Herausgeber: PD Dr. Markus Artz, PD Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Fehling, PD Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn

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

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

Redaktion Öffentliches Recht: PD Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Matthias Rossi

Redaktion Strafrecht: Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Minderjährigenschutz bei unentgeltlicher Übertragung von Grundstücken: Gesamtbetrachtung, Gefährdungspotential und die „bloß theoretische Möglichkeit“

Von Prof. Dr. Martina Benecke, Augsburg 217

Öffentliches Recht

**Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik
Entwicklungstendenzen der Legisprudenz – Teil 2**

Von Prof. Dr. Klaus Messerschmidt, Berlin/Frankfurt a.M. 224

Freiheitsrechte als subjektive Rechte

Von Prof. Dr. Christoph Gusy, Bielefeld 233

Strafrecht

**Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt
exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand**

Von Rechtsanwalt Stefan Grotz, Balingen 243

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

**Anstiftung oder Täterschaft?
„Organisationsherrschaft“ in Wirtschaftsunternehmen**

Von Privatdozent Dr. Joerg Brammsen, cand. iur.
Simon Apel, Bayreuth 256

Zum Merkmal des Betreffens bei § 252 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter Thorsten Schwarzer, Kiel 265

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungsfall: Die Spritschleuder

Von Wiss. Mitarbeiter Ole Sachtleber, Kiel 271

ÜBUNGSFÄLLE (Forts.)**Öffentliches Recht**

- Übungsfall: Meldeauflagen und „Gefährderanschreiben“
als polizeiliche Präventivmaßnahme gegen Hooligans**
Von Assessor Dr. Karsten Schneider, Bonn 281

Strafrecht

- Übungsfall: Folter zur Rettung des Entführungsoffers?**
Von Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Tobias Kappelmann, LL.M.,
Bonn 290

URTEILSBESPRECHUNGEN**Zivilrecht**

- BGH, Urt. v. 2.7.2007 – II ZR 111/05
(Aktive Parteifähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins)**
(Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Halle) 301

Öffentliches Recht

- BVerfG, Urt. v. 13.2.2008 – 2 BvK 1/07
(Gesetzgebungspflicht zum Schutz politischer
Minderheiten? – Zur Unzulässigkeit von
Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht)**
(Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg) 304

URTEILSANMERKUNGEN**Zivilrecht**

- EuGH, Urt. v. 17.4.2008 – Rs. C-404/06 (Quelle)
(Europarechtswidrigkeit der Nutzungsentschädigung
bei Ersatzlieferung im Rahmen des Verbrauchs-
güterkaufs)**
(Prof. Dr. Ansgar Staudinger, Bielefeld) 309

REDAKTIONELLE URTEILSANMERKUNGEN**Zivilrecht**

- EuGH, Urt. v. 10.4.2008 – Rs. C-412/06 (Hamilton)
(Erlöschen des Verbraucher-Widerrufsrechts
beim Haustürgeschäft nach beiderseits voll-
ständiger Leistungserbringung europarechtskonform)**
(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 312

- BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06
(Hengstisches Verhalten des Wallachs „Diokletan“
- Sofortiges Rücktritts- und Minderungsrecht
des Käufers bei arglistigem Verschweigen des Mangels)**
(Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/München) 315

- BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06
(Verdeckte gemischte Sacheinlage einer
„übertragenden Sanierung“)**
(Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Mainz) 317

Strafrecht

- BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07**
(Prof. Dr. Mark Deiters, Wiss. Mitarbeiterin Anna Helena
Albrecht, Münster) 319

BUCHREZENSIONEN*Strafrecht*

Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007
(Staatsanwalt Dr. Christian Burr, Aachen/Brüssel) 325

Allgemeines

**Peter Scholz/Christian Schulte, Examen –
leicht gemacht, 2. Aufl. 2007**
(Wiss. Mitarbeiter Marcus Bergmann,
Wiss. Mitarbeiter Michael Sturm, LL.M. oec., Halle/Saale) 327

Minderjährigenschutz bei unentgeltlicher Übertragung von Grundstücken: Gesamtbetrachtung, Gefährdungspotential und die „bloß theoretische Möglichkeit“

