € erstattet bekommen, obwohl die Krankenversicherung aufgrund der fehlenden Abrechnungsfähigkeit dazu nicht verpflichtet war. Daher wird durch die Zahlung auch keine Forderung des Versicherungsnehmers beglichen, wodurch eine Befreiung von einer Verbindlichkeit erfolgen könnte.¹⁵ Damit ist ein Vermögensschaden auf Seiten der Krankenversicherung gegeben.

(5) Zwischenergebnis

P hat den objektiven Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht. Insgesamt ist P aber aufgrund mangelnden Vorsatzes straflos.

bb) Tatherrschaft

A müsste nun Tatherrschaft über P gehabt haben. Darunter ist die überlegene Stellung des Hintermanns gegenüber dem Werkzeug zu verstehen, die i.R.v. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch die Formen der Irrtums-, Nötigungs- oder Organisationsherrschaft auftreten kann.¹⁶ Vorliegend könnte eine Irrtumsherrschaft des A in Betracht kommen. Von einer solchen ist auszugehen, wenn der Hintermann über eine Begebenheit mehr Kenntnisse hat als das handelnde Werkzeug und er dessen feh-

¹² *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 510; BGH NJW 2003, 1198.

¹³ *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 55a.

¹⁴ BGH NJW 2012, 1377 (1379).

¹⁵ BGH NJW 2012, 1377 (1383).

¹⁶ Als Lernbeitrag zur Mittelbaren Täterschaft ist *Koch*, JuS 2008, 399 u. 496 zu empfehlen.

lendes Wissen bewusst zur Tatbegehung ausnutzt.¹⁷ Im Gegensatz zu P wusste A, dass Sirexolax nicht abrechnungs- und erstattungsfähig ist. Indem er es jedoch veranlasste, dass die angebliche Erstattungsfähigkeit mit in der Rechnung für P aufgeführt wird, wirkte er darauf hin, dass sich P die Kosten erstatten lässt und somit die Krankenversicherung geschädigt wird. Damit hatte A Irrtumsherrschaft über P.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale

A wusste, dass wenn sich P die Kosten für das Medikament erstatten lässt, die Krankenversicherung dadurch einen Vermögensschaden erleidet. A handelte mithin vorsätzlich.

bb) Vorsatz bzgl. des Werkzeugs

A wusste zudem, dass P keinerlei Kenntnis davon hatte, dass Sirexolax nicht erstattungsfähig ist. Dass sich P die Kosten auch tatsächlich erstatten lässt, nahm A mindestens billigend in Kauf und handelte daher auch mindestens mit dolus eventualis.

cc) Bereicherungsabsicht

Ferner müsste A mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben. Dabei bezieht sich die Absicht auf das Erlangen eines Vermögensvorteils,¹⁸ der sich unmittelbar aus der Vermögensverfügung ergibt. Allerdings hatte A nicht die Absicht, sich selbst durch das Erstatte der Kosten zu bereichern. § 263 Abs. 1 StGB erfasst aber auch die *Drittbereicherungsabsicht*, bei der der Täter einem Dritten einen Vermögensvorteil zukommen lassen will. Vorliegend wollte A, dass P die Kosten erstattet werden und er aus dem Vermögen der Krankenversicherung bereichert wird. Damit handelte A mit Drittbereicherungsabsicht.

(1) Stoffgleichheit

Zudem müsste zwischen dem Vermögensschaden der Krankenversicherung und dem Vermögensvorteil des P Stoffgleichheit bestehen. In Fällen der Drittbereicherungsabsicht ist dies dann der Fall, wenn der Vermögensschaden des Opfers gleichzeitig unmittelbar den Vermögensvorteil des Dritten begründet.¹⁹ Vorliegend ist P unberechtigterweise aus dem Vermögen der Krankenversicherung die Summe von 250,- € zugeführt worden. Deren Nachteil ist gleichsam die Kehrseite des Vorteils des P. Damit ist Stoffgleichheit gegeben.

(2) Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Die Bereicherung des P war auch rechtswidrig, da dieser keinerlei Anspruch auf Rückerstattung hatte. Auch diesbezüglich handelte A vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit/Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

3. Zwischenergebnis

Indem A veranlasste, dass P eine Rechnung für den Erhalt von Sirexolax übersendet wird und dieser bei seiner Krankenversicherung die Rückerstattung der Kosten beantragte, hat sich A gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Lasten der Krankenversicherung des P strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des M gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB

Indem M in die an P adressierte Rechnung einfügt, dass die Kosten für Sirexolax von der Krankenversicherung zurückerstattet werden können und P diese Kosten auch erstattet bekommt, könnte er sich gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Abgrenzung

Fraglich ist allerdings, ob das Einfügen der Erstattungsfähigkeit in die Rechnung bereits eine Täterstellung des M begründet. Dazu ist eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorzunehmen.²⁰

Nach der *subjektiven Theorie* des BGH ist Täter, wer die Tat als eigene will.²¹ Dabei werden alle Umstände berücksichtigt, die von der Vorstellung des Tatbeteiligten erfasst sind.²² Vorliegend hat M keine weiteren Fragen gestellt. Zwar weiß er, dass A das Medikament nicht in Rechnung stellen darf, jedoch macht er sich keine weiteren Gedanken darüber. M kommt es nur darauf an, den „Bonus“ von 100,- € zu erlangen. Dafür, dass M die Tat als eigene wolle, existieren nicht genügend Anhaltspunkte. Folgt man daher der subjektiven Theorie, ist die Täterschaft des M abzulehnen.

Demgegenüber steht die überwiegend in der Literatur vertretene *Tatherrschaftslehre*.²³ Danach ist Täter, wer die Tat so beherrscht, dass er sie nach seinem eigenen Willen ablaufen oder hemmen lassen kann, Teilnehmer derjenige, der die Tat lediglich fördert.²⁴ Zwar hat M den Passus in die Rechnung aufgenommen, dass Sirexolax erstattungsfähig ist. Allerdings kann er danach nicht mehr selbst darauf einwirken, ob die Krankenversicherung dem P den Betrag erstattet oder nicht. Dafür spricht auch, dass er kaum Informationen von A bekommt. Daher ist er nicht in der Lage den Tatverlauf zu beeinflussen. Vielmehr stellt sein Verhalten i.S.d. Tatherrschaftslehre lediglich ein Fördern der Tat dar. Somit ist auch nach dieser Ansicht die Täterschaft des M zu verneinen. Da beide Ansichten zu dem gleichen Ergebnis gelangen, ist ein Streitentscheid entbehrlich.

²⁰ Zur Mittäterschaft s. *Seher*, JuS 2009, 304.

²¹ Vgl. BGHSt 2, 150; BGH NStZ 2000, 482; *Fischer* (Fn. 4), Vor § 25 Rn. 2.

²² S. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 526.

²³ *Wessels/Beulke* (Fn. 22), Rn. 512; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Rn. 24; *Joecks* (Fn. 18), § 25 Rn. 7.

²⁴ *Wessels/Beulke* (Fn. 22), Rn. 513.

¹⁷ *Koch*, JuS 2008, 399 (400).

¹⁸ Vgl. *Joecks*, Studienkommentar Strafgesetzbuch, 10. Aufl. 2012, § 263 Rn. 116.

¹⁹ *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, Rn. 71.

2. Zwischenergebnis

M hat sich nicht gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des M gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB²⁵

Indem M in die an P adressierte Rechnung einfügt, dass die Kosten für Sirexolax von der Krankenversicherung zurückerstattet werden, könnte er sich gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Zunächst müsste gem. § 27 Abs. 1 StGB eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegen. Dies ist der Fall, da sich A gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Lasten der Krankenversicherung des P strafbar gemacht hat.

bb) Hilfe leisten

M müsste zu dieser Tat Hilfe geleistet haben. Darunter ist jedes Fördern der Haupttat zu verstehen, wodurch die Chance auf einen Taterfolg erhöht werden muss.²⁶ M ist vorliegend Mitarbeiter der X-GmbH, die dafür zuständig ist, dass die Abrechnungen des A als Rechnungen an die Patienten gestellt werden. Wenn M nun in eine solche aufnimmt, dass das Medikament von der Krankenversicherung erstattet werden kann, wirkt diese Information nach außen hin seriös und somit glaubwürdig. Zudem kann P ohne den Erhalt der Rechnung nicht selbstständig davon ausgehen, dass eine Erstattungsmöglichkeit bestehen könnte, da ihm dafür die Kenntnisse fehlen. Daher haben sich durch das Verhalten des M die Chancen auf einen Taterfolg erhöht, ein Fördern der Haupttat ist damit gegeben.²⁷

b) Subjektiver Tatbestand

M müsste nun auch den subjektiven Tatbestand erfüllt haben. Dazu ist das Vorliegen des doppelten Gehilfenvorsatzes notwendig, der den Vorsatz bzgl. der Haupttat und des Hilfeleistens umfasst.²⁸

aa) Vorsatz bzgl. der Haupttat

(1) Vorsatz bzgl. § 263 Abs. 1 StGB

M müsste Vorsatz bzgl. der Begehung von § 263 Abs. 1 StGB gehabt haben. Vorliegend stellt M keine weiteren Fragen. Jedoch weiß er sowohl, dass A das Medikament nicht abrechnen darf, als auch, dass es von den Krankenversicherungen nicht erstattet werden kann. Da er vor dem Hintergrund dieses Wissens von A gebeten wird, die Rechnung entsprechend

auszustellen, muss davon ausgegangen werden, dass M es zumindest billigend in Kauf nahm, dass A die Krankenversicherung täuschen will. Daher ist von *dolus eventualis* auf Seiten des M auszugehen.

(2) Vorsatz bzgl. der Mittelbaren Täterschaft

Zudem müsste M Vorsatz bzgl. der Tatbestandsverwirklichung in mittelbarer Täterschaft gehabt haben. Dies ist erforderlich, da sich der Vorsatz i.R.d. Beihilfe auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes erstrecken muss.²⁹ Vorliegend könnte erneut *dolus eventualis* in Betracht kommen. M ist damit vertraut, dass A auf diesem Wege die Rechnungen an die Patienten übersenden lässt. Daher ist ihm auch klar, dass die Patienten nur selbst dazu in der Lage sind, einen eventuell bestehenden Erstattungsanspruch gegenüber den Krankenversicherungen geltend zu machen. Jedoch weiß er auch, dass Sirexolax nicht abrechen- bzw. erstattungsfähig ist. Dennoch bittet ihn A, das Gegenteil in die Rechnung zu schreiben. Somit kann davon ausgegangen werden, dass ihm daher bewusst ist, dass P wohl als Mittel zum Zweck fungieren soll. Da er auch keine weiteren Fragen stellt, nimmt er es wohl billigend in Kauf, dass P für die Täuschung der Krankenversicherung benutzt werden soll. Daher liegt auch Vorsatz bzgl. der mittelbaren Täterschaft vor.³⁰

bb) Vorsatz bzgl. des Hilfeleistens

Vom Vorsatz bzgl. des Hilfeleistens kann unproblematisch ausgegangen werden, zumal er weiß, dass er eine Belohnung von 100,- € erhält.

cc) Drittbereicherungsabsicht

Dass M über Drittbereicherungsabsicht verfügt, ist nicht zu erkennen. Allerdings ist dies i.R.d. Beihilfe nicht nötig. Erforderlich ist nur, dass der Teilnehmer Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale hat. Da es sich bei dem Betrug um ein Delikt mit überschießender Innentendenz handelt, muss diese in Form der (Dritt-)Bereicherungsabsicht nur beim Täter zwingend vorliegen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

3. Zwischenergebnis

Indem M in die an P adressierte Rechnung einfügt, dass die Kosten von der Krankenversicherung erstattet werden, hat er sich gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

²⁵ Zu den examensrelevanten Problemen der Beihilfe sei auf *Seher*, JuS 2009, 793 verwiesen.

²⁶ *Seher*, JuS 2009, 793 (794).

²⁷ Auf den Streit zur Kausalität des Gehilfenbeitrages zum Taterfolg musste hier nicht eingegangen werden.

²⁸ *Seher*, JuS 2009, 793 (797).

²⁹ *Joecks* (Fn. 18), § 27 Rn. 13.

³⁰ Andere Auffassung natürlich vertretbar, da der Sachverhalt insofern Spielraum lässt. Dann dürfte man aber auch nicht den Fehler begehen, eine versuchte Beihilfe zu prüfen, da es diese nach überwiegender Auffassung nicht gibt.

Tatkomplex 2: Die Abrechnung der Speziallaboruntersuchung**I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten des H**

Indem er H die Speziallaborleistung als eigens erbrachte Leistung in Rechnung stellt und dieser sie i.H.v. 200,- € auch begleicht, könnte sich A gem. § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten des H strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**aa) Täuschung*

Zunächst müsste A den H gem. § 263 Abs. 1 StGB getäuscht haben. A stellt H eine Rechnung aus, in der er die von L durchgeführte Speziallaboruntersuchung als eigene Leistung auführt. Dadurch behauptet auch der Privatarzt zum einen, dass er zur Abrechnung in der konkreten Form berechtigt ist, und darüber hinaus auch, dass die Rechtsvorschriften eingehalten worden sind, auf der die Abrechnung beruht.³¹

(1) Abrechnungsberechtigung nach § 4 Abs. 2 GOÄ

Abrechnungsberechtigt ist originär jedoch nur der L, der die Laboruntersuchung durchgeführt hat. A selbst hat dazu nichts beigetragen. Eine mögliche Abrechnung könnte darüber hinaus auf § 4 Abs. 2 GOÄ basieren. Gem. § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ darf der Arzt nur Gebühren für solche Leistungen einfordern, die er eigenständig erbracht hat. Wie gezeigt ist dies nicht der Fall. Jedoch könnte man auf § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ abstellen. Danach können auch solche Untersuchungen als eigene Leistungen abgerechnet werden, die nach einer fachlichen Weisung des abrechnenden Arztes durch einen anderen Arzt erbracht werden. Allerdings kommt solch eine fachliche Weisung dann nicht in Betracht, wenn der Arzt die angewiesene Leistung selbst nicht durchführen könnte, weil ihm dazu die Ausbildung fehlt.³² Jedoch verhält es sich im Fall genau so, da A nicht die fachliche Ausbildung genossen hat, um eine Speziallaboruntersuchung durchführen zu können.

(2) Zwischenergebnis

Auch ein Rückgriff auf § 4 Abs. 2 GOÄ vermag nicht darüber hinweg helfen, dass A selbst keine Leistung erbracht hat, dies jedoch so aus der Rechnung hervorgeht. Eine Täuschung durch A ist damit gegeben.

bb) Irrtum

H müsste nun auch einem Irrtum unterlegen sein. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass H die Rechnung gern bezahlt hat. Dies wird wohl bei lebensnaher Auslegung dann nicht der Fall sein, wenn er nicht glauben würde, dass A die Leistung selbst erbracht hat. Hinzu ist davon auszugehen, dass H darauf vertraut, dass die gebührenrechtlichen Voraussetzungen

der Abrechnung erfüllt sind, da ihm schließlich die Kenntnis fehlt, um dies anderweitig beurteilen zu können.

Eine Gegenauffassung im Schrifttum³³ geht jedoch in Fällen der Abrechnung von nicht selbst erbrachten Leistungen davon aus, dass beim Patienten gar kein Irrtum entstehen kann. Dies wird damit begründet, dass der Patient schließlich überprüfen könne, ob der Arzt tatsächlich selbst tätig geworden ist. Überdies wird dies mit Verweis auf § 12 GOÄ untermauert, wonach der Patient die Einzelheiten der Rechnung nachvollziehen könne.

Diese Auffassung ist jedoch mit dem BGH abzulehnen. Schließlich kann ein Patient nicht genau wissen, welche Leistung in seiner Abwesenheit vom Arzt tatsächlich erbracht wird und welche nicht. Zudem ist ein durchschnittlicher Patient in der Regel nicht in der Lage zu differenzieren, welche Leistung im Speziellen von dem behandelnden Arzt durchgeführt werden darf.³⁴ Vielmehr würde diese Auffassung eine straffreie Zone schaffen, da sich so verhaltende Ärzte darauf berufen könnten, dass der Patient schließlich nachprüfen könne, ob die Rechnung stimmt und damit eine Betrugsstrafbarkeit nicht möglich wäre. Dies ist jedoch kriminalpolitisch nicht sinnvoll.³⁵

Im Ergebnis kann daher von einem Irrtum des H ausgegangen werden.

cc) Vermögensverfügung

Die Vermögensverfügung ist aufgrund der Zahlung der 200,- € durch H unproblematisch gegeben.

dd) Vermögensschaden

Nun müsste bei H auch ein Vermögensschaden eingetreten sein. Vergleicht man nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung die Vermögensmasse des H vor und nach der Vermögensverfügung, so ist festzustellen, dass das Vermögen des H um 200,- € gemindert worden ist. Allerdings hat H auch die Leistung der Laboruntersuchung erhalten. Fraglich ist nun, ob hier dennoch von einem Vermögensschaden auszugehen ist. Dafür können verschiedene Aspekte herangezogen werden.

(1) Fehlen einer Forderung

Der Schaden könnte dadurch begründet werden, dass durch die Zahlung des H keine fällige Forderung beglichen wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass A vorliegend keinen Anspruch auf Zahlung gehabt hat. Schließlich hat nur L die Leistung erbracht. Zwar hat L sich von A vergüten lassen. Originär steht jedoch nur L der Anspruch auf Zahlung gegenüber H zu. Dieser ist auch nicht wirksam an den H abgetreten worden, da es dafür einer Einwilligung des Patienten bedarf.³⁶ Unabhängig davon, ob er diesen geltend machen würde, erlischt dieser nicht dadurch, dass H an A gezahlt hat. Theoretisch

³¹ BGH NJW 2012, 1377 (1379).

³² Cramer/Henkel, MedR 2004, 593 (596); BGH NJW 2012, 1377 (1381).

³³ Dahm, MedR 2003, 268 (269).

³⁴ BGH NJW 2012, 1377 (1382).

³⁵ Eine derartig vertiefte Darstellung des Problems ist an der Stelle nicht erwartet gewesen. Die Ausführung dient vor allem der Wissensvermittlung für den „Ernstfall“.

³⁶ BGH MedR 2012, 388 (389).

bestünde daher nach wie vor die Möglichkeit der Inanspruchnahme des H durch L.

(2) Wertverfall der Leistung und Schadenskompensation

Überdies könnte auch hier ein Wertverfall der Leistung des L in Betracht kommen. Zunächst muss dabei von dem Grundsatz ausgegangen werden, dass der Schaden in § 263 Abs. 1 StGB stets nach wirtschaftlichen Aspekten zu bewerten ist. Bei Leistungen durch Privatärzte existiert jedoch kein wirtschaftlich objektiver Markt, weshalb die Normen der GOÄ ausschlaggebend für die Frage sein sollen, ob ein Schaden gegeben ist. Der BGH hat nun in seiner jüngsten Entscheidung die Grundsätze der streng formalen Betrachtungsweise,³⁷ die bereits für den Abrechnungsbetrag bei Vertragsärzten Anwendung findet, auf die Abrechnung durch Privatärzte übertragen.³⁸ Wenn daher die GOÄ als konkreter Bezugspunkt der Rechtsordnung für die Abrechenbarkeit von privatärztlichen Leistungen eine solche versagt, hat dies zur Folge, dass der vom Arzt erbrachten Leistung kein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden kann.³⁹ Vorliegend hat A die Behandlung nicht selbst durchgeführt, sie aber dennoch als eigene abgerechnet. Damit hat er gegen § 4 Abs. 2 GOÄ verstoßen. Da aber die abgerechnete Leistung untrennbar mit dem Merkmal der Eigenständigkeit verbunden ist, kann nach BGH auch der von L tatsächlich erbrachten Leistung kein Wert zukommen, den A gegenüber H geltend machen könnte.

Allerdings sieht sich die streng formale Betrachtungsweise des BGH zunehmend Kritik aus der Literatur ausgesetzt. Es wird angeführt, dass mittels dieser Ansicht die Grundsätze der in § 263 StGB anzuwendenden Gesamtsaldierungslehre⁴⁰ unterlaufen werden. Bei einer lege artis erbrachten medizinischen Leistung ist diese als wirtschaftliches Äquivalent zu werten, das die Vermögensminderung seitens des Patienten ausgleicht und damit der Schaden entfällt.⁴¹ Anderenfalls würde der Vermögensschaden allein danach beurteilt werden, ob die ärztliche Leistung gebührenrechtlich abrechenbar war,⁴² unabhängig von deren tatsächlichen medizinischen Qualität. Dadurch wird der § 263 StGB dahin gehend aufgeweicht, dass er neben dem Vermögen auch die Einhaltung der sozialrechtlichen Vorschriften schützen soll. Dies ist jedoch von § 263 StGB nicht vorgesehen.⁴³ Wird der Vermögensschaden trotz entsprechender medizinischer Korrektheit allein wegen eines gebührenrechtlichen Verstoßes angenommen, fehlt jeder Bezug zum Schutzgut des Vermögens, weshalb die Auffassung des BGH abzulehnen sei.⁴⁴

³⁷ Joecks (Fn. 18), § 263 Rn. 121, bzw. Grunst, NStZ 2004, 533.

³⁸ BGH NJW 2012, 1377 (1383); Krit. dazu Tiedemann, JZ 2012, 525.

³⁹ BGH NJW 2012, 1377 (1383); Dann, NJW 2012, 2001.

⁴⁰ Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, S. 202.

⁴¹ Schneider, in: Wienke/Janke/Kramer (Hrsg.), Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht, 2011, S. 57 (S. 64).

⁴² Schneider (Fn. 41), S. 57 (S. 61).

⁴³ Volk, NJW 2000, 3385.

⁴⁴ Lindemann, NZWiSt 2012, 338 (339).

Teilweise wird in der Literatur vertreten,⁴⁵ dass eine Schadenskompensation stattfindet, da der Patient Aufwendungen erspart hat. Schließlich hätte er auch den Laborarzt bezahlen müssen, wenn der die Leistung direkt von ihm bezieht. Der BGH lehnt diese Ansicht allerdings mit dem Argument ab, dass dadurch hypothetische Reserveursachen einbezogen werden würden,⁴⁶ was zu Rechtsunsicherheit führt.

Im Ergebnis ist es vertretbar, mit dem BGH das Vorliegen eines Vermögensschadens auf Seiten des H zu bejahen.⁴⁷

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

A handelte vorsätzlich bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes.

bb) Bereicherungsabsicht

Fraglich ist jedoch, ob A mit Bereicherungsabsicht gehandelt hat. Diese kann jedoch nur dann vollständig gegeben sein, wenn die Bereicherung rechtswidrig war und A diesbezüglich auch Vorsatz gehabt hätte. Zwar ist die Bereicherung als rechtswidrig einzustufen. Allerdings ging A hier davon aus, dass sein Verhalten in Ordnung ist und er auch berechtigt ist, von H eine höhere Vergütung zu verlangen. Unabhängig davon, ob dies wohlmöglich einen Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB darstellt, fehlt es A daher bereits im subjektiven Tatbestand am Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.

2. Zwischenergebnis

A hat sich daher nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten des H strafbar gemacht.

II. Ergebnis

Im Tatkomplex 1 hat sich A gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Lasten der Krankenversicherung des P strafbar gemacht. M hat sich dabei gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Im Tatkomplex 2 kommt keine Strafbarkeit in Betracht.

⁴⁵ Gaidzik, wistra 1998, 329.

⁴⁶ S. BGH NJW 2012, 1377 (1384); So auch zu finden bei Brand/Wostry, StV 2012, 620. Zwar kann die Ansicht des BGH zum Abrechnungsbetrag mit der Literatur durchaus kritisch hinterfragt werden. Allerdings sollte es für das Examen ausreichen, wenn man die Linie des BGH kennt und sich damit auseinandersetzt.

⁴⁷ Natürlich kann hier auch der Literaturansicht gefolgt werden, was zur Verneinung des Vermögensschadens führt. Der subjektive Tatbestand müsste dann jedoch im Hilfsgutachten dargestellt werden.

Referendarexamensklausur: Der Milzriss

Von Prof. Dr. **Hendrik Schneider**, Akad. Rätin Dr. **Antje Schumann**, Leipzig

Sachverhalt

T ist in Leipzig auf einer Ringstraße unterwegs. Er fährt auf der rechten Spur mit der vorschriftsmäßigen Geschwindigkeit von 50 km/h. Fußgängerin P steht für T nicht sichtbar vor einem am rechten Straßenrand ordnungsgemäß haltenden Lieferwagen und tritt plötzlich vor den Wagen des T. T kann trotz sofortiger Vollbremsung den Unfall nicht vermeiden. Er erkennt sofort, dass sich P lebensgefährlich verletzt hat und sofortiger Hilfe bedarf. Gleichwohl setzt T seine Fahrt fort, weil ihm aufgrund einer früheren Trunkenheitsfahrt das Führen eines Kraftfahrzeugs verboten ist und er nicht bestraft werden möchte. Dabei nimmt T in Kauf, dass P ohne sein Eingreifen sterben könnte. Inzwischen hat ein anderer Autofahrer angehalten und bemüht sich um erste Hilfe für P. Ferner verständigt er einen Rettungswagen.

Im Krankenhaus werden bei der mittlerweile bewusstlosen P innere Verletzungen festgestellt. P wird sofort durch den Chefarzt Dr. C – wie sich später herausstellt fachgerecht – durch einen Bauchschnitt mit dem Skalpell operiert. Nach Verlegung auf die Intensivstation wird Dr. C in der Nacht gemeldet, dass P drei Liter Blut über die Drainagen verloren hat. Dr. C führt keine weitere Operation durch, weil er diese für aussichtslos hält. P verstirbt am folgenden Tag. Die Autopsie ergibt, dass bei dem Unfall eine so genannte „zweizeitige Milzruptur“ verursacht wurde. Bei dieser reißt die Milz, die sie umgebende Hülle bleibt aber zunächst unversehrt. Durch den im Inneren des Organs ansteigenden Druck reißt die Hülle schließlich zu einem späteren Zeitpunkt und der Patient verblutet. Der hinzugezogene Sachverständige bewertet es als gravierende Sorgfaltspflichtverletzung, dass Dr. C nicht an die Möglichkeit einer zweizeitigen Milzruptur gedacht und sich nicht zu der erforderlichen zweiten Operation entschlossen hat. Ob P durch die zweite Operation hätte gerettet werden können, kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Nach den Angaben des Sachverständigen liegen die Überlebenschancen bei einer zweizeitigen Milzruptur und den hier gegebenen weiteren unfallbedingten Verletzungen bei ca. 50 %. Ohne die zweite Operation bestanden hingegen keine Überlebenschancen.

Um sein Unfallfahrzeug verschwinden zu lassen, fährt T am nächsten Tag zu dem mit ihm befreundeten Kfz-Händler X, der auch eine Autoverwertung betreibt. Er entschließt sich zum Kauf eines bei X stehenden Neuwagens, weil der Bund bei Kauf und Zulassung eines Neuwagens und Abgabe des alten Autos an ein Verschrottungsunternehmen eine sog. Umweltprämie gewährt. X fährt mit dem Neuwagen sogleich zur Zulassungsstelle. Als er mit dem zugelassenen Auto zurückkommt, lässt T sich von ihm ein Antragsformular für die Gewährung der Umweltprämie geben. Während T auf dem ersten Blatt seine Personalien einträgt, kommt er auf den Gedanken, den Wagen nicht verschrotten zu lassen, sondern zu veräußern, die Umweltprämie aber dennoch zu kassieren. Dies sagt er dem X und bietet diesem an, ihn mit 50 % am Verkaufserlös für den Wagen zu beteiligen, wenn T durch die Mitwirkung des X bei der Antragstellung die Umweltprämie erhalte. X sagt

zu, um am Verkaufserlös für den Wagen beteiligt zu werden. Er bekundet im Antragsformular, dass der alte Wagen des T in seiner Firma verschrottet werde. T macht die weiteren erforderlichen Angaben, unterschreibt den Antrag unter dem im Vordruck stehenden Satz: „Ich versichere, dass alle Angaben wahrheitsgemäß sind“, und sendet ihn ab. Nachdem T das Formular zur Beantragung der Umweltprämie abgeschickt hat, wird einige Tage später das noch auf dem Hof befindliche Unfallfahrzeug von der Polizei entdeckt und sichergestellt. Im Nachhinein stellt sich heraus, dass zu diesem Zeitpunkt die Umweltprämie durch die zuständige Sachbearbeiterin bereits bewilligt und der diesbezügliche Bescheid zur Post aufgegeben worden war. Lediglich die Überweisung des Geldbetrags stand noch aus.

Aufgabe

Wie haben sich T, Dr. C und X strafbar gemacht?

Hinweis für die Bearbeiter

Die Prüfung beschränkt sich auf Straftatbestände des StGB. Es ist davon auszugehen, dass sich T durch das Führen des Kraftfahrzeugs wegen § 21 StVG strafbar gemacht hat. Eine Strafbarkeit von X gemäß § 258 StGB ist nicht zu prüfen. Strafanträge sind, soweit erforderlich, gestellt. Die Umweltprämie ist eine staatliche Prämie in Höhe von 2500 EUR, die gewährt wird, wenn ein altes Kraftfahrzeug verschrottet und ein Neuwagen erworben und zugelassen wird. Mit ihr sollte einerseits die Autowirtschaft gefördert und andererseits durch die Verschrottung alter Autos die Umweltbelastung verringert werden.

Es ist zu unterstellen, dass zum Tatzeitpunkt, soweit im Aufgabentext nichts Gegenteiliges angegeben ist, die Voraussetzungen für die Bewilligung der Umweltprämie gegeben sind.

Lösungsvorschlag

A. Das Unfallgeschehen – Strafbarkeit des T

I. § 222 StGB durch Anfahren der P

Durch das Anfahren hat T zwar den Tod der P, also den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht. Er hat jedoch nicht sorgfaltswidrig gehandelt. Denn er ist mit erlaubter Geschwindigkeit von 50 km/h auf der rechten Fahrbahnseite gefahren und musste aufgrund des im Straßenverkehr geltenden Vertrauensgrundsatzes¹ nicht damit rechnen, dass eine Fußgängerin plötzlich vor sein Auto tritt. Auch die sofortige Vollbremsung war sorgfaltsgemäß.

¹ S. BGHSt 7, 118; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 149, 211 ff.

II. §§ 212, 13 StGB durch Unterlassen von Rettungsmaßnahmen²*1. Objektiver Tatbestand*

Der tatbestandsmäßige Erfolg, der Tod eines Menschen, liegt vor.

T hat es unterlassen, erste Hilfe zu leisten und einen Rettungswagen zu rufen. Nach h.M.³ setzt der Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikts allerdings voraus, dass die nicht vorgenommene Handlung erfolgsabwendend gewesen, im Fall ihrer Vornahme der Erfolg also ausgeblieben wäre (sog. Quasi-Kausalität der Unterlassung).⁴ Durch Maßnahmen der Ersten Hilfe hätte T jedoch die zweizeitige Milzruptur, die zum Tod der P geführt hat, nicht beseitigen können. Hätte er einen Rettungswagen gerufen, so wäre P in ein Krankenhaus und in ärztliche Behandlung gekommen. Nach den Angaben des Sachverständigen hätte sie jedoch auch bei ordnungsgemäßer Behandlung nur eine Überlebenschance von 50 % gehabt. T hat daher keine *erfolgsabwendende* Handlung unterlassen.

Eine in der Literatur vertretene Ansicht⁵ überträgt allerdings die sog. Risikoerhöhungslehre auf das unechte Unterlassungsdelikt und verzichtet auf die Quasi-Kausalität der Unterlassung. Nach ihr genügt, dass das Risiko des Erfolgseintritts bei Vornahme der unterlassenen Handlung verringert worden wäre. Ob diese Auffassung zutrifft, kann hier jedoch dahinstehen. Da der Rettungswagen ohne erkennbare zeitliche Verzögerung durch einen anderen Verkehrsteilnehmer gerufen wurde, hätte sich das Risiko für P nicht geändert, wenn T dies getan hätte.

2. Ergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

III. §§ 212, 22, 23, 13 StGB durch Unterlassen von Rettungsmaßnahmen*1. Tatentschluss**a) Vorsatz bzgl. des Erfolgseintritts*

T erkannte, dass P lebensgefährlich verletzt war und ohne sein Eingreifen möglicherweise sterben würde. Um sein Ziel zu erreichen, nicht gemäß § 21 StVG bestraft zu werden, nahm er dies in Kauf, gab also diesem Ziel den Vorzug vor

² Dass das Weiterfahren des T den Tod der P nicht verursacht hat, liegt auf der Hand, so dass sich eine Prüfung des § 212 erübrigt.

³ S. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn. 35 ff.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, S. 279 Rn. 20 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 40 jeweils m.w.N.

⁴ Die übliche Formulierung, dass dies mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen müsste, betrifft nicht die begrifflich-dogmatische Voraussetzung, sondern die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung, die jedoch bei der Quasi-Kausalität der Unterlassung keine anderen sind als bei der Kausalität positiven Tuns.

⁵ *Roxin* (Fn. 3), § 31 Rn. 46.

der Rettung des Lebens der P. Sein Unterlassen von Rettungsmaßnahmen war daher auch nach der h.M.,⁶ die für den bedingten Vorsatz ein voluntatives Element verlangt, hinsichtlich des Todes der P bedingt vorsätzlich.

b) Vorsatz bzgl. Garantenstellung

T müsste sich Umstände vorgestellt haben, die eine Garantenstellung, also eine Erfolgsabwendungspflicht i.S.d. § 13 StGB begründeten. Da er wusste, dass und wie es zu dem Unfall und der Verletzung der P gekommen war, könnte er sich Tatsachen vorgestellt haben, die eine Garantenstellung aus vorangegangenen gefährdenden Tun ergaben. Umstritten ist allerdings, ob eine solche Garantenstellung anzuerkennen ist.

aa) Nach der sog. Antiingerenztheorie ist die Garantenstellung aus vorangegangenen gefährdendem Tun jedoch abzulehnen. Begründet wird dies u.a. mit der fehlenden Herrschaft über den Grund des Erfolgs:⁷ Der Ingerent habe durch die Vorhandlung den Kausalverlauf aus seinem Herrschaftsbereich entlassen, so dass ihn lediglich die allgemeine Hilfespflicht gemäß § 323c StGB treffe. Darüber hinaus wird vertreten,⁸ dass die Garantenstellung aus Ingerenz, weil im Gesetz nicht vorgesehen, mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar sei.

bb) Die Rechtsprechung und h.L.⁹ erkennen eine Garantenstellung aus Ingerenz bei *pflichtwidriger* Gefahrverursachung an. Wegen des Verbots, ein Kfz zu führen, nahm T zwar unerlaubt am Straßenverkehr teil und handelte insoweit pflichtwidrig. Die Garantenstellung aus Ingerenz setzt jedoch weiter voraus, dass der Unterlassende eine nahe (adäquate) Gefahr für das Rechtsgut geschaffen hat.¹⁰ Dies war hier nicht der Fall, s.o. I. Zudem muss die von dem Verursacher der Gefahr verletzte Pflicht gerade dem Schutz des gefährdeten Rechtsguts dienen.¹¹ Auch daran fehlt es hier. Denn Zweck des § 21 StVG ist es nicht, sich selbst unbedacht und fahrlässig verhaltende Menschen vor den Gefahren des Straßenverkehrs zu schützen.

cc) Eine dritte Auffassung bejaht die Garantenstellung aus Ingerenz auch bei *pflichtgemäßem* Vorverhalten.¹² Bei generell gefährlichen Verhaltensweisen, zu denen die Teilnahme am motorisierten Verkehr zähle, soll die Berufung auf die mangelnde Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens nicht entlasten. Nach dieser Ansicht begründet allein der Umstand, dass T durch die Teilnahme am Straßenverkehr Gefahren für andere Verkehrsteilnehmer schafft, eine Garantenstellung aus Ingerenz. Dagegen spricht jedoch, dass damit letztlich die „bloße“

⁶ Zum Streit- und Meinungsstand s. *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, S. 1-13; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, § 7 Rn. 225.