Von Prof. Dr. Martina Benecke, Augsburg

I. Einführung

In einem Aufsatz aus dem Jahr 1973 stellte *Stürmer* fest, die Rechtsprechung zum lediglich rechtlichen Vorteil gemäß § 107 BGB könne zwar auf eine lange Geschichte zurückblicken, es sei ihr aber nicht gelungen, dafür eine einheitliche Formel zu finden.¹ Seitdem hatte die Rechtsprechung häufiger Gelegenheit, präzisere Formeln zu finden. Dabei geht es in der Praxis fast immer um die Vertretung Minderjähriger bei der unentgeltlichen Übertragung von Grundstücken an Minderjährige durch ihre Eltern oder Großeltern, die meist der vorweggenommenen Erbfolge dienen soll.

In diesen Fällen liegt zwar regelmäßig eine Einwilligung der gesetzlichen Vertreter vor, es stehen aber auf beiden Seiten des Vertrages Verwandte. Daher ist die Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter eingeschränkt: Handeln die Eltern als gesetzliche Vertreter auf beiden Seiten durch § 181 BGB, handeln andere Verwandte durch §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB.² Grundsätzlich muß also in solchen Fällen ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB bestellt werden.³ Diese Regelungen sind aber einschränkend auszulegen, wenn es sich um lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte handelt: Wenn der Minderjährige das Geschäft nach § 107 BGB sogar ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter abschließen könnte, wäre die Bestellung eines Ergänzungspflegers ein überflüssiger Formalismus.⁴

Der BGH beschäftigte sich zuletzt 2004 und 2005 mit derartigen Verträgen.⁵ Beide Beschlüsse haben neue Fragen aufgeworfen. So enthalten sie – nicht ganz eindeutige – Hinweise zur Zukunft der Gesamtbetrachtungslehre, die die Rechtsprechung als umstrittene Durchbrechung des Abstraktionsprinzips seit dem Jahr 1980 angewendet.⁶ Insbesondere finden sich in den Beschlüssen neue Kriterien zur Bestimmung des lediglich rechtlichen Vorteils, die erhebliche praktische Konsequenzen haben.

¹ *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402.

² Dazu *Wilhelm*, NJW 2006, 2353 (2355).

³ Außerdem ist bei Grundstücksgeschäften eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB erforderlich, die aber nicht von einem rechtlichen Vorteil abhängig ist; zum mittelbaren Zusammenhang vgl. BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 5 f. Zum Zusammentreffen beider Einschränkungen *Servatius*, NJW 2006, 334; *Staudinger*, Jura 2005, 547 (548 ff.).

⁴ Grundlegend BGH, Urt. v. 27.9.1972 – IV ZR 225/69, BGHZ 59, 236; ebenso OLG Köln, Urt. v. 11.6.2003 – 2 Wx 18/03, OLGR Köln 2003, 290 Rn. 18. Dazu kritisch *Wilhelm*, NJW 2006, 2353 (2356); grundlegend *Stürmer*, AcP 173 (1973), 442.

⁵ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170; BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137.

⁶ Grundlegend BGH, Urt. v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, BGHZ 78, 28.

II. Rechtsprechung zur Gesamtbetrachtungslehre

1. Die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2004

In dem 2004 entschiedenen Fall behielt sich eine Mutter bei der Schenkung eines Grundstücks an ihre beiden minderjährigen Töchter das Recht zum Rücktritt von der Schenkung vor, falls eine ihrer Töchter vorversterben oder ihren Grundstücksanteil ohne Zustimmung der Mutter veräußern oder belasten sollte. Der BGH wies in seiner Entscheidungsbeurteilung darauf hin, daß die Ausübung eines Rücktrittsrechts zu einem Rückgewähranspruch nach § 346 Abs. 1 BGB führt und auch zu Wert- und Schadensersatzansprüchen nach § 346 Abs. 2, 3 BGB führen kann.⁷ Eine Schenkung mit Rücktrittsvorbehalt sei also nicht lediglich rechtlich vorteilhaft gemäß § 107 BGB und damit schwebend unwirksam.⁸

Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage nach der Wirksamkeit der dinglichen Auflassung. Die Begründung prüft schulmäßig erst die Unwirksamkeit wegen des schwebend unwirksamen Kausalgeschäfts und danach die rechtlichen Nachteile „bei isolierter Betrachtung“. Dabei lehnte sie für unseren Fall eine Anwendung der Gesamtbetrachtungslehre ab.

2. Hintergrund der Gesamtbetrachtungslehre

Dazu muß man sich den Fall des BGH aus dem Jahre 1980 vergegenwärtigen, zu dem die Gesamtbetrachtungslehre entwickelt wurde. Er wies einen grundlegenden Unterschied auf: Hier war nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern das Verfügungsgeschäft rechtlich nachteilig.⁹ In diesem Fall ergibt sich eine „Falle“ für Minderjährige gegenüber ihren Eltern aus § 181 BGB. Zwar bildet ein Vertrag, bei dem auf einer Seite mindestens ein Elternteil steht und auf der anderen Seite der von seinen Eltern vertretene Minderjährige, grundsätzlich ein schwebend unwirksames Insihgeschäft im Sinne des § 181 BGB. Nach dem zweiten Halbsatz des § 181 BGB gilt

⁷ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 10; im Ergebnis ebenso OLG Köln, Urt. v. 11.6.2003 – 2 Wx 18/03, OLGR Köln 2003, 290 Rn. 21.

⁸ Keine Rolle spielte es dabei in der Begründung des Beschlusses, daß die Ausübung des Rücktrittsrechts nach der Natur der Vereinbarung erst in Betracht kam, wenn die betroffene Tochter volljährig (oder verstorben) war. Auf den Zeitpunkt, in dem belastende Gestaltungsrechte geltend gemacht werden können, kommt es also auch dann nicht an, wenn ihre Geltendmachung von dem Verhalten des volljährig gewordenen abhängt. Das ist auch zutreffend, da der Minderjährigenschutz es auch bezweckt, einem Minderjährigen keinen Vertrag aufzudrängen, der diesen für die Zukunft belastet – also auch keinen Vertrag, der seine Handlungsfähigkeit als Erwachsener einschränkt.

⁹ BGH, Urt. v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, BGHZ 78, 28. Es handelte sich um Wohnungseigentum mit den entsprechenden Verpflichtungen aus dem WEG.

das aber nicht, wenn das Geschäft lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Ist das Kausalgeschäft wirksam, können Eltern also in Vertretung ihres Kindes auch ein rechtlich nachteiliges Verfügungsgeschäft mit sich selbst genehmigen.

Diesen Effekt soll die Gesamtbetrachtungslehre verhindern, nach der in diesen Fällen die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts auch die des Verfügungsgeschäfts mit sich zieht. Die obige Schilderung zeigt aber bereits, warum diese Durchbrechung des Abstraktions- und Trennungsprinzips in der Literatur überwiegend kritisiert wird: Der Grund für den negativen Effekt für Minderjährige liegt keineswegs im Abstraktionsprinzip, sondern in der Ausnahmeregelung in § 181 letzter HS BGB. Daher löst die Literatur solche Fälle ganz überwiegend mit teleologischer Reduktion dieser Norm.¹⁰

3. Konsequenzen für die Fallkonstellation von 2004

In der Beschlußbegründung des Jahres 2004 erwähnt der BGH die Gesamtbetrachtungslehre zwar, stellt aber im folgenden lakonisch fest: „Ob dieser Ansatz vorzugswürdig ist, bedarf keiner näheren Entscheidung“. Eine Gesamtbetrachtung sei nicht angebracht, wenn das Grundgeschäft „bereits bei isolierter Betrachtung mit Rechtsnachteilen für den Minderjährigen verbunden und deshalb gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam“ sei. In diesem Fall fehle es bereits an einer Verpflichtung, die der Vertreter im Sinne des § 181 2. HS BGB erfüllen könne.