⁷ So *Schünemann*, GA 1974, 231.

⁸ S. *Seebode*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 342.

⁹ S. *Roxin* (Fn. 3), § 32 Rn. 165 m.w.N. in Fn. 300.

¹⁰ *Schönke/Schröder/Stree/Bosch*, Perron, Strafgesetzbuch-Kommentar, 28. Auflage 2010, § 13 Rn. 34.

¹¹ *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 13 Rn. 35a.

¹² *Kühl* (Fn. 3), § 18 Rn. 101 m.w.N.

Kausalität zum garantenpflicht-begründenden Zurechnungskriterium erhoben wird.¹³

2. Ergebnis

T hat sich folglich keine Umstände vorgestellt, die eine Garantstellung aus Ingerenz begründeten, so dass eine Strafbarkeit gemäß §§ 212, 13, 22 StGB ausscheidet.¹⁴

IV. § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB durch Unterlassen von Rettungsmaßnahmen¹⁵

T könnte P in hilfloser Lage im Stich gelassen haben, indem er weiterfährt, ohne Rettungsmaßnahmen einzuleiten. Das setzt eine *Beistandspflicht* des T gegenüber P voraus. Eine solche Beistandspflicht besteht nach allgemeiner Meinung jedoch nur, wenn der Täter *Garant* im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB dafür ist, dass der andere nicht in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung kommt.¹⁶ Wie der Tatbestand zeigt, kann sich diese Garantstellung aus einem Obhutsverhältnis ergeben, das hier zu verneinen ist, da zwischen T und P ein solches vor dem Unfall nicht bestand. Wie unter III. 1. b) dargelegt, hatte T auch keine aus einem anderen Grund (hier: Ingerenz) resultierende Garantstellung für P.

V. § 323c StGB durch Unterlassen von Rettungsmaßnahmen

1. Objektiver Tatbestand

Indem T keine Maßnahmen zur Rettung der P vornahm, konnte er bei einem Unglücksfall nicht Hilfe geleistet haben, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten war.

Das Anfahren der P war ein plötzlich eintretendes Ereignis, das zu einer erheblichen Gefahr für ein Individualrechtsgut, nämlich das Leben der P führte, also ein Unglücksfall.¹⁷ Ob

¹³ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 13 Rn. 28 m.w.N.

¹⁴ Wird die Garantstellung aus Ingerenz bejaht, so hat sich T wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht, da er mit dem Liegenlassen der P ohne Einleitung von Rettungsmaßnahmen zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt hat. Folgerichtig wäre das Mordmerkmal „um eine andere Straftat zu verdecken“ zu prüfen und zu bejahen: T unterließ Rettungsbemühungen und entfernte sich vom Tatort, um einer Bestrafung wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis gem. § 21 StVG zu entgehen. Dass T hinsichtlich des Todes der P nur bedingt vorsätzlich handelte, schließt die Annahme der Verdeckungsabsicht nicht aus. Denn es genügt, wenn mit der (bedingt) vorsätzlich begangenen Handlung oder Unterlassung die Verdeckung erstrebt wird, s. Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 211 Rn. 35. Die Annahme eines versuchten Verdeckungsmords kann aber im Wege der sog. Typenkorrektur (s. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, vor § 211 Rn. 19 m.w.N.) verneint werden.

¹⁵ § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB scheidet mangels Vorsatzes aus.

¹⁶ S. Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 36. Aufl. 2012, Rn. 202 m.w.N.

¹⁷ Wessels/Hettinger (Fn. 16), Rn. 1044.

bei einem Unglücksfall Hilfe erforderlich ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer Ansicht¹⁸ ist das ex ante-Urteil eines verständigen Beobachters maßgeblich, nach einer anderen,¹⁹ ob objektiv eine Möglichkeit besteht, die Gefahr zu beheben oder zu mildern. Ob nach diesen Maßstäben eine Erste Hilfe durch den medizinischen Laien T erforderlich war, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Dass ein verständiger Beobachter es für erforderlich gehalten hätte, einen Rettungswagen herbeizurufen und damit ärztliche Maßnahmen zu veranlassen, liegt jedoch auf der Hand. Aber auch bei objektiver Betrachtung war dies erforderlich, weil anzunehmen ist, dass dadurch das Leben der P verlängert, jedenfalls aber ihre Überlebenschancen auf 50% hätten erhöht werden können. Indem T es unterließ, einen Rettungswagen zu rufen, hat er die ihm mögliche und erforderliche Hilfe folglich nicht geleistet. Dass ein anderer Verkehrsteilnehmer dies getan hat, ändert daran nichts, weil von einem solchen Verlauf nicht mit Sicherheit ausgegangen werden konnte.²⁰ Die Hilfeleistung war dem T auch zumutbar. Denn unabhängig davon, ob und unter welchen Umständen die Zumutbarkeit entfällt, wenn der Verpflichtete sich durch seine Hilfe der Gefahr der Strafverfolgung – hier gem. § 21 StVG – aussetzt,²¹ hätte T diese Gefahr durch einen anonymen Anruf vermeiden können.²²

2. Subjektiver Tatbestand

T kannte alle Umstände, die seine Verpflichtung begründeten und unterließ die Hilfe daher vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

VI. § 142 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB durch das Weiterfahren

1. Objektiver Tatbestand

Durch das Weiterfahren könnte sich T unerlaubt von einem Unfallort entfernt haben.

Der Zusammenstoß mit P ereignete sich im Straßenverkehr und führte zu einer zweizeitigen Milzruptur der P, war also ein Unfall im Straßenverkehr. Als Mitverursacher war T Unfallbeteiligter (§ 142 Abs. 5 StGB). Indem er weiterfuhr, hat er sich vom Unfallort entfernt. Ob er dies tat, bevor er seine Feststellungsduldungspflicht aus Nr. 1 erfüllt hatte, hängt davon ab, ob feststellungsbereite Personen anwesend waren.²³ Dass P feststellungsbereit war, erscheint angesichts der erlittenen Verletzungen zweifelhaft. Jedoch ist davon auszugehen, dass

¹⁸ Geppert, Jura 2005, 39 (42); Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2012, § 323c Rn. 9; zu weiteren Vertretern s. Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 312.

¹⁹ Rudolphi, NSStZ 1991, 237 (238 f.); zu weiteren Vertretern s. Küper (Fn. 18), S. 312.

²⁰ S. BGHSt 2, 296 (298).

²¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, § 42 Rn 13-15.

²² Bei Bejahung der §§ 212, 211, 22, 23, 13 StGB ist § 323c StGB subsidiär, s. BGHSt 14, 282 (284).

²³ Wessels/Hettinger (Fn. 16), Rn. 1011.

der den Rettungswagen rufende Verkehrsteilnehmer auch zu Feststellungen bereit war. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, hat T, indem er seine Fahrt fortsetzte, jedenfalls seine Wartepflicht gem. Nr. 2 verletzt.

2. *Subjektiver Tatbestand*

T handelte vorsätzlich, da er den Zusammenstoß mit P, den Unfall, als Mitverursacher bemerkt hat und ihm bewusst war, mit dem Weiterfahren die Unfallfeststellungen zu vereiteln.

3. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

B. Die Behandlung im Krankenhaus – Strafbarkeit von Dr. C²⁴

I. §§ 223 Abs. 1 StGB durch Bauchschnitt mit dem Skalpell

1. *Objektiver Tatbestand*

a) Durch den Schnitt hat C die körperliche Unversehrtheit der P nicht nur unerheblich beeinträchtigt, sie also körperlich misshandelt, und, da die Schnittverletzung ein pathologischer Zustand ist, auch ihre Gesundheit geschädigt. Nach Ansicht der Rspr.²⁵ hat er folglich den Tatbestand des § 223 StGB erfüllt. Dass die Operation medizinisch indiziert war, fachgerecht ausgeführt wurde und die von C festgestellten inneren Verletzungen mit Erfolg behandelt wurden, steht nicht entgegen.

Folgt man dieser Ansicht, so hat C auch vorsätzlich gehandelt und der Tatbestand ist erfüllt.

b) Demgegenüber vertritt ein erheblicher Teil der Literatur²⁶ die Ansicht, der gelungene und kunstgerecht ausgeführte ärztliche Heileingriff stelle, weil es dem Patienten im Ergebnis besser gehe, weder eine tatbestandsmäßige Gesundheitsschädigung noch eine Misshandlung dar.

c) Eine Entscheidung zwischen diesen beiden Auffassungen ist jedoch nicht erforderlich, wenn die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind. Denn wenn dies der Fall ist, so hat C, auch wenn man den Tatbestand der Körperverletzung für gegeben hält, ebenso wenig Unrecht begangen wie nach der Ansicht der Literatur, die bereits die Tatbestandsmäßigkeit verneint.

2. *Rechtswidrigkeit*

In Betracht kommt eine mutmaßliche Einwilligung der P. Sie setzt – von Ausnahmefällen abgesehen – voraus, dass die Einwilligung des von der Tat Betroffenen nicht eingeholt werden kann, aber aufgrund der Umstände anzunehmen ist, dass er sie erteilt haben würde.²⁷ Da P bei der Einlieferung in das

Krankenhaus bereits bewusstlos war, ist die erste Voraussetzung gegeben. Da der Sachverhalt keine gegenteiligen Angaben enthält, ist zudem davon auszugehen, dass sich P vernunftgemäß entschieden und in eine von einem Arzt durchgeführte fachgerechte Operation innerer Verletzungen eingewilligt hätte. C kannte diese Umstände, so dass auch das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt.

3. *Ergebnis*

Unabhängig davon, ob man den ärztlichen Heileingriff mit der Rechtsprechung als tatbestandsmäßige Körperverletzung ansieht oder ob man ihn mit der Literatur für nicht tatbestandsmäßig hält, hat C sich nicht gemäß § 223 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 222, 13 StGB durch Unterlassen der zweiten Operation

Dadurch, dass C eine zweite Operation der P unterließ, könnte er sich wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

1. *Objektiver Tatbestand*

a) Folgt man der h.M., so setzt dies, wie zuvor unter A. II. erwähnt, voraus, dass die weitere Operation den Tod der P verhindert hätte, ihre Nichtvornahme also quasi-kausal für den tatbestandsmäßigen Erfolg war. Nach den Sachverhaltsangaben ist jedoch davon auszugehen, dass eine zweite Operation den Tod der P nicht abgewendet, sondern ihre Überlebenschancen lediglich von 0 % auf 50 % erhöht hätte. Die Quasi-Kausalität der Unterlassung des C ist somit zu verneinen.

b) Die bereits oben erwähnte Abwandlung der Risikoerhöhungslehre verzichtet allerdings auf das Erfordernis der Quasi-Kausalität der Unterlassung und rechnet dem Unterlassenden den Erfolg schon dann zu, wenn die unterlassene Handlung das Risiko des Erfolgs verringert hätte. Das ist hier der Fall, da der Tod der P ohne die Operation sicher war, sie aber bei deren Vornahme eine Überlebenschance von 50 % gehabt hätte. Gegen diese „Risikoverminderungslehre“ ist jedoch einzuwenden, dass sie durch den Verzicht auf Quasi-Kausalität Verletzungsdelikte im Fall unechten Unterlassens in Gefährdungsdelikte umwandelt und damit gegen § 13 StGB verstößt.²⁸ Denn § 13 StGB verlangt für das vollendete unechte Unterlassungsdelikt, dass der Garant es unterlässt, den zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden Erfolg – hier also den von § 222 StGB vorausgesetzten Tod eines Menschen – „abzuwenden“ und nicht lediglich das Risiko des Erfolgseintritts zu verringern. Zudem muss das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch Tun entsprechen. Das ist bei Tatbeständen, die, wie § 222 StGB, Kausalität des Tuns für den Erfolg verlangen, aber nur dann der Fall, wenn das Unterlassen quasi-kausal ist.

²⁴ Hinsichtlich der Strafbarkeit von Dr. C ist zwischen der fachgerechten ersten Operation und dem Unterlassen der zweiten Operation zu unterscheiden.

²⁵ St. Rspr. seit RGSt 25, 375; s. *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 223 Rn. 29 m.w.N. aus der Rspr.

²⁶ *Gössel/Dölling*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 12 Rn. 73 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 223 Rn. 8; *Rengier* (Fn. 21), 13. Aufl. 2012, § 13 Rn. 16 m.w.N.

²⁷ *S. Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 381.

²⁸ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 14), Vor § 13 Rn. 14a.

2. Ergebnis

Mangels Quasi-Kausalität des Unterlassens der zweiten Operation für den Tod der P ist der Fahrlässigkeitstatbestand nicht erfüllt.

III. § 323c StGB

1. Objektiver Tatbestand

Die in der Nacht durch den erheblichen Blutverlust eingetretene lebensbedrohliche Verschlechterung des Gesundheitszustands der P stellt einen Unglücksfall²⁹ (dazu oben A. V.) dar. Da eine zweite Operation ihre Überlebenschancen auf ca. 50 % erhöht hätte, war sie nach dem ex ante-Urteil eines verständigen Beobachters die erforderliche Hilfe.³⁰ Dasselbe gilt, wenn man die Erforderlichkeit davon abhängig macht, dass die objektive Möglichkeit besteht, die Gefahr abzumildern.³¹ Indem C die Operation unterließ, hat er also die erforderliche Hilfe nicht geleistet. Gegen die Zumutbarkeit der Hilfeleistung bestehen keine Bedenken. Dass P Schmerzen hatte, die eine Behandlung zusätzlich zu der Operation erforderlich gemacht hätten, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz setzt bei § 323c StGB neben der Kenntnis der Umstände, die das Merkmal des Unglücksfalls erfüllen, auch die Kenntnis von den Tatsachen voraus, die die Erforderlichkeit der Hilfe begründen. Da C die zweizeitige Milzruptur der P und daher die 50-prozentige Rettungsmöglichkeit nicht erkannt hatte, sondern eine zweite Operation für aussichtslos hielt, war sein Unterlassen nicht vorsätzlich.

C. Strafbarkeit von T und X wegen des Antrags auf Gewährung der Umweltprämie

I. § 263 Abs. 1 StGB indem T den Antrag an die Behörde absendet

T könnte sich durch das Absenden des Antrags auf Gewährung der Umweltprämie wegen Betrugs strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

In dem Antrag erklärte T durch seine Unterschrift, dass alle Angaben wahr seien, also auch die des X, der alte Wagen werde verschrottet. Damit täuschte T die Sachbearbeiterin einmal darüber, dass er den Wagen dem X zum Verschrotten übergeben habe sowie zum anderen über die Absicht des X, eine innere Tatsache, dementsprechend zu verfahren.

²⁹ Zur Definition Unglücksfall *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 323c Rn. 2 m.w.N.; *Küper* (Fn. 18), S. 310.

³⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 18; *Rengier* (Fn. 21), § 42 Rn. 9 m.w.N.

³¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 19; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 323c Rn. 14.

b) Irrtum der Sachbearbeiterin

Die zuständige Sachbearbeiterin in der Behörde ging von der Wahrheit der von T mit dem Antrag behaupteten Tatsachen aus, unterlag also einem entsprechenden Irrtum.

c) Vermögensmindernde Verfügung

Weiterhin ist erforderlich, dass sie infolge dieses Irrtums eine vermögensmindernde Verfügung vorgenommen hat. Da die Umweltprämie noch nicht ausbezahlt worden war, kann eine solche hier nur darin liegen, dass die Sachbearbeiterin den Bescheid über die Bewilligung der Umweltprämie ausgestellt und in den Geschäftsgang gegeben hatte, so dass er zur Post aufgegeben wurde. Dies setzt voraus, dass bereits dadurch eine unmittelbare Minderung des staatlichen Vermögens bewirkt worden ist.³² Nach h.M. ist eine solche Wirkung nicht nur bei einem endgültigen Verlust von Vermögenswerten gegeben, sondern auch bei einer konkreten „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung.³³ Die Bezeichnung als „schadensgleich“ kann zwar den Eindruck erwecken, die h.M. verstoße durch eine strafbarkeitserweiternde Analogie gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Dies trifft jedoch nicht zu. Denn auch im Fall der Vermögensgefährdung geht es darum, Situationen zu erfassen, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits zu einer gegenwärtigen Minderbewertung des Vermögens, also zu einem Schaden führen. Die ist z.B. dann anzunehmen, wenn infolge der Disposition über das Vermögen für den Vermögeninhaber bzw. die für ihn Handelnden keine Möglichkeit mehr besteht, den endgültigen Verlust zu vermeiden.³⁴ So lag es hier. Mit der Ausgabe des Bewilligungsbescheides zur Post war das Verfahren abgeschlossen, und es stand nur noch die Überweisung des bewilligten Betrags aus. Weder die Sachbearbeiterin noch ein anderer Angehöriger der Behörde hatten somit die Möglichkeit, die Täuschung des T zu entdecken und den endgültigen Verlust des Betrags durch Rücknahme des Bescheids (§ 49 VwVfG) zu verhindern. Dass der Sachverhalt vor der Überweisung aufgeklärt wurde, ist Zufall. Der Bewilligungsbescheid führte daher zu einer unmittelbaren Vermögensminderung.

³² Zu einer Diskussion des Vermögensbegriffs besteht hier kein Anlass (and. *Fahl*, JA 2011, 836). Es sei denn, man zieht in Zweifel, dass staatliches Vermögen durch § 263 StGB geschützt sei, s. dazu *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 264 Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 264 Rn. 1.

³³ S. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2009, Rn. 571-577; *Küper* (Fn. 18), S. 380-381.

³⁴ S. BVerfG, Beschl. v. 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07, Rn. 30 ff.; *Tiedemann*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 171 m.w.N.; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 297 ff., 303; *Satzger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 263 Rn. 174 ff.; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 532 ff., mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands.

Zweifel am Vorliegen einer Vermögensverfügung können sich daher allein daraus ergeben, dass die Sachbearbeiterin nicht über eigenes, sondern über staatliches Vermögen disponierte (sog. Dreiecksbetrug³⁵). Zwar verlangt der Betrugstatbestand, dass der Getäuschte auch der Verfügende sein muss. Der Verfügende braucht allerdings nicht der Inhaber des betroffenen Vermögens zu sein. Es genügt der Struktur des Betrugs als mittelbarem Selbstschädigungsdelikt, wenn der Verfügende zu dem fremden Vermögen in einer speziellen Beziehung stand, die ihm die wertmindernde Disposition darüber nicht nur rein faktisch ermöglicht hat. Eine solche Beziehung ist nach allgemeiner Meinung jedenfalls dann gegeben, wenn der Verfügende – wie hier die Sachbearbeiterin – zu der vorgenommenen Disposition befugt ist.³⁶

d) Schaden

Fraglich ist allerdings, ob die Verfügung zu einem Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB geführt hat. Zwar wurde die Vermögensminderung nicht durch einen wirtschaftlichen Gegenwert kompensiert. Eben dies war der Sachbearbeiterin jedoch bekannt, so dass insoweit eine bewusste Selbstschädigung des Staates gegeben ist. Nach der herrschenden Ansicht in der Literatur,³⁷ der die neuere Rechtsprechung³⁸ in der Sache folgt, setzt § 263 StGB jedoch voraus, dass dem Verfügenden durch die Täuschung und seinen Irrtum das „Schädigende“ seines Handelns verborgen bleibt. Im Fehlen eines ökonomischen Gegenwerts kann der Schaden daher nicht gesehen werden.³⁹ Als eine den Schaden ausschließende Kompensation der vermögensmindernden Verfügung kommt aber nach der in der Literatur vertretenen juristisch-ökonomischen Vermögenslehre⁴⁰ nicht nur ein wirtschaftlicher Ausgleich in Betracht. Ein Ausgleich ist nach dieser Lehre, der sich die Rechtsprechung insoweit angeschlossen hat,⁴¹ auch dann gegeben, wenn durch die Verfügung eine fällige und einredefreie Forderung erfüllt und damit Befreiung von einer Verbindlichkeit erreicht wird. Daran fehlt es hier. Einen Anspruch auf die Umweltprämie hat nur derjenige, der einen Neuwagen kauft, ihn zulassen lässt und seinen alten Wagen einer Autoverwertung zur Verschrottung übergibt. Letzteres trifft hier nach dem Sachverhalt nicht zu. Mithin hatte T keinen Anspruch auf die Umweltprämie.

³⁵ S. dazu *Küper* (Fn. 18), S. 400 ff. mit ausführlichen Literaturhinweisen zum Meinungsstand.

³⁶ Vgl. die Fallbeispiele bei *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 6. Aufl. 2011, § 27 Rn. 44-56.

³⁷ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 33), Rn. 525 f.

³⁸ S. BGH NJW 1995, 539.

³⁹ Unklar *Fahl*, JA 2011, 836, der zunächst meint, nach dem streng wirtschaftlichen Vermögensbegriff sei ein Schaden wegen bewusster Selbstschädigung zu verneinen, dann aber erklärt, der Begriff Täuschung erfordere nicht, dass dem Getäuschten der schädigende Charakter seines Handelns verborgen bleibe und im Anschluss daran mit der sog. Zweckverfehlungslehre, ohne dies zu erwähnen, eine unbewusste Selbstschädigung annimmt.

⁴⁰ Vgl. *Tiedemann* (Fn. 34), § 263 Rn. 132; *Hefendehl* (Fn. 34), § 263 Rn. 334 ff.; *Küper* (Fn. 18), S. 367 m.w.N.

⁴¹ S. BGHSt 31, 178.

Die in der Bewilligung der Prämie liegende Vermögensminderung ist folglich nicht durch die Erfüllung eines Anspruchs des T ausgeglichen worden. Zudem nahm die Sachbearbeiterin infolge der Täuschung des T irrtümlich an, T habe seinen alten Wagen zur Verschrottung gegeben. Somit stellt die Bewilligung der Prämie auch eine unbewusste Selbstschädigung des Staates dar.⁴²

2. Subjektiver Tatbestand

T kannte alle Umstände, die den objektiven Tatbestand des § 263 StGB erfüllen. Da es ihm auf den Erhalt der Umweltprämie ankam und er wusste, dass sie ihm ohne die Verschrottung seines Unfallwagens nicht zusteht, hatte T auch die Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

4. Ergebnis

T ist wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar.

II. §§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB indem T den Antrag absendet

Ein Subventionsbetrug gem. § 263 Abs. 1 Nr. 1 scheidet aus, da die Umweltprämie keine Subvention i.S.d. § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB ist. Sie ist zwar eine Leistung aus öffentlichen Mitteln, die nach Bundesrecht gewährt wird. Jedoch sind Subventionen nur solche Leistungen, die ausschließlich an Betriebe oder Unternehmen vergeben werden. Die Umweltprämie wird aber auch an Private vergeben.

III. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB indem X im Antrag erklärt, er werde den Wagen verschrotten

X könnte sich durch seine Erklärung im Antrag als Mittäter des von T begangenen Betrugs strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Er müsste den Betrug mit T „gemeinschaftlich“ begangen haben, § 25 Abs. 2 StGB.

a) Nach der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre⁴³ setzt dies voraus, dass X einen wesentlichen Tatbeitrag zum Betrug geleistet hat und dies auf einem gemeinsamen Tatplan beruht. Die Erklärung des X im Antrag, den Wagen zu verschrotten, stellt einen unerlässlichen Tatbeitrag dar, da ohne sie der Antrag unvollständig gewesen und damit nicht

⁴² Ob eine unbewusste Selbstschädigung des Staates mit der sog. Zweckverfehlungslehre auch darin gesehen werden kann, dass die Sachbearbeiterin infolge des von T verursachten Irrtums nicht wusste, dass ein Zweck der Umweltprämie (die Schadstoffbelastung der Umwelt durch Verschrottung alter Wagen zu verringern) verfehlt wurde, bedarf keiner Erörterung, and. *Fahl*, JA 2011, 836.

⁴³ S. dazu *Roxin* (Fn. 3), § 25 Rn. 28.

bearbeitet worden wäre.⁴⁴ Diese Mitwirkung des X beruht auch auf dem gemeinsam beschlossenen Tatplan, den Unfallwagen nicht zu verschrotten, sondern zu verkaufen. Die objektiven Voraussetzungen nach der Tatherrschaftslehre liegen also vor.

b) Nach der subjektiven Täterlehre der Rechtsprechung⁴⁵ reicht es aus, dass X einen – wie immer gearteten – kausalen Tatbeitrag geleistet hat, der hier in der Erklärung über die beabsichtigte Verschrottung des Wagens liegt. Ebenso ist der gemeinsame Tatplan von T und X, wie erwähnt, gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Nach der Tatherrschaftslehre handelte X vorsätzlich, da er wusste, dass er mit der Erklärung im Antrag, der Wagen werde verschrottet, eine notwendige Voraussetzung für den mit T gemeinsam geplanten Betrug schafft.

b) Folgt man der Rechtsprechung, so muss X seinen Tatbeitrag vorsätzlich und mit „Täterwillen“ (animus auctoris) geleistet haben. Wesentliches Kriterium für einen „Täterwillen“ sind sowohl das Interesse am Taterfolg als auch das Gewicht des geleisteten Tatbeitrags. Hier kam es X darauf an, dass T die Umweltprämie erhält, weil X nur dann seinen Teil am Verkaufserlös erhalten sollte. Darüber hinaus handelte es sich – was X auch bewusst war – bei seiner Erklärung im Antragsformular um einen für den Erhalt der Umweltprämie notwendigen Tatbeitrag. Sowohl aufgrund seines Interesses am Taterfolg als auch wegen der Bedeutung seines Tatbeitrags ist daher von einem „Täterwillen“ auszugehen.

c) Schließlich muss X in der Absicht gehandelt haben, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern. X selbst wollte keinen Anteil von der Umweltprämie. Jedoch kam es ihm darauf an, dass T sie erhält, um seinen eigenen Anteil am Verkaufserlös zu erhalten. Da er auch wusste, dass T ein Anspruch auf die Prämie nicht zustand, hatte er auch die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung.⁴⁶

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

4. Ergebnis

X ist wegen gemeinschaftlich mit T begangenen Betrugs strafbar, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.

⁴⁴ Verfehlt *Fahl*, JA 2011, 836, der die (gemeinsame) Tatherrschaft (!) in diesem Fall mit der Absicht, den Verkaufserlös für den alten Wagen zu teilen, begründen will.

⁴⁵ Zur neueren Rechtsprechung s. *Fischer* (Fn. 13), Vor § 25 Rn. 3 f., § 25 Rn. 12 ff.

⁴⁶ Nach der h.M. ist das Merkmal Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung objektiv zu bestimmen, so dass auch ein darauf bezogener Vorsatz zu prüfen ist, s. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 33), Rn. 585 ff. m.w.N.

Entscheidungsbesprechung

Keine Ein- und Ausbaupflicht im Rahmen der Nacherfüllung bei Verträgen zwischen Unternehmern

1. § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011 – Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269; Senatsurteil vom 21. Dezember 2011 VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073).

2. Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern. (Amtliche Leitsätze)

§ 439 Abs. 1 BGB

BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11 (OLG Stuttgart, LG Stuttgart)¹

Am 17.10.2012 hat das Dauerthema, ob im Rahmen der Nacherfüllung auch der Ausbau der zuvor gelieferten, mangelhaften Ware sowie der Einbau der neuen Ware geschuldet ist, durch das Urteil des BGH im sogenannten Granulat-Fall sein vorläufiges Ende gefunden. Im vorliegenden Beitrag soll die Entscheidung, unter Darstellung der vorangegangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung, besprochen werden.

I. Überblick über die vorangegangene Entwicklung in der Rechtsprechung

1. Der Dachziegel-Fall

Ausgangspunkt für das Verständnis des hier zu besprechenden Urteils ist die sogenannte „Dachziegel-Entscheidung“ aus dem Jahre 1983.² Dieser Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger kaufte von der Beklagten Dachziegel und ließ diese von einem Dachdecker zunächst provisorisch auf dem Dach auflegen, die sogenannte Grobeindeckung. Bei der im nächsten Frühjahr erfolgten Feindeckung stellten sich die Ziegel als mangelhaft heraus. Der Kläger erklärte daraufhin die Wandlung und erstritt ein rechtskräftiges Urteil auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Dachziegel. Der Kläger forderte die Beklagte mehrfach vergeblich auf, die noch auf dem Dach befindlichen Ziegel abzuholen. Die Beklagte weigerte sich mit der Begründung, sie sei nur verpflichtet, die Ziegel vom Erdboden abzuholen. Schließlich ließ der Kläger Dachpfannen auf seine Kosten

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=24707a8f3bb1548dbf292b126ed896d2&nr=62352&pos=0&anz=1> (zuletzt abgerufen am 19.2.2013)

² BGH NJW 1983, 1479.

abdecken und verlangte nunmehr Ersatz für die Kosten der Grobeindeckung und die Kosten der Abdeckung.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung galt der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung entfallene § 467 BGB a.F., dessen Satz 2 bestimmte, dass der Verkäufer im Falle der Wandlung auch die „Vertragskosten“ zu ersetzen habe. In Bezug auf die Kosten der Grobeindeckung entschied der BGH, dass dem Kläger ein Anspruch aus § 467 S. 2 BGB a.F. zustand, denn die dort genannten Vertragskosten umfassten auch die Kosten, die notwendiger Weise entstehen, damit dem Käufer der bestimmungsgemäße Gebrauch ermöglicht wird, der nach dem Vertrag vorausgesetzt würde.

In Bezug auf die Kosten der Abdeckung hingegen käme ein Anspruch aus § 467 S. 2 BGB a.F. nicht in Betracht, denn bei der Abdeckung handele es sich um Rückabwicklungskosten, die jedenfalls nicht von den Vertragskosten umfasst wären. Jedoch stünde dem Kläger ein Anspruch auf Verzugschadensersatz nach §§ 284 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB a.F. zu, denn im Rahmen des Wandlungsvollzugs war der Beklagte verpflichtet, die Dachziegel abzudecken und wegzuschaffen. Dabei ließ der BGH offen, ob es sich bei der Rücknahmepflicht um eine generelle Pflicht handelte oder diese nur bei Vorliegen eines besonderen Interesses bestand, denn schließlich läge das Interesse des Klägers auf der Hand. Dass die Rücknahmepflicht auch die Abdeckung der Dachziegel umfasste, begründete der BGH mit der Überlegung, dass Erfüllungsort für den Wandelungsvollzug der sogenannte Austauschort sei, d. h. derjenige Ort, an dem sich die Sache zur Zeit der Wandelung befinde, und die Dachziegel befanden sich zur Zeit der Wandelung auf dem Dach. Soweit der Käufer im Rahmen der Wandelung die Sache zurückzugewähren habe, bedeute dies, dass er den Verkäufer lediglich in die Lage versetzen müsse, über die Ware verfügen zu können.

2. Parkettstäbe-Fall

Nach der Schuldrechtsreform kam es am 15.7.2008 zur Entscheidung im Parkettstäbe-Fall³, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der Kläger kaufte von der Beklagten Parkettstäbe, welche er in seiner Wohnung durch einen Parkettleger verlegen ließ. Nach der Verlegung stellte sich heraus, dass die nicht von der Beklagten hergestellten Parkettstäbe aufgrund eines „Produktionsfehlers“ mangelhaft waren.

Der Kläger forderte die Beklagte daraufhin zum „Austausch“ des Parkettbodens auf. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach. Auf ein anwaltliches Schreiben, in dem der Kläger die Kosten für die Entfernung des Parketts sowie für die Lieferung und Verlegung neuer Parkettstäbe geltend machte, zahlte die Beklagte die Kosten für die Entfernung und Entsorgung des mangelhaften Parketts. Mit der Klage verlangte der Kläger nunmehr die Kosten für die Verlegung neuer, anderweitig zu beschaffender Parkettstäbe.

Gegenstand der Entscheidung war also lediglich die Frage nach den Kosten für den Einbau von neuen Parkettstäben. Ein Anspruch auf den Ersatz der Kosten der ursprünglichen Verlegung – vergleichbar mit dem Anspruch auf Ersatz der Kos-

³ BGH NJW 2008, 2837.

ten der Grobeindeckung im Dachziegelfall – wäre nach der Schuldrechtsmodernisierung auch nicht mehr gegeben: Eine dem § 467 S. 2 BGB a.F. entsprechende Vorschrift existiert nicht mehr. Auch ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 käme mangels Schadens diesbezüglich nicht in Betracht, schließlich stellt die Verlegung der Parkettstäbe ein freiwilliges Vermögensopfer dar. Aber auch ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 284 BGB würde am mangelnden Verschulden des Verkäufers scheitern: Dieser hatte die Parkettstäbe nicht produziert, sondern lediglich verkauft und deren Mangelhaftigkeit war für ihn nicht erkennbar.

In Hinblick auf die geforderten Kosten für die Neuverlegung von mangelfreien Parkettstäben entschied der BGH, dass ein Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB nicht gegeben sei, denn zwar habe der Verkäufer demnach die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen, jedoch sei der Vollzug des Kaufvertrags nicht mehr im Stadium der Nacherfüllung gewesen: Schließlich verlangte der Kläger nicht mehr die Lieferung neuer Parkettstäbe und hatte auch nicht mehr vor, den bisher nicht gezahlten Kaufpreis zukünftig zu zahlen. In Betracht käme jedoch ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung aus § 439 BGB. Die Voraussetzungen des Nacherfüllungsanspruchs seien zwar grundsätzlich erfüllt gewesen, jedoch sei, so der BGH, fraglich, ob der Verkäufer auch eine Pflicht zur Nacherfüllung verletzt habe. Die Nachbesserung sei unmöglich gewesen, sodass lediglich eine Verletzung der Nachlieferungspflicht denkbar wäre. Die Verletzung einer Nachlieferungspflicht wäre aber nur dann zu bejahen, wenn die Neuverlegung im Rahmen der Nachlieferung geschuldet gewesen wäre.

Das Kernproblem der Parkettstäbe-Entscheidung war also die Frage, ob die Nachlieferung bei bestimmungsgemäß in eine andere Sache eingebauten, mangelhaften Sachen auch den Neueinbau umfasst. Der BGH kam diesbezüglich zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall sei.

Einerseits stützte sich die Entscheidung auf dem Argument, dass der Nacherfüllungsanspruch lediglich ein modifizierter Erfüllungsanspruch sei und demnach nicht weiter gehen könne als die ursprünglich geschuldete Leistung. Zudem, so führte der BGH aus, müsse die Nacherfüllung nicht den Zustand herstellen, indem sich die Kaufsache befände, wenn sie von Anfang an mangelfrei gewesen wäre; Zweck der Nacherfüllung sei vielmehr, dem Verkäufer eine letzte Chance zu gewähren, die Nachteile der Rückabwicklung zu vermeiden. Die Schäden und Aufwendungen des Käufers wegen des Mangels der Kaufsache seien nur im Rahmen des Schadensersatzes auszugleichen. Auch aus der Pflicht des Verkäufers, nach § 439 Abs. 2 BGB die Kosten der Nacherfüllung zu tragen, ergebe sich nichts anderes, denn die Regelung betreffe nur die für die Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen und erweitere den Leistungsumfang nicht über den in § 439 Abs. 1 BGB bestimmten Umfang. Dieses Ergebnis, so stellte der BGH darauf folgend fest, entspreche auch der Regelung in Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁴, auf welcher § 439 BGB basiert. Ziel der Regelung in Art. 3 Abs. 2 und 3

der Richtlinie sei es, den Verbraucher so zu stellen, als hätte der Verkäufer das Verbrauchsgut ursprünglich in einem vertragsgemäßen Zustand geliefert. Daraus folge aber nur, dass der Verkäufer nach Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie alle Kosten zu tragen habe, die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands durch Ersatzlieferung notwendig seien, nicht aber, dass der Verkäufer mehr zu leisten hätte. Eine Vorlage an den EuGH in Bezug auf die Richtigkeit dieser Auslegung wurde vom BGH mit Verweis auf die „*acte clair*“-Doktrin abgelehnt.