Mit anderen Worten: In der Entscheidungsbegründung aus dem Jahr 2004 passierte nichts anderes, als daß der BGH es ablehnte, die Gesamtbetrachtungslehre auszudehnen, sie also auch auf Fälle anzuwenden, in denen das Verpflichtungsgeschäft nicht lediglich rechtlich nachteilig ist.¹¹ Ihre Nichtanwendung wird dabei nicht mit ihrer Ungeeignetheit begründet, sondern pragmatisch: Ist das Kausalgeschäft bereits schwebend unwirksam, bestehe keine Gefahr wegen § 181 letzter HS BGB. Eine Gesamtbetrachtung sei damit überflüssig.¹² Indi-

¹⁰ S. die Nachweise bei BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 11; instruktiv *Jauernig*, JuS 1982, 576; *Müßig*, JZ 2006, 150; *Schmitt*, NJW 2005, 1090 (1091). Der Gesamtbetrachtungslehre dagegen zustimmend *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 107 Rn. 6; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2002, § 1909 Rn. 21. Instruktiv zu Problematik und Meinungsstreit *Röthel/Krackhardt*, Jura 2006, 161 (162).

¹¹ *Röthel/Krackhardt*, Jura 2006, 161 (162, 163 f.) m.w.N., schließen aus der Entscheidung auf ein „Wegrücken“ von der Gesamtbetrachtung; ähnlich *Emmerich*, JuS 2005, 457 (459); wie hier *Staudinger*, Jura 2005, 547; *Wojcik*, DNotZ 2005, 655.

¹² Ausdrücklich abgelehnt wird außerdem zu Recht eine mögliche Zusammenfassung von Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft nach § 139 BGB. Das kommt bereits nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht, in denen nach dem Parteiwillen Grund- und Erfüllungsgeschäft miteinander „stehen und fallen“ sollen. Bei Geschäften über Immobilien ist § 139 BGB ohnehin unanwendbar, da das Grundgeschäft nach § 925 Abs. 2 BGB bedingungsfeindlich ist: BGH, Beschl. v.

25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 12 m.w.N.; *Heinrichs* (Fn. 10), § 139 Rn. 9.

4. Die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2005

Das verwundert um so mehr, weil dem vom selben Senat entschiedenen Fall von 2005 eine solche Konstellation zugrunde lag: Hier bestanden gegen das Verpflichtungsgeschäft (eine uneingeschränkte Schenkung) keine Bedenken, das Verfügungsgeschäft war indes nicht vorteilhaft, da es den minderjährigen Erwerber mit der Verpächterhaftung belasten konnte (dazu später).¹³ Veräußerer war allerdings der Großvater des Minderjährigen, so daß sich die Vertretung nicht nach § 181 BGB unmittelbar, sondern nach §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB richtete.

Dort besteht allerdings eine dem § 181 letzter HS BGB entsprechende Regelung in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 2. HS BGB. Zu dieser Regelung findet sich in der Begründung folgende Aussage: Die Eltern des minderjährigen Erwerbers seien daran gehindert, die Auflassung für diesen zu erklären, weil „die in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter HS BGB normierte Ausnahmeregelung unter Berücksichtigung des Zwecks [...], Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden [...], nicht gilt, wenn das in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Vertretenen führt“. Es müsse dann bei dem ursprünglichen Vertretungsverbot verbleiben.¹⁴

Die Entscheidungsbegründung nimmt also genau diejenige teleologische Reduktion an § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB vor, die die Literatur seit langem für § 181 BGB fordert. Da die Begründung mit der Interessenkollision ebenfalls identisch ist, kann somit die Entscheidung von 2005 nur dahingehend interpretiert werden, daß die Rechtsprechung derartige Fälle in Zukunft durchweg mit teleologischer Reduktion lösen wird.¹⁵ Zwar ist unverständlich, warum diese Rechtsprechungsänderung in zeitlich nur gut zwei Monate auseinander liegenden Entscheidungen so sehr verschleiert werden mußte, daß sie auch in aktuellen Kommentaren nicht zur Kenntnis genommen wurde.¹⁶

Im Interesse des Trennungs- und Abstraktionsprinzips ist dieses „Hinausschleichen“ aus der Gesamtbetrachtungslehre aber zumindest im Ergebnis zu begrüßen. Die Frage nach dem lediglich rechtlichen Vorteil ist also für Verpflichtungs-

25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 12 m.w.N.; *Heinrichs* (Fn. 10), § 139 Rn. 9.

¹³ BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 12 (*Hervorhebung* von der Verfasserin).

¹⁵ So – z.T. kritisch – *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293 (297); *Führ/Menzel*, FamRZ 2005, 1729; *dies.*, JR 2005, 413; *Reiß*, RNotZ 2005, 224; *Müßig*, JZ 2006, 150; *Wilhelm*, NJW 2006, 2353.

¹⁶ In *Heinrichs* (Fn. 10), § 107 Rn. 6 wird die Gesamtbetrachtungslehre unter Hinweis auf die Entscheidung von 2004 noch vertreten. Das Urteil von 1980 wird auch in den amtlichen Orientierungssätzen nicht unter „Abweichung“ erwähnt.

und Verfügungsgeschäft getrennt zu klären. Zu der Frage, wie das im einzelnen geschehen soll, hat allerdings die Rechtsprechung des BGH weitere Fragen aufgeworfen.

III. Konkretisierung des lediglich rechtlichen Vorteils

1. Grundsätze

Der Gesetzgeber des deutschen BGB hat sich – anders als z.B. derjenige des französischen *code civil*¹⁷ – dafür entschieden, im Interesse der Rechtssicherheit und des Minderheitenschutzes die Wirksamkeit von Willenserklärungen des beschränkt Geschäftsfähigen von dem formalen Kriterium der rechtlichen Folgen des Geschäfts abhängig zu machen, also für eine rein rechtliche, nicht wirtschaftliche Betrachtungsweise.¹⁸ Danach ist von den schuldrechtlichen Geschäften nur die Schenkung an den Minderjährigen grundsätzlich zustimmungsfrei, von den sachenrechtlichen vor allem der Erwerb des Eigentums. Ist erworbenes Eigentum belastet, kommt es darauf an, ob der Minderjährige aus der Belastung selbst haftet oder nicht. Die Belastung mit einer Grundschuld ist also unschädlich, da nach §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB nur das Grundstück selbst der Zwangsvollstreckung ausgesetzt ist.¹⁹

Bei persönlicher Haftung ist entscheidend, ob diese auf den Wert der Zuwendung beschränkt ist oder darüber hinaus geht. So sollen Bereicherungsansprüche grundsätzlich keine Rolle spielen, da dann die Haftung des Schuldners nach § 818 Abs. 3 BGB auf den Bestand der Bereicherung beschränkt ist.²⁰ Diese Überlegung liegt auch der Entscheidung von 2004 zugrunde, da der Minderjährige hier wegen des unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts einem Rückabwicklungsanspruch ausgesetzt war.²¹ Kaum diskutiert wird freilich, daß der Entreicherungsseinwand bei Bösgläubigkeit nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB nicht eingreift und daß auch Minderjährigen die Bösgläubigkeit ihres gesetzlichen Vertreters zugerechnet wird.²² Im Interesse des Minderjährigenschutzes wird man die Zurechnung daher in denjenigen Fällen ausschließen müssen, in denen die gesetzlichen Vertreter selbst Bereicherungsgläubiger sind.

¹⁷ Nach Art. 1305 des Code Civil (cc) sind Geschäfte Minderjähriger unwirksam, wenn sie eine „lésion simple“, also einen bloßen – und zwar wirtschaftlichen – Verlust mit sich bringen. Dazu aus deutscher Sicht *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (415 f.).

¹⁸ *Heinrichs* (Fn. 10), § 107 Rn. 2.

¹⁹ Eine Ausnahme bilden die Kosten für den Vollstreckungstitel. Sie können mit einer Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung vermieden werden, da dann ein Titel bereits vorhanden ist; BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 16 m.w.N. Bei einer Reallast ist das wegen § 1108 BGB anders; *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 107 Rn. 4.

²⁰ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 14 m.w.N.; ebenso OLG Köln 11.6.2003 – 2 Wx 18/03, OLGR Köln 2003, 290 Rn. 21; *Lorenz*, LMK 2005, 25 (26).

²¹ Dazu kritisch *Joswig*, ZfIR 2005, 292.