3. Der Vorlagebeschluss im Bodenfliesenfall

Am 14.01.2009 wurde dann der sogenannte Bodenfliesenfall⁵ vor dem BGH verhandelt. Diesem lag nachstehender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger kaufte von der Beklagten, welche einen Baustoffhandel betrieb, Bodenfliesen, die er in seiner Wohnung durch einen Fliesenleger verlegen ließ. Nach der Verlegung stellte sich heraus, dass die Fliesen Schattierungen aufgrund von Mikroschleifspuren aufwiesen, weswegen die Fliesen auch nach dem Putzen „schmutzig“ aussahen. Eine Abhilfe war nur in Form des kompletten Austauschs der Fliesen möglich. Nach vergeblicher Leistungsaufforderung mit Fristsetzung klagte der Käufer auf Lieferung mangelfreier Fliesen und Zahlung der Kosten für den Austausch der Fliesen. Durch das Berufungsgericht wurde die Beklagte zur Lieferung mangelfreier Fliesen sowie zur Zahlung der Ausbaukosten verurteilt, wogegen sich die Revision der Beklagten richtete. Die Frage, ob der Einbau neuer Fliesen geschuldet war, war somit nicht mehr Gegenstand der Revision.

Zum Anspruch auf Ersatz der Ausbaukosten nach deutschem Recht führte der BGH aus, dass ein Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Lieferung mangelhafter Fliesen am Verschulden der Beklagten scheitere. In Betracht käme lediglich ein Schadensersatzanspruch wegen der unterbliebenen Nachlieferung mangelfreier Fliesen. Ob der Ausbau im Rahmen der Nachlieferung grundsätzlich geschuldet ist, sei im deutschen Recht umstritten. Im vorliegenden Fall könne die Beklagte nach deutschem Recht jedenfalls die Nachlieferung nach § 439 Abs. 3 BGB wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit verweigern.

Der BGH hatte jedoch Zweifel an der Europarechtskonformität des in § 439 Abs. 3 BGB vorgesehenen Verweigerungsrechts wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit. Sollte § 439 Abs. 3 BGB nicht mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vereinbar sein, so stellte der BGH fest, wäre die Frage nach einer Ausbaupflicht im Rahmen der Nacherfüllung im vorliegenden Fall doch entscheidungsrelevant.

Nach deutschem Recht ergebe sich eine Ausbaupflicht bei Nacherfüllung nicht bereits aus dem Gesetzeswortlaut in § 439 Abs. 1 BGB, denn dieser spreche nur von „Lieferung einer mangelfreien Sache“, womit lediglich Übergabe und Eigentumsverschaffung gemeint sei. Die Frage des Ausbaus der ursprünglich gelieferten mangelhaften Sache beziehe sich jedoch auf eine andere Sache als die nach § 439 Abs. 1 BGB zu liefernde mangelfreie Sache und könne dementsprechend nicht unter § 439 Abs. 1 BGB subsumiert werden. Auch aus § 439

⁴ Richtlinie 1999/44/EG.

⁵ BGH NJW 2009, 1660.

Abs. 2 BGB folge nichts anderes, denn die Aufwendungen, die der Verkäufer demnach zu tragen habe, seien lediglich solche, die „zum Zwecke der Nacherfüllung“ erforderlich wären, und dementsprechend seien nur die Aufwendungen für die Lieferung gemeint. Auch könne im vorliegenden Fall keine mit dem Rückgewähranspruch des Verkäufers korrespondierende Rücknahmepflicht bestehen, denn eine solche scheitere hier bereits an der Verlegung der Fliesen im Haus, wodurch diese wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gem. §§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB wurden.

Ein anderes Ergebnis, so konstatierte der BGH, könne gleichwohl aufgrund einer europarechtskonformen Auslegung geboten sein. Vor dem Hintergrund der Unsicherheit über die Europarechtskonformität der nach dem deutschen Recht gefundenen Ergebnisse beschloss der BGH, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH im Rahmen des Vorlageverfahrens zu fragen, ob die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einem Verweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit entgegensteht und, falls dies bejaht werde, ob nach Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie die Ersatzlieferung auch den Ausbau des vertragswidrigen Gutes umfasst.

4. Der Vorlagebeschluss im Spülmaschinen-Fall

Am 25.2.2009, etwas über einem Monat nach dem Vorlagebeschluss des BGH im Bodenfliesen-Fall, entschied sich auch das AG Schorndorf in einem sehr ähnlich gelagerten Fall zur Vorlage an den EuGH.

In diesem Fall kaufte die Klägerin bei der Beklagten eine Spülmaschine. Vereinbart wurde Lieferung bis vor die Haustür. Nachdem die Klägerin die Spülmaschine anderweitig in ihrer Wohnung hatte montieren lassen, stellte sich ein Mangel an der Maschine heraus, welcher bereits bei Lieferung vorhanden war und nicht durch Nachbesserung beseitigt werden konnte. Ein Verschulden der Beklagten lag diesbezüglich nicht vor. Die Parteien einigten sich über die Lieferung einer Ersatzspülmaschine, jedoch verweigerte die Beklagte den Ein- und Ausbau der alten bzw. neuen Maschine. Nach erfolglosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung trat die Klägerin vom Kaufvertrag zurück und verlangte nunmehr Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine.

Das AG Schorndorf stellte fest, der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises sei nur dann gegeben sei, wenn die Klägerin wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei. Der Rücktritt erfordere in der Regel den erfolglosen Ablauf einer wirksam gesetzten Frist. Die Wirksamkeit der Fristsetzung hänge im vorliegenden Fall jedoch davon ab, ob die Klägerin – als sie den Ausbau der mangelhaften Spülmaschine und den Einbau der neuen Spülmaschine verlangte – lediglich verlangt habe, was ihr im Rahmen der Nacherfüllung zustand. Die Frage war also, ob der Ausbau der defekten Spülmaschine sowie der Einbau der neuen Spülmaschine im Rahmen der Nachlieferung vom Verkäufer geschuldet waren.

Nach deutschem Recht, so bemerkte das AG Schorndorf, sei der Einbau der neuen Sache – entsprechend der Parkettstäbe-Entscheidung des BGH – nicht von der Nachlieferungspflicht erfasst. Ob ein anderes Ergebnis vor dem Hintergrund

der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie europarechtskonform geboten sei, habe der BGH in seiner Entscheidung mangels Vorlage an den EuGH jedoch nicht abschließend geklärt.

In Bezug auf die Frage, ob der Ausbau der mangelhaft gelieferten Sache im Rahmen der Nachlieferung nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geschuldet ist, habe der BGH zwar eine entsprechende Vorlage an den EuGH gemacht, allerdings habe der BGH diese Frage nur „hilfsweise“ gestellt, sodass ggf. auf den Vorlagebeschluss im Bodenfliesenfall keine entsprechende Antwort durch den EuGH erfolge.

Vor diesem Hintergrund sah sich das AG Schorndorf gezwungen seinerseits den EuGH im Rahmen des Vorlageverfahrens zu fragen, ob nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Ausbau einer vertragswidrig gelieferten Sache sowie der Einbau einer mangelfreien Sache im Rahmen der Nachlieferung geschuldet sei.

5. Die Entscheidung des EuGH in den Rechtssachen Weber gegen Wittmer und Putz gegen Medianess

Über die Vorlagefragen im Bodenfliesenfall (Rechtssache Weber gegen Wittmer) und im Spülmaschinenfall (Rechtssache Putz gegen Medianess) entschied der EuGH, nach Zusammenlegung der beiden Verfahren, am 16.6.2011.⁶

Zur Frage der Ein- und Ausbaupflicht führte der EuGH aus, dass der Verkäufer nach Art. 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für jede Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung hafte. Primär könne der Verbraucher Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verlangen; Sekundär käme eine Minderung oder Vertragsauflösung in Betracht.

Die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands erfolge durch unentgeltliche Nachbesserung oder unentgeltliche Ersatzlieferung. Die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands sei wesentlicher Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes; sie solle den Verbraucher vor finanziellen Belastungen schützen, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen. Wenn aber der Aus- und Einbau nicht vom Ersatzlieferungsanspruch erfasst wäre, würden dem Verbraucher Kosten entstehen, die ihm bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht entstanden wären. In diesem Fall müsste der Verbraucher bei Ausübung seiner Rechte zusätzliche Kosten tragen. Wären also der Aus- und Einbau nicht im Rahmen der Ersatzlieferung geschuldet, wäre die Ersatzlieferung entgegen Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie infolgedessen nicht unentgeltlich für den Verbraucher.

Zwar seien die Kosten für den Aus- und Einbau nicht ausdrücklich in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie genannt, aber das „insbesondere“ in Absatz 4 zeige, dass die Aufzählung dort auch nicht abschließend sei. Zudem ergebe sich ebenfalls aus der Systematik der Richtlinie, dass Aus- und Einbau im Rahmen der Ersatzlieferung geschuldet werden: Beide Arten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands sollten dasselbe Schutzniveau gewährleisten. Bei der Nachbesserung stehe jedenfalls fest, dass diese i.d.R. am Verbrauchsgut in der Situation erfolge, in der es sich zum Zeitpunkt des Auftretens des

⁶ EuGH NJW 2011, 2269.

Mangels befinde; hier trage der Verbraucher demnach nicht die Kosten des Aus- und Einbaus.

Ferner habe die Nachbesserung und Ersatzlieferung gem. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie auch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen; wenn der Aus- und Einbau nicht vom Verkäufer geschuldet wäre, so wäre dies eine erhebliche Unannehmlichkeit. Das Ergebnis entspreche auch dem Zweck der Richtlinie, nach dessen erstem Erwägungsgrund ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet werden solle. Auch sei das Ergebnis gerecht, denn auch wenn den Verkäufer kein Verschulden treffe, habe er trotzdem seine Vertragspflicht verletzt und müsse hierfür einstehen. Der Käufer hingegen habe seine vertraglichen Verpflichtungen mit der Kaufpreiszahlung erfüllt. Im Übrigen würden die finanziellen Interessen des Verkäufers durch die zweijährige Verjährungsfrist, die Möglichkeit der Verweigerung wegen relativer Unverhältnismäßigkeit sowie die Möglichkeit zum Regress in der Vertragskette gewahrt.

Außerdem könne die Frage, ob die Nachlieferung die Pflicht zum Aus- und Einbau umfasse, nicht davon abhängen, ob der Einbau ursprünglich geschuldet war, denn zwar bestimme sich aus dem Vertrag, wann eine Vertragswidrigkeit gegeben sei, aber die Folgen der Vertragswidrigkeit folgten aus den Vorschriften über den Verbraucherschutz, deren Bestimmungen vom Vertrag unabhängig seien. Nämlich der Verkäufer den Aus- und Einbau nicht selbst vor, so könne der Verbraucher Erstattung der Kosten verlangen.

Zur absoluten Unverhältnismäßigkeit führte der EuGH aus, dass Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zwar so offen gefasst sei, dass er auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfassen könne, jedoch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie die Unverhältnismäßigkeit ausschließlich im Verhältnis zur anderen Abhilfemöglichkeit definiere und die Unverhältnismäßigkeit somit auf die relative Unverhältnismäßigkeit eingrenze. Auch der elfte Erwägungsgrund definiere die Unverhältnismäßigkeit nur im Verhältnis zur anderen Abhilfemöglichkeit. Dementsprechend könne der Verkäufer die Abhilfe nur verweigern, sofern Unmöglichkeit oder relative Unverhältnismäßigkeit vorliege; sollte nur eine Abhilfevariante möglich sein, könne der Verkäufer diese nicht verweigern. Das ergebe sich auch daraus, dass der Unionsgesetzgeber der Erfüllung des Vertrages mittels Abhilfe den Vorzug vor Vertragsauflösung und Minderung geben wollte. Zudem gewährleisten weder die Minderung noch die Vertragsauflösung dasselbe Verbraucherschutzniveau wie die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands.

Nachdem der EuGH in seinem Urteil also festgestellt hat, dass die Richtlinie dahingehend auszulegen sei, dass der Ausbau des mangelhaften Vertragsgutes sowie der Einbau der nachzuliefernden Sache im Rahmen der Nachlieferung geschuldet werden und auch eine Verweigerung des Verkäufers wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit nicht mit der Richtlinie vereinbar sei, schlägt er in seinem Urteil zum Ende noch einen Haken, indem er feststellt, dass Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie jedoch nicht ausschließe, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz

gelieferten Verbrauchsguts, falls erforderlich, beschränkt würde.

Eine solche Herabsetzung dürfe allerdings nicht zur Folge haben, dass das Recht des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten in der Praxis ausgehöhlt würde.

6. Das Urteil des BGH im Bodenfliesenfall

Auf Grundlage der Entscheidung des EuGH entschied der BGH im Bodenfliesenfall (zur Erinnerung: Es ging um die Revision der Beklagten gegen die Verurteilung zum Ersatz der Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen) am 21.12.2011, dass die Revision überwiegend Erfolg habe.⁷ Dieses vor dem Hintergrund des Vorangegangenen zunächst überraschende Urteil begründete der BGH wie folgt: Zwar habe das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Kläger von der Beklagten im Rahmen der Nachlieferung auch den Ausbau der mangelhaften Fliesen verlangen kann. Ebenfalls zu Recht habe es der Beklagten verwehrt, sich auf die Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 S. 1, 3 BGB zu berufen. Jedoch habe das Berufungsgericht verkannt, dass der Kostenerstattungsanspruch des Klägers aufgrund der gebotenen europarechtskonformen Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 3 BGB auf einen angemessenen Betrag beschränkt sei.

In seinen weiteren Ausführungen geht der BGH darauf ein, dass die nationalen Gerichte an das Auslegungsergebnis des EuGH nach dem Umsetzungsgebot gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV sowie dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV gebunden seien. Dementsprechend sei § 439 Abs. 1 Alt. 2. BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Nachlieferung auch Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache umfasse. Der Ausbau sei auch noch vom Umfang des Wortlauts „Lieferung“ gedeckt, denn der Begriff lasse einen Wertungsspielraum zu. Auch die Gesetzesbegründung setze Lieferung mit der in der Richtlinie verwendeten „Ersatzlieferung“ gleich, und Ersatz lasse sich auch im Sinne von „Austausch“ verstehen.

Im Rahmen des § 439 Abs. 3 BGB hingegen lasse sich das Gebot richtlinienkonformer Interpretation, wegen des eindeutigen Wortlauts, nicht im Wege einer einfachen Gesetzesauslegung umsetzen. Erforderlich sei vielmehr eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.⁸ Voraussetzung für die Rechtsfortbildung sei das Vorliegen einer verdeckten Regelungslücke. In Bezug auf § 439 Abs. 3 BGB habe der deutsche Gesetzgeber die Umsetzung der Richtlinie gewollt. Hierbei habe er die Richtlinie so verstanden, dass auch die absolute Unverhältnismäßigkeit mit ihr vereinbar sei. Jedoch stehe die gesetzliche Regelung, wie sich durch die Entscheidung des EuGH herausgestellt habe, mit dem Ziel der Richtlinienumsetzung in Widerspruch. Somit sei eine planwidrige Regelungslücke gegeben. Folglich sei § 439 Abs. 3 BGB einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs nicht bestehe.

⁷ BGH NJW 2012, 1073.

⁸ Vgl. hierzu die Quelle-Entscheidung des BGH NJW 2009, 427.

Jedoch sei eine Begrenzung der Erstattungspflicht auf einen angemessenen Betrag erforderlich, weil zwar einerseits ein Umsetzungswille des deutschen Gesetzgebers bzgl. der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestanden habe, andererseits allerdings die Regelung zur „absoluten Unverhältnismäßigkeit“ in § 439 Abs. 3 BGB den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringe, die Verhältnismäßigkeit im Interesse des Verkäufers zu berücksichtigen. In Hinblick auf die Frage, wie eine derartige Begrenzung der Erstattungspflicht dogmatisch umzusetzen sei, kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass sich die Verpflichtung des Verkäufers, den Aus- und Einbau vorzunehmen, durch die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit auf die Pflicht zur Zahlung eines angemessenen Geldbetrags reduziert.⁹

III. Die Granulat-Entscheidung

Während der BGH im Bodenfliesen-Urteil in Bezug auf § 439 Abs. 3 BGB bereits klarstellte, dass die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung auf Fälle des Verbrauchsgüterkaufs beschränkt sei, blieb in dem besagten Urteil zunächst offen, ob die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB dahingehend, dass die Nachlieferungspflicht auch den Aus- bzw. Einbau umfasse, ebenfalls nur auf Fälle des Verbrauchsgüterkaufs beschränkt sei oder generell gilt. Diese letzte Streitfrage hat der BGH nunmehr mit der Granulat-Entscheidung geklärt.

1. Schilderung des Sachverhalts

Die im Sportplatzbau tätige Klägerin kaufte bei der Beklagten Granulat eines polnischen Produzenten als Material zur Herstellung von Kunstrasenplätzen. Nach dem Einbau durch die Klägerin stellte sich heraus, dass das Granulat mangelhaft war. Für den erforderlichen Austausch des Materials stellte die Beklagte kostenlos Ersatzgranulat zur Verfügung, lehnte es jedoch ab, das mangelhafte Material auszubauen und das Ersatzgranulat einzubauen. Daraufhin wurden die Arbeiten auf Veranlassung der Klägerin durch ein anderes Unternehmen vorgenommen. In dem Revisionsverfahren hatte der BGH nunmehr zu klären, ob dem unternehmerisch tätigen Kläger – entsprechend der im verbraucherrechtlichen Bereich entwickelten Grundsätze zur Reichweite der Nacherfüllung – ein Anspruch auf Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten zustand.