²² *Sprau*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 819 Rn. 3 f.

2. Rechtsprechung zu öffentlichen Lasten

Seit langem umstritten ist, wie sich die Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten auswirkt.²³ Der BGH nahm dazu in dem erwähnten Beschluß von 2004 erstmals ausdrücklich Stellung. Die Begründung geht dabei in ihrer Bedeutung weit über die konkrete Problematik hinaus. Sie unterscheidet zwischen regelmäßigen öffentlichen Lasten wie Grundsteuern und außerordentlichen Grundstückslasten wie Erschließungsabgaben. Im Ergebnis sollen beide nicht zu einer Genehmigungsbedürftigkeit führen.

Für die regelmäßigen öffentlichen Lasten führt die Begründung aus, § 107 BGB erfasse nicht solche Rechtsnachteile, die *typischerweise ein ganz geringes Gefährdungspotential* hätten. Das sei bei öffentlichen Abgaben der Fall, da diese ihrem Umfang nach durch den Wert des Grundstücks o.ä. gedeckt seien, in der Regel aus den laufenden Erträgen bestritten werden könnten und damit zu keiner Gefährdung führten.²⁴ Zu außerordentlichen Grundstückslasten wie Erschließungsabgaben heißt es, diese seien im Entscheidungsfall nicht ersichtlich; die „*theoretische Möglichkeit*“ der Belastung des Minderjährigen in der Zukunft stelle keinen Rechtsnachteil dar.²⁵ Beide Abgrenzungskriterien, das des geringen Gefährdungspotentials und das der theoretischen Möglichkeit, verdienen eine genauere Betrachtung.

IV. Die Abgrenzungskriterien im einzelnen

1. Minderjährigenschutz und „geringes Gefährdungspotential“

a) Begründung des BGH

Die neue Rechtsprechung zu öffentlichen Abgaben ist aus zwei Gründen von genereller Bedeutung: Erstens rechnet sie zu den lediglich rechtlich vorteilhaften Folgen des Geschäfts auch solche, die eine persönliche Haftung des Minderjährigen begründen. Zweitens bezieht sie, wenn auch in geringem Maße, wirtschaftliche Überlegungen in die Abgrenzung mit ein.

Die Begründung lautet zusammengefaßt: Entscheidend sei, den Minderjährigen vor einer Gefährdung seines Vermögens zu schützen. Die allein formale Betrachtungsweise gelte daher nicht für persönliche Verpflichtungen, die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, daß sie eine Verweigerung der Genehmigung nicht rechtfertigen könnten. Die Rechtssicherheit sei durch das Aussondern geschlossener, klar abgegrenzter Gruppen von Rechtsnachteilen, die ihrer abstrakten Natur nach typischerweise keine Gefährdung für den Minderjährigen mit sich bringen, nicht beeinträchtigt.²⁶

²³ S. bereits *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (426 ff.).

²⁴ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

²⁵ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

²⁶ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20; ebenso *Heinrichs* (Fn. 10), § 107 Rn. 5, der auch die Tierhalterhaftung und bei die Anfechtung mögliche Rückgewährpflicht aus § 812 BGB dazuzählt: fraglich, weil kaum geringes Gefährdungspotential vorliegt.

b) *Gegenauffassungen in der Literatur*

Die ganz herrschende Auffassung kommt zu demselben Ergebnis wie der BGH: Öffentliche Pflichten des Grundstückseigentümers begründen keinen rechtlichen Nachteil.²⁷ Die Begründung ist allerdings unterschiedlich. Die Lösung derartiger Fälle nach wirtschaftlichen Erwägungen wird in vergleichbarer Form so vor allem in dem eingangs erwähnten Beitrag von *Stürmer* aus dem Jahr 1973 vertreten, dessen Argumente z.T. wörtlich übernommen werden.²⁸ *Stürmer* möchte § 107 BGB anhand seines Normzwecks teleologisch auf „gefährliche“ Nachteile beschränken. Ungefährlich sei ein Rechtsnachteil danach, wenn er den wirtschaftlichen Zuwachs, den das Rechtsgeschäft mit sich bringt, bestenfalls aufzehren kann.