2. Die Entscheidungsgründe

a) Zum Anspruch auf Schadensersatz wegen der ursprünglich mangelhaften Lieferung

Zunächst lehnt der BGH – wie auch schon im Parkettstäbe-Urteil – einen Schadensersatzanspruch wegen der ursprünglich mangelhaften Lieferung ab. Zwar handele es sich hierbei um eine Pflichtverletzung, jedoch habe die Verkäuferin als Zwischenhändlerin die Mangelhaftigkeit des Granulats nicht erkennen können, sodass es am Vertretenmüssen fehle.

b) Zum Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verletzung der Nacherfüllungspflicht

Des Weiteren prüft der BGH einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung der Nacherfüllungspflicht aus § 439 Abs. 1 BGB. Es wird festgestellt, dass die Voraussetzungen des Nacherfüllungsanspruchs im vorliegenden Fall, aufgrund der Mangelhaftigkeit des Granulats, erfüllt gewesen seien.

Weiter führt der BGH aus, dass der Käufer aufgrund des Nacherfüllungsanspruchs nach seiner Wahl entweder die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen könne. Im vorliegenden Fall habe er sich für die Lieferung einer mangelfreien Sache entschieden, woraufhin der Verkäufer Ersatzgranulat geliefert habe, welches auch vom Käufer akzeptiert wurde. Dementsprechend sei der Verkäufer seiner Pflicht zur Nacherfüllung nachgekommen. Eine darüber hinausgehende Pflicht zum Ausbau der ursprünglich gelieferten mangelhaften Sache und zum Einbau der Ersatzsache lehnt der BGH indes ab.

aa) Zur Notwendigkeit einer „richtlinienkonformen“ Auslegung

Zur Begründung der Ablehnung einer Pflicht zum Ein- und Ausbau im Rahmen der Nacherfüllung im vorliegenden Fall bezieht der BGH zunächst Stellung zur Frage der Notwendigkeit einer europarechtskonformen Auslegung.

Der BGH stellt diesbezüglich fest, dass § 439 Abs. 1 BGB der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie diene und der EuGH in Bezug auf die Richtlinie entschieden habe, dass die Nachlieferung auch den Aus- und Einbau der mangelhaften Sache bzw. der Ersatzsache umfasse. Auf Grundlage des EuGH-Urteils habe der BGH in der Bodenfliesen-Entscheidung festgestellt, dass § 439 Abs. 1 BGB richtlinienkonform dahingehend auszulegen sei, dass die Nacherfüllung den Ausbau der mangelhaften Ware einschließe. Ein entsprechendes Ergebnis müsse auch in Bezug auf den Einbau der Ersatzsache gelten, wenngleich das Bodenfliesen-Urteil sich mit dieser Frage nicht ausdrücklich beschäftigt habe. Die Rechtsprechung im Parkettstäbe-Fall gibt der BGH diesbezüglich ausdrücklich auf.

Nicht entschieden worden sei jedoch die Frage, ob das Ergebnis der richtlinienkonformen Auslegung auch auf solche Bereiche zu erstrecken sei, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie lägen. Der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erstrecke sich auf Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern. Im vorliegenden Fall seien allerdings beide Seiten Unternehmer. Eine Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung nach dem Umsetzungsgebot gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV sowie dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV bestehe im vorliegenden Fall somit nicht.

bb) Zur Notwendigkeit einer „richtlinienorientierten“ Auslegung

Daraufhin beschäftigt sich der BGH mit der Frage, ob eine entsprechende Auslegung über den Anwendungsbereich der

⁹ Vgl. Faust, JuS 2012, 456 (458).

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinaus, also eine „europarechtsorientierte Auslegung“¹⁰, geboten sei.

Allein aus der Tatsache, dass im Bodenfliesen-Fall festgestellt wurde, dass eine Erstreckung der Nacherfüllungspflicht auf den Ausbau der mangelhaften Ware vom Wortlaut her möglich sei, lasse sich, so der BGH, nicht schließen, dass eine entsprechende Auslegung auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie geboten wäre. Mitunter könne eine solche europarechtskonforme Auslegung über den Geltungsbereich einer Richtlinie hinaus jedoch in Fällen, in denen eine Richtlinie überschießend umgesetzt wurde, geboten sein. Dort ergäbe sich eine solche Auslegungspflicht zwar nicht aus dem Gemeinschaftsrecht, wohl aber aufgrund eines entsprechenden Willens des nationalen Gesetzgebers.

(1) Überschießende Umsetzung

In Hinblick auf die überschießende Umsetzung stellt der BGH fest, dass die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezüglich der Nacherfüllungspflicht vom nationalen Gesetzgeber nicht auf die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs begrenzt wurden, sondern die Regelung des § 439 BGB vielmehr auf alle Kaufverträge erstreckt wurde. Dementsprechend sei hier eine überschießende Umsetzung zu bejahen.

(2) Wille des Gesetzgebers zur „europarechtsorientierten“ Umsetzung

Die Notwendigkeit einer europarechtsorientierten Auslegung scheidet nach Ansicht des BGH jedoch an der weiteren Voraussetzung, nämlich dem Vorliegen eines entsprechenden Willens des Gesetzgebers. In Hinblick auf die Reichweite der Nacherfüllungspflicht habe der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie anders verstanden, als der EuGH sie ausgelegt habe. Aus den Gesetzesmaterialien gehe hervor, dass der nationale Gesetzgeber die Regelung zur Nacherfüllung, wäre ihm der Umfang der Nacherfüllungspflicht bewusst gewesen, nicht auf alle Kaufverträge ausgedehnt hätte.

Wie sich bereits aus dem Wortlaut „Nachlieferung“ ergebe, sollten sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Pflichten des Nachlieferungsanspruchs mit denen der ursprünglich geschuldeten Leistung decken. Die Nachlieferung sollte also, so der BGH, lediglich die Pflicht zur vollständigen Wiederholung der nach § 433 Abs. 1 BGB geschuldeten Leistung begründen. Nach § 433 Abs. 1 BGB schulde der Verkäufer lediglich Übergabe und Übereignung der vertragsgemäßen Kaufsache. Es entspreche also der gesetzgeberischen Konzeption, dass der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung nicht mehr erhalten solle, als er vertraglich beanspruchen könne.

Zudem sei die Nacherfüllung darauf beschränkt, dass die vom Verkäufer geschuldete Leistung im zweiten Anlauf zu bewerkstelligen sei und nicht dazu da, den Käufer vor jedweden Vermögensnachteilen zu bewahren. Vielmehr seien nach dem kaufrechtlichen Gewährleistungssystem solche Vermögensnachteile, die über das Erfüllungsinteresse hinausgehen, – sollten sie dadurch entstanden sein, dass dem Verkäufer die Erfüllung seiner Pflichten nicht im ersten Anlauf gelingt – in

der Regel nur nach den allgemeinen Vorschriften zum Schadens- und Aufwendungsersatz auszugleichen.

Hieraus lasse sich schließen, dass der deutsche Gesetzgeber eine einheitliche Regelung der Nacherfüllung für alle Kaufverträge nur aufgrund seiner Fehlvorstellung über die Reichweite der Nachlieferungspflicht geschaffen habe. Wäre er sich über den tatsächlichen Umfang der durch die Richtlinie gebotenen Nachlieferungspflicht im Klaren gewesen, so hätte er die Regelung wohl auf den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs beschränkt. Somit fehle es an einem entsprechenden Willen des Gesetzgebers, die europarechtlich gebotene Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB auch auf Fälle außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs zu erstrecken.

3. Würdigung des Urteil

In seinem Granulat-Urteil hat der BGH nunmehr das wohl letzte Kapitel in Bezug auf die Problematik der Ein- und Ausbaupflichten im Rahmen der Nacherfüllung geschrieben. Hierbei hat er sich für eine gespaltene Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB in Bezug auf den Umfang der Nacherfüllungspflicht entschieden. Eine weitere Differenzierung zwischen Verbrauchsgüterkaufverträgen und sonstigen Kaufverträgen ist vor dem Hintergrund des Vereinheitlichungsgedanken bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sicherlich misslich, jedoch ist dies der weiten Interpretation der Richtlinie durch den EuGH geschuldet. Der vom EuGH angenommene Umfang der Nacherfüllungspflicht entspricht in der Tat, wie der BGH überzeugend dargelegt hat, nicht der Systematik der Gewährleistung im Kaufrecht des BGB. Eine Verneinung der Ein- und Ausbaupflicht in Bezug auf die außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs liegenden Fälle scheint daher konsequent.

In Hinblick auf die Frage, wann eine richtlinienorientierte Auslegung geboten ist, hat der BGH zwei Voraussetzungen formuliert: Zunächst muss naheliegender Weise ein Fall der überschießenden Umsetzung vorliegen. Des Weiteren ist erforderlich, dass der Gesetzgeber den Willen hatte, dass die durch die Richtlinie vorgegebene Auslegung auch bei den nicht von der Richtlinie geregelten Fällen gelten soll. Zur Bestimmung des Willens des Gesetzgebers hat der BGH im vorliegenden Fall vornehmlich darauf abgestellt, dass sich die Vorstellungen des Gesetzgebers über den Umfang der Nacherfüllungspflicht nicht mit ihrer vom EuGH festgestellten Reichweite gedeckt haben. Hieraus schließt der BGH sodann, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis seiner Fehlvorstellungen eine getrennte Regelung für Verbrauchsgüterkäufe und sonstige Kaufverträge vorgenommen hätte. Dieser Rückschluss aus der Fehlvorstellung auf den Willen des Gesetzgebers ist jedoch nicht so zwingend, wie es auf den ersten Blick erscheint: Der Gesetzgeber wollte zum einen eine einheitliche Regelung der Verbrauchsgüterkäufe und der sonstigen Kaufverträge in Bezug auf die Nacherfüllungspflicht, andererseits mag der Gesetzgeber zudem gewollt haben, dass die Nacherfüllungspflicht nicht über die ursprüngliche Leistungspflicht hinausgeht.¹¹ Wie sich der Gesetzgeber entschieden hätte, wenn ihm bewusst gewesen wäre, dass nicht beides möglich ist, wird

¹⁰ Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Vorbemerkung zu § 474-479 Rn. 4.

¹¹ Ob letzteres tatsächlich der Fall ist, scheint jedoch fraglich, vgl. Fornasier, EuZW 2013, 157.

jedoch dadurch noch nicht festgestellt. Der Wille des Gesetzgebers als – nach den Kategorien der Auslegung von Gesetzen – Gegenstand der historischen Auslegung ist dementsprechend, entgegen dem Gewicht, welches der BGH ihm zumisst, nicht aussagekräftig genug. In Bezug auf die Frage, ob eine überschießend umgesetzte nationale Regelung auch in den Fällen, in denen der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet ist, richtlinienorientiert auszulegen ist, ist vielmehr entsprechend des klassischen Auslegungskanons auf Wortlaut, Historie, Systematik und Telos abzustellen.¹² Hier kann dem Willen des Gesetzgebers – als Teil der historischen Auslegung – nur dann eine Bedeutung zukommen, wenn der Gesetzgeber keinem Irrtum über die Reichweite der Richtlinienregelung erlegen war. In diesen Fällen nämlich spricht die historische Auslegung für eine richtlinienorientierte Auslegung. Erlag der Gesetzgeber hingegen einer Fehlvorstellung, ist die historische Auslegung, wie oben gezeigt, uneindeutig, sodass es maßgeblich auf die übrigen Auslegungskriterien ankommt. Nimmt man entsprechend des Bodenfliesen-Urteils an, dass der Wortlaut auch zulasse, die Reichweite der Nachlieferungspflicht so zu verstehen, dass der Ein- bzw. Ausbau geschuldet ist, so sind dementsprechend also die Systematik und der Telos entscheidend. Diesbezüglich hat der BGH – wenngleich im Rahmen der Bestimmung des Willens des Gesetzgebers – gute Argumente dafür geliefert, dass sowohl die Systematik als auch der Telos des § 439 BGB gegen eine solche europarechtsorientierte Auslegung sprechen. Im Ergebnis ist dem Urteil somit zuzustimmen.

Wiss. Mitarbeiter Jonas Brinkmann, Bielefeld

¹² Vgl. Lorenz (Fn. 10), Rn. 4.

Buchrezension

Jörg-Dieter Oberrath, Öffentliches Recht, Verfassungsrecht, Europarecht, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht mit Grundlagen des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012, 334 S., € 24,90

Der Buchtitel „Öffentliches Recht“ muss prima vista Skepsis hervorrufen: Die Materie ist im Mehrebenensystem verstreut zu verorten und zehrt, anders als das BGB, nicht von der auf der Grundlage einer Gesetzgebungskompetenz erbrachten Kodifikationsleistung. Zugleich ist dem Öffentlichen Recht der Einheitsgedanke nicht fremd; gepflegt wird nicht nur die Trennung, sondern gerade auch die Verschränkung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, von Grundrechten und Staatsorganisationsrecht, von allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht, von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen, von Bundes- und Landesrecht und, nicht zu vergessen, von Europarecht und nationalem Recht. Der Anspruch des Titels ist damit hoch gesteckt.

Dass dieser Anspruch ausweislich des Untertitels, des Vorworts und des Inhaltsverzeichnisses transparent relativiert wird, ist auch angesichts des Umfangs von lediglich 334 Textseiten so zwingend wie beruhigend. Die Relativierung gilt zugleich mit Blick auf die Adressaten, „in erster Linie“ Studierende des Wirtschaftsrechts bzw. der Wirtschaftswissenschaften. Dieser Zuschnitt macht das Buch für das klassische Jura-Studium aber nicht uninteressant. Es vermittelt mit einem gesunden Maß an Unbefangenheit und – hier nicht nachteiliger – Oberflächlichkeit einen Zugang zu einer Materie, die weniger zugänglich zu sein und weniger als integraler Bestandteil des Studiums geschätzt zu werden scheint. Der praxisorientierte, die Wirtschaft fokussierende Zugriff auf das Öffentliche Recht ist vor diesem Hintergrund unkonventionell und kann gewinnbringend sein.

Der Aufbau kündigt die Schwerpunktbildung an: Nach einer kurzen Einführung (Teil I) ist jeweils ein Teil dem Verfassungsrecht (II; 90 Seiten), dem Thema „Bundesrepublik Deutschland als Teil der EU“ (III; knapp 60 Seiten), dem allgemeinen Verwaltungsrecht und dem Verwaltungsprozessrecht (IV; 90 Seiten) sowie ausgewählten Bereichen des besonderen Wirtschaftsverwaltungsrechts (V; knapp 80 Seiten) gewidmet; es kann sich dabei nicht um eine enzyklopädische Darstellung handeln. Innerhalb der einzelnen Teile wird inhaltlich abgestuft und der Stoff beschränkt: So werden etwa im Grundrechtsteil bestimmte, wirtschaftsbezogene Grundrechte ausführlicher behandelt, andere gar nicht – warum auch Art. 13 GG als für die Wirtschaft jedenfalls normativ nicht völlig unbeachtliches Grundrecht (Stichwort: Betriebsbetretungsrechte) keine Beachtung findet, erschließt sich freilich nicht. Mit Teil III wird formell anerkannt, dass das Unionsrecht Teil der Rechtsordnung der Bundesrepublik ist, auch und gerade Teil des Öffentlichen Rechts. Die Mechanismen dazu werden letztlich bei den Grundfreiheiten offensichtlich: Dass dem Europäischen Wirtschaftsrecht in der Darstellung eine besondere Stellung eingeräumt wird, ist vor dem Hintergrund konsequent, dass es in diesem Bereich – der *bisherigen* „Kil-

lerapplikation“ des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts – sehr stark auf die nationalen Rechtsordnungen einwirkt. Der durch die Überschrift dieses Abschnitts induzierte Anspruch, die „Teil-Haftigkeit“ der Bundesrepublik darzustellen, wird allerdings nicht erfüllt. Teil IV ist von Anfang an auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht bezogen, etwa dadurch, dass bereits im Rahmen des Grundlagenkapitels Organisationen und Tätigkeiten der Wirtschaftsverwaltung verhandelt werden; die weiteren Kapitel gelten dem Verwaltungsakt als der herausgehobenen Handlungsform der Verwaltung, dem regelmäßig prüfungsrelevanten Staatshaftungsrecht und dem Verwaltungsprozessrecht. Der das Wirtschaftsverwaltungsrecht in den Blick nehmende Teil V setzt zwei Schwerpunkte: Gewerbe, Handwerk und Gaststätte einerseits, Subventions- und Vergabewesen sowie eigenwirtschaftliche Betätigung des Staates andererseits; im Vergleich zur ersten Auflage (2005) – damals noch unter dem Titel „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ – wurde in diesem Teil deutlich gekürzt. Dieser Ansatz ist konkret und praxisnah und vermittelt Einblicke, wie Europa-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht wirken und miteinander verbunden sind. Die Wirtschaft unmittelbar betreffende aktuelle Fragen – man denke an Sicherheitsgewerbe und Apothekenwesen – bleiben ausgeklammert, sind aber auch nicht von einem Buch dieses Zuschnitts zu strukturieren, geschweige denn zu beantworten. Das Werk handelt mit den auf die Grundlagen bezogenen Weiterungen (Teile II, III, IV) und den inhaltlichen Beschränkungen in Teil V in der Tat vom Öffentlichen Recht, nicht mehr in erster Linie vom Öffentlichen Wirtschaftsrecht. Insoweit unterscheidet es sich von dem bewährten, hinsichtlich der öffentlichrechtlichen Grundlagen voraussetzungsvollen „Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht“, das von *Reiner Schmidt* begründet wurde (3. Aufl. 2007).

Zu dem inhaltlichen, hinreichend transparent bereinigten Anspruch, der mit kleinen Abstrichen eingelöst wird, tritt ein methodischer Anspruch: „Lernen im Dialog“, so der Titel der Reihe, in der dieses Werk erscheint. Wer liest, spricht nicht und hört nicht – Denken ist gleichwohl erforderlich, um das Gelesene nicht nur formell zur Kenntnis zu nehmen, sondern auch zu verarbeiten. Aktivität wird dafür vorausgesetzt. Der Text ist mit Wissens- und Verständnisfragen durchsetzt, es werden viele Beispiele und Grafiken verwendet, das Layout ist ansprechend und zeitgemäß, so dass der Leser in Bewegung bleibt. Diese Gestaltung schöpft nahezu aus, was ein gedrucktes Werk sinnvoll leisten kann. In Bezug auf das Öffentliche Recht wartet *Oberrath* insoweit mit einem Alleinstellungsmerkmal auf.

Das Spektrum öffentlichrechtlicher Lehrbuchliteratur ist breit; es wird von *Oberraths* Werk nicht nur ergänzt, sondern bereichert. Das Buch ist (wohl-dosiert) erfrischend anders und lädt dazu ein, sich das Öffentliche Recht über einen besonderen Reiseweg zu erschließen, Abkürzungen einschließend – und in Erwartung einer Rückkehr. Die Fahrkarte muss jeder selbst lösen.

Dr. Eike Michael Frenzel, Karlsruhe/Freiburg

B u c h r e z e n s i o n

Andreas v. Arnauld, Völkerrecht, C.F. Müller Verlag, Heidelberg u.a. 2012, 581 S., kart., € 29,95

Andreas v. Arnauld, Klausurenkurs im Völkerrecht, Ein Fall- und Repetitionsbuch für den Schwerpunktbereich, 2. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg u.a. 2012, 216 S., kart., € 23,95

Könnte die Internationale Gemeinschaft Truppen nach Syrien schicken? Warum liefert Ecuador Wiki-Leaks-Gründer Julian Assange nicht an Großbritannien aus? Fragen des Völkerrechts begegnen und beschäftigen uns täglich, weil sie oft hochpolitisch sind. Der juristische Horizont ist längst nicht mehr auf das nationale Recht beschränkt. Durch eine immer stärker werdende internationale Ausrichtung des Rechts – sei es auf europäischer oder gar universeller Ebene – findet insbesondere in der universitären Lehre das internationale Recht steigende Beachtung. Fast alle juristischen Fakultäten bieten mittlerweile einen Schwerpunktbereich an, der sich – sicherlich mit unterschiedlicher Fokussierung – speziell mit dem Völkerrecht befasst. Insbesondere an die Studierenden dieser Schwerpunktbereiche richtet sich das Lehrbuch von *v. Arnauld*. Die Frage ist jedoch, welche neuen Errungenschaften das Lehrbuch von *v. Arnauld* mit sich bringt, da auf dem Markt eine Vielzahl von völkerrechtlichen Lehrbüchern existiert, von denen sich einige bereits als Standardwerke etabliert haben.

In gewohnter Manier der C.F. Müller Schwerpunkt-Reihe verschafft *v. Arnauld* in seinem Lehrbuch einen ausführlichen Überblick über das Völkerrecht. Wer in seinem Studium bereits mit der Schwerpunkt-Reihe gearbeitet hat, wird sich hier schnell zu Recht finden. Schwerpunktmäßig – und so soll ein Lehrbuch ja auch konzipiert sein – dient *v. Arnaulds* Werk der abstrakten Wissensvermittlung. Zur Veranschaulichung sind zahlreiche Beispielfälle aufgeführt, die die theoretischen Inhalte ergänzen. Unter den Beispielfällen finden sich zum einen fiktive Fälle mit Sachverhalt und sich daran anschließenden kurzen Lösungshinweisen, aber auch zahlreiche Abrisse realer Fälle, die das Völkerrecht beschäftigt haben. Darunter einige „Klassiker“, die zum Standardrepertoire jeder Völkerrechtlerin und jedes Völkerrechtlers gehören sollten, wie zum Beispiel der Teheraner Geiselfall (Rn. 412) oder die Kadi-Urteile (Rn. 619). Im Anhang des Buches findet sich eine Auswahl bedeutender gerichtlicher und schiedsgerichtlicher Entscheidungen, die an dieser Stelle, auch wenn sie bereits innerhalb der Kapitel angesprochen wurden, noch einmal in aller Kürze auf ihre wesentlichen Kernaussagen reduziert werden. Dies kann insbesondere für mündliche Prüfungen eine große Hilfestellung sein. Zur Vertiefung des Stoffes finden sich am Anfang eines jeden Kapitels weiterführende Literaturangaben. Abgerundet werden die einzelnen Kapitel mit Hinweisen auf Falllösungen aus juristischen Zeitschriften und einer Liste von Kontrollfragen. Zudem finden sich an zahlreichen Stellen Prüfungsschemata, wie z.B. der Aufbau einer Zulässigkeitsprüfung einer Klage vor dem IGH (Rn. 463) oder der Prüfungsaufbau einer Individualbeschwerde vor dem EGMR (Rn. 730). Viele andere Lehrbücher lassen solche Sche-

mata vermissen. Für Studierende bedeuten sie eine wichtige Hilfestellung. Insoweit liegt hier eine große Stärke des Buches.

Mit einem stattlichen Umfang von 581 Seiten verspricht *v. Arnaulds* Lehrbuch, einen umfassenden Überblick über das Völkerrecht zu geben. Dem wird der *Autor* insoweit gerecht, als dass er nicht nur Bereiche des allgemeinen Völkerrechts anspricht, sondern auch auf die speziellen Bereiche des Friedensvölkerrechts und des Friedenssicherungs- und Konfliktrechts eingeht und so insbesondere auf die unterschiedlichen Ausrichtungen der universitären Schwerpunktbereiche reagiert.

Der erste Teil des Buches befasst sich mit den allgemeinen Lehren des Völkerrechts. Hier versucht der *Autor* mit einer rechtsphilosophischen und rechtshistorischen Einführung dem Leser das Wesen des Völkerrechts nahe zu bringen (§ 1), bevor er dann auf die heute geltenden Grundprinzipien eingeht. Zunächst wird versucht, ein grundlegendes Wissensgerüst zu schaffen und das essentielle völkerrechtliche Handwerkszeug zu vermitteln. Dazu gehört insbesondere die Frage, wer überhaupt Völkerrechtssubjekt ist (§ 2) und was die Quellen des Völkerrechts (§ 3) genau sind. *V. Arnauld* lässt in seinem Grundlagenteil keine Fragen offen. Besonders erfreulich ist, dass er auch auf aktuelle Entwicklungen eingeht, wie etwa das Konzept der responsibility to protect (Schutzverantwortung der Staaten), das sich erst in den letzten Jahren entwickelt hat. Besondere Bedeutung für das Studium hat auch die Problematik der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit, der sich *v. Arnauld* ebenfalls widmet (§ 5). Studienrelevant ist in diesem Bereich vor allem das völkerrechtliche Delikt, zu dem *v. Arnauld* auch ein ausführliches Prüfungsschema liefert. Schließlich wird ein kurzer Überblick über alle außergerichtlichen und gerichtlichen Durchsetzungsmechanismen gegeben, wobei hier natürlich ein besonderer Schwerpunkt auf den Internationalen Gerichtshof (IGH) gelegt wird (§ 6). Zum Abschluss des Allgemeinen Teils wird eine Brücke ins innerstaatliche Recht geschlagen, indem die Beziehung des Völkerrechts zum nationalen Recht und insbesondere zum deutschen Recht erörtert wird – eine Frage die den Studierenden auf Grund ihrer hohen Komplexität immer wieder Probleme bereitet.

Teil II des Lehrbuchs dreht sich um das sog. Friedensvölkerrecht. Sehr genau wird hier zunächst auf die Rolle diplomatischer Beziehungen eingegangen (§ 8). Dabei wird insbesondere das sehr pikante Thema der diplomatischen Vorrechte und Immunitäten erläutert. Besonders viel Platz im Buch wird dem internationalen Menschenrechtsschutz eingeräumt (§ 9), was seiner Bedeutung in jedem Falle gerecht wird. Trotzdem kann *v. Arnauld* hier nur einen oberflächlichen Überblick über die verschiedenen universellen und regionalen Schutzmechanismen geben. Auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) geht der *Autor* hier genauer ein, aber auch dieser Teil kann ein spezifisches Lehrbuch zur EMRK nicht ersetzen. Das ist aber auch nicht die Absicht des *Autors*, schließlich handelt es sich beim vorliegenden Werk um ein Lehrbuch zum Völkerrecht insgesamt. Klassische Bereiche des Völkerrechts wie das Internationale Seerecht (§ 10 B) behandelt *v. Arnauld* genauso wie ganz neue völkerrechtliche Herausforderungen wie etwa die Geltung des Völkerrechts im Cyberspace (§ 10 D) oder Fragen des Umweltvölkerrechts (§ 11). Ein Kapitel widmet *v. Arnauld* schließlich dem Inter-

nationalen Wirtschaftsrecht (§ 12), das allerdings in den letzten Jahren in weiten Teilen auf Grund tiefgehender Interessenskonflikte der Staaten wenig nennenswerte Fortschritte erzielen konnte.

Teil II des Lehrbuchs behandelt zwei für das Studium besonders relevante Materien – nämlich das Friedenssicherungsrecht (sog. *ius ad bellum*), welches bei spitzfindiger Betrachtung eigentlich als Teil des Friedensrechts eingestuft werden müsste, sowie das Konflikt- bzw. Kriege(s)recht (sog. *ius in bello*). Zentralen Bestandteil des Friedenssicherungsrechts (§ 13) bildet das Gewaltverbot aus Art. 2 Nr. 4 UN-Charta, welchem in v. Arnoulds Werk entsprechend Platz eingeräumt wird. Das System rund um die Maßnahmen nach Art. VII der UN-Charta (Maßnahmen bei Bedrohung oder Bruch des Friedens und bei Angriffshandlungen) wird ausführlich erklärt. Leider lassen sich an dieser Stelle genauere Ausführungen zu den Maßnahmen des Kapitel VI der UN-Charta (Die friedliche Beilegung von Streitigkeiten) vermissen, obwohl diese ebenfalls eine wichtige Rolle in der Friedenssicherung der UN spielen. Sie wurden zwar an früherer Stelle bereits angesprochen (§ 6), allerdings wäre eine genauere Befassung im Kapitel zur Friedenssicherung angemessener gewesen, um den Studierenden die Systematik des universellen Systems kollektiver Sicherheit so gut wie möglich nahe zu bringen. Anschließend an das Kapitel zum Friedenssicherungsrecht finden sich die Ausführungen zum Recht des bewaffneten Konflikts (§ 14) also das Recht im Kriege (sog. *ius in bello*). Mit seiner langen historischen Entwicklung, den vielen Instrumentarien und ausdifferenzierten Regelungen ist es sicherlich nicht einfach, einen inhaltsreichen aber nicht ausschweifenden Überblick über diese Materie zu geben. Auch wenn der *Autor* hier nicht jede Regelung der Haager Landkriegsordnung und der einzelnen Genfer Abkommen stoisch wiederkaut, gelingt es ihm, die wichtigsten Grundprinzipien und Begrifflichkeiten im gebotenen Rahmen ausführlich zu schildern. Den Abschluss des Lehrbuchs bildet schließlich das Völkerstrafrecht. Seit 2002 der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag seine Arbeit aufgenommen hat und die einzelnen Verfahren auch die internationale Presse beschäftigen, besitzt diese Thematik eine hohe Aktualität. Es lässt sich prognostizieren, dass das Völkerstrafrecht in Zukunft eine wichtige Disziplin im Völkerrecht insgesamt und in der universitären Ausbildung darstellen wird.

Auf 581 Seiten gelingt es v. Arnould, einen wirklich umfassenden Einblick in nahezu alle Bereiche des Völkerrechts zu geben. Ohne in lange Ausschweifungen zu verfallen, vermittelt er auf gelungene Art und Weise das nötige abstrakte Wissen inklusive zahlreicher Aufbauschemata, praktischer Beispiele und aktueller Bezüge. Viele Themen behandelt v. Arnoulds Lehrbuch gemessen an den universitären Anforderungen nahezu erschöpfend, so dass die Studierenden neben ihm kaum Bedarf an weiterer völkerrechtlicher Literatur haben dürften.

Passend zu v. Arnoulds Völkerrechtslehrbuch ist – ebenfalls im C.F. Müller Verlag – der dazugehörige Klausurenkurs des *Autors* erschienen, wobei man richtigerweise eigentlich sagen müsste, dass das Lehrbuch zum Klausurenkurs erschienen ist, da letzterer bereits in zweiter Auflage in den Verkauf geht. So stellt sich direkt die Frage, inwieweit beide

Werke überhaupt kompatibel sind und ob es für die Studierenden von Vorteil ist, mit Lehrbuch und Fallbuch vom selben *Autor* zu arbeiten. Das Fallbuch richtet sich wie auch das Lehrbuch primär an Studierende im Schwerpunktbereich und dient der Vorbereitung für das Schwerpunktexamen. Intention des Buches ist es, insbesondere Fälle auf Examensniveau zu präsentieren, was dem *Autor* auch zu gelingen scheint, wenn man Umfang und Schwierigkeitsgrad der Fälle betrachtet.

Anders als bei den Lehrbüchern im Völkerrecht ist der Markt mit völkerrechtlichen Fallbüchern eher dünn besiedelt und insbesondere die Veröffentlichungen der letzten Jahre lassen sich an einer Hand abzählen. Hier besteht also Bedarf. Die Neuauflage des in erster Auflage bei Mohr Siebeck erschienenen Klausurenkurses wurde weitgehend überarbeitet und durch zwei neue Fälle im Bereich des Welthandelsrechts (Fall 12) und des humanitären Völkerrechts (Fall 14) erweitert. Die Fälle sind jeweils übersichtlich aufgearbeitet. An den Sachverhalt des einzelnen Falles schließt sich eine Lösungsskizze an, die eine Übersicht über die einzelnen Prüfungs- und Problempunkte gibt. Darauf folgt eine ausführliche mustergültige Lösung. Positiv fällt auf, dass in allen Fällen an mehreren Stellen alternative Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen werden. Zahlreiche aufbautechnische und klausurtaktische Ratschläge sollen den Studierenden eine zusätzliche Hilfestellung geben. Im Anschluss an die Fälle finden sich jeweils mehrere Hinweise auf einschlägige Leitentscheidungen und entsprechende Literatur zur Vertiefung. Durch ein ausführliches Stichwortverzeichnis am Ende des Buches und das Inhaltsverzeichnis, das ebenfalls stichwortartig die Kernprobleme der einzelnen Fälle auflistet, lässt sich schnell herausfinden, welches Problem in welchem Fall behandelt wird.

V. Arnould hat – genau wie im Lehrbuch – eine systematische Zweiteilung des Fallbuches gewählt. So befasst sich der erste Teil des Buches (Fälle 1-6) mit allgemeinen Fragen des Völkerrechts, während im zweiten Teil (Fälle 7-15) auf Problemstellungen aus besonderen Bereichen des Völkerrechts Bezug genommen wird. Im realen Examen werden einem wohl kaum Fälle begegnen, die ausschließlich Probleme des allgemeinen oder ausschließlich Probleme aus einem besonderen Bereich des Völkerrechts aufwerfen. Dem Lerneffekt von v. Arnoulds Fallbuch tut dies aber keinen Abbruch. Der inhaltliche Teil wird mit einer kurzen Einführung über das Wesen des Völkerrechts eingeleitet. Über die Notwendigkeit dieser Ausführungen lässt sich sicherlich streiten. Anders dagegen erscheinen die sich daran anschließenden Ratschläge zur völkerrechtlichen Falllösung als durchaus hilfreich. Wirft man einen genauen Blick auf die Fälle des Allgemeinen Teils, lässt sich eine Vielzahl von Problemstellungen entdecken, die hier auftauchen. Die *failed state*-Problematik, die Zulässigkeit von Vorbehalten, die sog. *clausula rebus sic stantibus* und viele weitere grundlegende Fragen, die das Völkerrecht beschäftigen, sind hier von Relevanz. Der besondere Teil des Buches macht einen Streifzug durch viele spezielle Bereiche des Völkerrechts. Da die Schwerpunktbereiche im Völkerrecht an den verschiedenen Universitäten unterschiedlich zugeschnitten sind, lässt es sich natürlich nicht vermeiden, dass sich der eine oder andere Fall um Fragestellungen dreht, die für den eigenen Schwerpunkt unerheblich sind. Unabhängig von der Qua-

lität des Klausurenkurses ist es also eine Frage des Einzelfalls, ob sich der Kauf lohnt. Drei Fälle (Fälle 8-10) haben ihren Schwerpunkt auf der Europäischen Menschenrechtskonvention. Angesichts dessen, dass an vielen Universitäten der Schutz durch die EMRK zum Standardrepertoire im Schwerpunkt gehört und Individualbeschwerden vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Klausuren nicht unüblich sind, erscheint dies als gute Schwerpunktsetzung im Buch. Ansonsten finden sich Fälle zum Diplomatentrecht (Fall 7), Fremdenrecht (Fall 8), Welthandelsrecht (Fall 12), Friedenssicherungsrecht (Fall 13), humanitären Völkerrecht (Fall 14) und zum Völkerstrafrecht (Fall 15). Insgesamt erscheint die Themenauswahl als sehr gelungen. Nicht ganz verständlich ist lediglich, warum ausgerechnet ein Fall zum Welthandelsrecht ganz neu Eingang in den Klausurenkurs gefunden hat. Betrachtet man die Krise und Stagnation, in der sich das Welthandelsrecht befindet, erscheint die Zukunft dieses Bereiches doch recht unsicher. Gut getan hätte dem Buch ein weiterer Fall zum Friedenssicherungsrecht, so stellen die Vorschriften des Kapitel VII doch das Herzstück der UN-Charta dar.

Ein Lehrbuch kann v. *Arnauld*s Fallbuch nicht ersetzen, aber das soll es auch nicht. Vielmehr wird hier die praktische Anwendung von abstraktem Wissen auf gelungene Art und Weise vermittelt. Der Klausurenkurs dient der Wiederholung und Vertiefung von bereits Erlerntem. Zusammen mit v. *Arnauld*s Lehrbuch eignet er sich hervorragend für die Schwerpunktsexamensvorbereitung. Gerade weil in der neuen Auflage des Fallbuchs in Fußnoten oft auf das Lehrbuch verwiesen wird, lassen sich beide besonders gut kombinieren. Wie auch schon beim Lehrbuch vermag der Gesamteindruck des Fallbuches von v. *Arnauld* durchaus zu überzeugen. Wer sich für den Kauf von v. *Arnauld*s Klausurenkurs im Völkerrecht entscheidet, wird sicherlich nicht enttäuscht.

Wiss. Mitarbeiterin Juliane Stephan, Mainz

B u c h r e z e n s i o n

Thomas Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, Verlag Vahlen, München 2013, XVII, 425 S., € 24,90

I. Der *Verf.* ist Inhaber einer Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht in Gießen. Bei dem Werk handelt es sich um eine auf Examenskandidaten ausgerichtete Sammlung von Falllösungen. Die Neuerscheinung macht 20 anspruchsvolle Fälle nunmehr bundesweit zugänglich, nachdem diese seit vielen Jahren Bestandteil der unterschiedlichsten Veranstaltungen des *Verf.* gewesen, jeweils mehrfach erprobt und vielfach überarbeitet und verbessert worden sind (vgl. Vorwort, S. VI).

II. Das Konzept seiner „Klausurenlehre“ erläutert der *Verf.* in einem konzisen Vorwort (S. V und VI). Völlig zutreffend konstatiert er, dass es Jurastudierenden oft nicht an abstraktem Wissen mangelt, sondern an der Kompetenz, dies (bei klausurentypischer Zeitnot) auf einen konkreten Sachverhalt anzuwenden. Zu teilen ist auch die Einschätzung des *Verf.*, nahezu alle Studierenden würden den Stellenwert der Falllösungstechnik unterschätzen. Gewiss müssen Studierende sich den abstrakten Stoff nach Maßgabe der Justizprüfungsordnungen aneignen, und man kann ihnen (jedenfalls in der Examensvorbereitungsphase) nur selten mangelnden Fleiß dabei attestieren. Da die Leistungskontrolle im staatlichen Teil allerdings in einer Falllösung besteht und nicht in abstrakten Fragestellungen, müssen Studierende wissen, was sie in welchem Umfang an welcher Stelle und in welchem Stil schreiben müssen. Die Anforderungen an den Inhalt einer Klausurlösung decken sich dabei nur zum Teil mit den Inhalten der gängigen Lehrbüchern und Kommentare. Eine seriöse Examensvorbereitung setzt daher sowohl das aktive Schreiben von Examenübungsklausuren als auch die Lektüre von gelösten Musterklausuren voraus. Ersteres verschafft Erfahrung, auch hinsichtlich nur scheinbar trivialer Dinge wie Schreibgeschwindigkeit und Zeiteinteilung; letzteres lehrt (selbst wenn die Lösung nur konsumiert wird) den Studierenden exemplarisch die Bewältigung von Aufbau- und Stilfragen, man schnappt Formulierungen und Redewendungen auf und natürlich lernt man auch Inhaltliches (insbesondere Definitionen und Streitstände inkl. Auffassungen und Argumenten). Der *Verf.* hat Recht, wenn er betont, dass es bereits eine Reihe von Fallsammlungen gibt, zumal auch die Ausbildungszeitschriften Klausurlösungen veröffentlichen. Er „rechtfertigt“ die Neuerscheinung seines Werks damit, dass seine Fälle nicht nur gelöst werden, sondern – abgesetzt von der eigentlichen Lösung – auch mit klausurtaktischen Hinweisen ergänzt werden. In der Tat ist es gleichermaßen wichtig, dass die Studierenden einerseits eine vollständig ausformulierte (quasi im Examen als Klausurbearbeitung abgabereife) Falllösung erhalten (damit sie insbesondere den richtigen Stil erlernen), andererseits aber erläutert bekommen, warum die Musterlösung den jeweiligen Weg wählt und warum man hiervon vertretbarerweise auch abweichen kann. Gerade weil die Lehrbuchliteratur natürlich nicht klausurtaktische Erläuterungen leisten kann, ist die „Klausurenlehre“ des *Verf.* gerade aufgrund dieser – in den Fällen

grau unterlegten – Hinweise besonders wertvoll für die Studierenden, insbesondere, wenn sie mit der Examensvorbereitung beginnen. Der Klausurenlehre kommt überdies der Vorteil der Aktualität zu. Zwar legt der *Verf.* auch (und zu Recht) klassische Konstellationen zugrunde (etwa in Fall 2: „Die Bombe am falschen Motorrad“); daneben aber widmet sich die Fallsammlung auch aktuellen höchstrichterlichen Entscheidungen (z.B. Fall 19: „Schwarze Kassen bei der S-AG“, Fall 20: „Rechenfehler bei der Bremer Stadtreinigung“). Der „Klausurenlehre“ gelingt es hier, den Studierenden aktuell diskutierte Fallgestaltungen in examensrelevanter Weise nahe zu bringen, was einen Lernerfolg garantiert, der weit über die Lektüre der Originalentscheidungen hinausgeht.

III. Inhaltlich decken die 20 Fälle wichtige Bereiche des examensrelevanten Pflichtfachstoffs im materiellen Strafrecht ab, wobei Fragen des Allgemeinen und des Besonderen Teils in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Die Fälle stehen hierbei in keiner schulmäßigen Reihenfolge, was insofern überzeugt, als gerade Examensklausuren sich durch Kombinationen diverser Fragen aus allen Bereichen des materiellen Strafrechts auszeichnen. Dem *Verf.* gelingt es so, quasi nebenbei, wichtige Querverbindungen aufzuzeigen, besonders deutlich etwa bei der Beteiligungslehre im Rahmen der Vermögensdelikte (z.B. Fall 3). Ein gewisser Schwerpunkt liegt bei den Vermögensdelikten, was ebenfalls die Examenswirklichkeit zutreffend widerspiegelt. Auf etwas mehr als 400 Seiten kann nicht der gesamte Pflichtfachstoff behandelt werden, schon gar nicht als Falllösung. Der *Verf.* versieht aber seine Falllösungen nicht nur mit einem (aufgrund geschickter Beschränkung sehr hilfreichen) wissenschaftlichen Apparat, sondern stellt jeder Falllösung Literaturhinweise aus Rechtsprechung und Wissenschaft voran. Ein Sternchensystem hilft dem Studierenden dabei, seine knappen zeitlichen Ressourcen optimal einzusetzen. Den Studierenden wird so eine eigenverantwortliche Wiederholung und Vertiefung der angesprochenen Themenbereiche erleichtert. Insgesamt ist es im Übrigen erstaunlich, wie elegant es dem *Verf.* gelingt, auf ganz gedrängtem Raum, derart viel „Stoff“ fallorientiert und dennoch wissenschaftlich differenziert und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung darzustellen. Hier zeigt sich, dass der *Verf.* diese Fälle in universitären Repetitorien vervollkommen hat (umgekehrt zeigt sich übrigens auch, dass universitäre Repetitorien heutzutage eine umfangreiche und klausurnahe Examensvorbereitung bieten, die den kommerziellen Repetitor entbehrlich macht).

IV. In dieser Rezension können die einzelnen Fälle nicht besprochen werden. Dass man manches Ergebnis anders sehen, manchen Streitstand anders aufbauen, manche Argumentation anders handhaben kann, liegt in der Natur der Sache. Jede Falllösung ist wie folgt aufgebaut: Nach Sachverhalt (ggf. mit Abwandlungen) und Fallfrage folgt eine Aufstellung der wichtigsten Probleme des Falles, was eine rasche Orientierung ermöglicht, aber natürlich die Versuchung birgt, statt eigenen Nachdenkens den Hinweisen des *Verf.* nachzugehen. Es schließen sich die bereits erwähnten Literaturhinweise an, ferner eine übersichtliche Lösungsgliederung. Letztere ist für die Studierenden von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit, da entscheidende Weichenstellungen schon mit dem Aufbau der

Lösungsskizze getroffen werden. Kern der Falllösung ist natürlich die ausformulierte Musterlösung inkl. der farblich abgesetzten klausurtaktischen Hinweise. Inhaltlich geht die Lösung gewiss nicht selten über das hinaus, was von einem hervorragenden Bearbeiter erwartet werden kann, insofern ist diese Fallsammlung (wie andere auch) nachvollziehbar auch didaktisch und nicht ganz ohne wissenschaftlichen Ehrgeiz angelegt (deutlich z.B. im 19. Fall bei der Darstellung und Diskussion der Rechtsprechung der einzelnen *Senate* des BGH). Der *Verf.* macht dabei stets die Position der Rspr. und die der h.L. deutlich, ohne Minderheitsauffassungen und eigene Vorstellungen zu vernachlässigen. Studierende können sich daher an der h.M. orientieren, erlernen aber auch fundierte Kritik.

V. Ein bedeutender Lernerfolg für die Studierenden dürfte in der Rezeption des (hier so genannten) aufgelockerten Gutachtenstils liegen: Bereits im Vorwort (S. V), immer wieder auch bei den fallbezogenen Hinweisen (z.B. Fall 1 Rn. 80), weist der *Verf.* völlig zutreffend darauf hin, dass sich eine gute Fallbearbeitung dadurch auszeichnet, dass Gutachtenstil und Urteilsstil (besser vielleicht: Feststellungsstil) gemischt werden müssen. In der Tat leiden viele Fallbearbeitungen selbst im Staatsexamen daran, dass Problematisches zu knapp behandelt wird und Unproblematisches zu breit (mangelnde Schwerpunktsetzung). Man mag darüber streiten, ob die Feststellung evidenter Ergebnisse mit kausalen Konjunktionen erfolgen sollte (vgl. nur Fall 1 Rn. 81: „Eine Strafbarkeit nach § 142 II Nr. 2 StGB kommt vorliegend schon deswegen nicht in Betracht, weil A auch später keine Kenntnis von dem Unfall erlangt.“) – manche Korrektoren streichen solche Formulierungen grundsätzlich an, so dass man evtl. besser zur Verwendung mehrerer Hauptsätze rät („Eine Strafbarkeit nach § 142 II Nr. 2 StGB kommt vorliegend schon nicht in Betracht: A erlangt auch später keine Kenntnis von dem Unfall.“). Das zeigt aber allein, dass eine Klausurlösung bis zu einem gewissen Grad auch Geschmacksfrage ist und keine exakte Wissenschaft. Die „Klausurenlehre“ macht aber Mut – Mut dazu, Evidentes auch einfach einmal festzustellen, um dafür Zeit für Problematisches zu gewinnen. Hoffentlich übernehmen viele Leser die in der Fallsammlung mustergültig vor-exerzierte problemorientierte, Schwerpunkte setzende Falllösungstechnik.

VI. Das Konzept des *Verf.* geht vollends auf. Ihm gelingt es, Falllösungstechnik und -stil, klausurtaktische Hinweise und inhaltlich-wissenschaftliche Tiefe (gerade auch im Spiegel aktueller Rechtsprechung) so zu kombinieren, dass ein Durcharbeiten der „Strafrechtlichen Klausurenlehre“ jedem Studierenden nur dringend empfohlen werden kann, übrigens gerade auch dann, wenn die dem strafrechtlichen Lernen zugeordnete Zeit aufgrund (in manchen Bundesländern) reduzierter Klausurrelevanz des Strafrechts knapp bemessen ist.

Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel

Rechtliche Gerechtigkeit und höhere Gerechtigkeit

Jakob Wassermanns „Fall Maurizius“ und die Unzulänglichkeit der formaljuristischen Rechtsanwendung

Von cand. iur. **Madeleine Martinek**, Heidelberg

Gerechtigkeit ist wie Geburt. Ungerechtigkeit ist der Tod [...]. Der Mensch besitzt ein Urrecht, in seiner Brust, sein mit ihm geborenes. Teil hat jeder an der Gerechtigkeit, wie er teilhat an der Luft. Raubt man ihm die, muss die Seele ersticken.
(Jakob Wassermann, Fall Maurizius)

Der sechzehnjährige Etzel Andergast, Sohn des Oberstaatsanwalts Wolf Freiherr von Andergast, erfährt von einem achtzehn Jahre zurückliegenden Mordfall, in dem das Plädoyer seines Vaters einen Mann ins Zuchthaus brachte, der noch immer seine lebenslängliche Strafe absitzt, jedoch seine Unschuld beteuert: Leonard Maurizius. Etzel, getrieben von einem unerbittlichen Gerechtigkeitssinn und überzeugt von der Unschuld des Leonard Maurizius, befasst sich mit den Akten und fährt nach Berlin. Er sucht den dort unter falschem Namen lebenden Kronzeugen des Prozesses, Gregor Waremme, auf, um ihn des damals geschworenen Meineids zu überführen. Der despotische und selbstsichere Andergast ist über die plötzliche Abreise seines Sohnes zutiefst irritiert und beginnt nun selbst, sich wieder mit dem längst vergessenen Fall zu beschäftigen. Er besucht den Sträfling Maurizius. In den Erzählungen von Maurizius tritt die Komplexität und Verworrenheit der Beziehungen der Prozessbeteiligten auf, Gefühle von Leidenschaft, Verlogenheit, Eigennützigkeit und inneren Zwängen, die das starre Gebäude aller Grundlagen eines Judiz, alle Grundbegriffe der Schuld, Strafe und Gerechtigkeit, ins Wanken bringen. Andergast sieht sich innerlich gezwungen, Maurizius zu begnadigen, eine Revision des Urteils lehnt er aber entschieden ab. Maurizius wird in die Freiheit entlassen, findet aber in seiner Umwelt keinen Halt mehr und begeht schließlich Selbstmord. Etzel konfrontiert seinen Vater mit dem Geständnis des Meineids und der eigentlichen Mörderin. Es kommt zu einer dramatischen Auseinandersetzung zwischen Vater und Sohn, Etzel sagt sich schließlich von seinem Vater los. Andergast bricht zusammen, er muss erkennen, dass die noch so präzise und strenge Anwendung des Rechts auch zu grausamen Fehlurteilen führen kann.

Jakob Wassermann, der den Justizroman 1928 verfasste und dem der Große Brockhaus „leidenschaftlichen Willen zur Verwirklichung der Gerechtigkeit“ nachrühmt, stellt in den Protagonisten – Etzel und Oberstaatsanwalt Andergast – zwei Gegenpole dar: Etzel verkörpert das Streben und die Sehnsucht nach Gerechtigkeit. Andergast hingegen ist in seinen gesellschaftlich-juristischen Konformitäten gefangen, die keinen Funken Emotion, Gewissen und Einfühlungsvermögen zulassen. Er hat sich seine eigene moralische Werteordnung aufgebaut und beharrt auf seinen Prinzipien. Er sieht das Urteil, das hauptsächlich wegen seiner scheinbar überlegenen Beweisführung ergangen war, als unfehlbar an. Nach seiner Ansicht gibt es keine Gerechtigkeit, es gibt nur das Recht. Subsumiert man präzise unter den Tatbestand der Norm, so wird die Rechtsfolge richtig und damit auch „gerecht“ sein, so die Auffassung von Andergast. Allerdings wird ihm durch die Vor-

gänge um den Fall Maurizius nun zunehmend bewusst, dass es neben dem Recht doch etwas „Höheres“ gibt, dass also das Recht in seinen Erkenntnismöglichkeiten beschränkt ist. Bedeutet dies nun, dass das Recht an sich durchaus mangelhaft ist und man zwischen einer sogenannten „rechtlichen Gerechtigkeit“ und einer „höheren Gerechtigkeit“ unterscheiden muss?

In der Alltagssprache werden die Ausdrücke „Recht“ und „Gerechtigkeit“ mehr oder weniger synonym verwendet. Unter „Unrecht“ wird im Alltag nicht Rechtswidrigkeit, sondern Ungerechtigkeit oder Moralwidrigkeit verstanden. Es wird verkannt, dass eine noch so exakte Subsumtion und methodisch begründete Anwendung des Rechts zwar rechtlich einwandfrei ist (also „rechtlich gerecht“), ein aber mit dem subjektiven Empfinden und der Tugendhaftigkeit unvereinbares Ergebnis erzielen und damit im Widerspruch zur „höheren Gerechtigkeit“ stehen kann. Bezogen auf den Roman von Wassermann bedeutet dies, dass Etzel ethische Zweifel an der lebenslänglichen Inhaftierung des in Wirklichkeit unschuldigen Leonard Maurizius hatte. Sein Vater hingegen war von der Richtigkeit des Urteils überzeugt: Dem Urteil lagen handfeste Indizien zu Grunde. Gerade in einem solchen Fall ist es schwer, dem so exakt arbeitenden, die juristische Methodik über alles schätzenden Staatsanwalt Andergast einen Vorwurf zu machen, stand es doch außerhalb aller juristischen Mittel, anhand der zu Grunde liegenden Indizien anders zu entscheiden. Und doch fehlt ihm das, was Etzel schon innerlich spürte, was Andergast aber erst durch die vielschichtigen Umstände des Falles Maurizius erkennen musste: Das Gesetz vermag keine höhere Gerechtigkeit zu gewährleisten und durchzusetzen. Die Haltung Andergasts erinnert an die eines Rechtspositivisten, der die Geltung von Normen allein auf deren positive Setzung stützt und für den auch krass unmoralisches, jedem höheren Gerechtigkeitssinn zuwiderlaufendes Recht immer noch Recht ist. Doch selbst er, der die rechtliche Gerechtigkeit verabsolutiert hat, kann die gewaltige Konfrontation mit der höheren Gerechtigkeit nicht ertragen. Sie lässt das formaljuristisch richtige Recht in einem faden, immer blässer werdenden Licht erscheinen.

Der Rechtsanwender ist gehalten, sich zum einen einer präzisen juristischen Methodik und Logik zu bedienen, zum anderen sollte er dabei einen „leidenschaftlichen Willen zur Verwirklichung der Gerechtigkeit“ zeigen, um die Diskrepanz zwischen Recht und Gerechtigkeit so gut wie möglich zu verringern.