Bisher herrschend ist eine Differenzierung nach dem Entstehungsgrund des Anspruchs, also danach, ob es um mittelbare oder unmittelbare Rechtsnachteile geht.²⁹ Im einzelnen finden sich aber unterschiedliche Umschreibungen. Einige halten offenbar (nur) öffentlich-rechtliche Lasten generell für unbeachtlich.³⁰ Andere formulieren, es komme auf die Abgrenzung zwischen gesetzlichen Folgen der Eigentumsübertragung und rechtsgeschäftlichen Abreden zwischen den Parteien an oder auf die Unterscheidung zwischen der Erwerberposition oder eine lediglich dem Eigentum innewohnende Bindung.

c) *Stellungnahme*

Um das Ergebnis gleich vorwegnehmen: Es ist nicht nur einfacher, sondern auch interessengerecht, wenn öffentliche Abgaben in der Regel dazu führen, daß die Übereignung eines Grundstücks nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Grund für diese Auffassung sind erstens Bedenken gegenüber den zur Abgrenzung vertretenen Kriterien. Zweitens entspricht auch das Ergebnis dem Sinn und Zweck von § 107 BGB, dem Minderjährigenschutz und der Rechtssicherheit.

aa) *Abgrenzungskriterien*

Will man öffentliche Abgaben aus der Gruppe der rechtlichen Nachteile herausnehmen, muß man Kriterien finden, um das zu begründen. Diese Kriterien betreffen dann aber nicht nur diese Fallgruppe, sondern auch andere. Zu den weiteren Fallgruppen gehören jedoch regelmäßig auch Belastungen des

Minderjährigen, die dem weiten Schutzzweck des § 107 BGB widersprechen und damit auch zu einer Gefährdung der im Minderjährigenschutz besonders wichtigen Rechtssicherheit führen.

(1) Das wird besonders deutlich an der Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsfolgen des Eigentumsübergangs. Für den Minderjährigenschutz spielt es keine Rolle, auf welchen Rechtsgrund eine Belastung zurückzuführen ist. Öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen können ebenso wie privatrechtliche zu einer unbegrenzten persönlichen Haftung des Schuldners führen. Entsprechendes gilt aber auch für die Unterscheidung nach unmittelbaren und mittelbaren Folgen der Eigentumsübertragung. Das ist schon deshalb bedenklich, weil sich diese Abgrenzung bezogen auf die zahlreichen möglichen Folgen einer Eigentumsübertragung kaum konkretisieren läßt, wie die unterschiedlichen Versuche der Umschreibung bereits zeigen: Zwischen Erwerberposition und Eigentümer läßt sich kaum differenzieren, wenn der Erwerber nun einmal Eigentümer wird.

Aber auch die Unterscheidung zwischen den gesetzlichen und den rechtsgeschäftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts ist kein geeignetes Kriterium. Selbst wenn sie sich rechtssicher durchhalten ließe, können mit den gesetzlichen Folgen eines Eigentumserwerbs vor allem an einem Grundstück schwerwiegende Folgen in Gestalt einer persönlichen und unbegrenzten Haftung verbunden sein. Das zeigt bereits das Beispiel Vermieterhaftung³¹: Diese ist keineswegs die Folge rechtsgeschäftlicher Abreden zwischen Veräußerer und Erwerber einer vermieteten Sache, sondern des § 566 BGB. Welche Haftungsrisiken sich aber für einen Vermieter insb. aus § 536a BGB ergeben, ist allgemein bekannt³². Es ist daher im Ergebnis richtig, aber in der Begründung inkonsequent, wenn der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks überwiegend als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen wird.³³

(2) Danach scheint die Auffassung des BGH dem Minderjährigenschutz am besten zu entsprechen. Auch gegen sie bestehen aber Bedenken. Sie richten sich erstens gegen das Heranziehen wirtschaftlicher Kriterien allgemein und zweitens gegen den konkreten Anwendungsfall. So findet eine derartige Lösung in Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 107 BGB keinerlei Anhaltspunkte. Der deutsche Gesetzgeber hat sich gerade bewußt für die rechtliche Betrachtungs-

²⁷ Anders aber *Röthel/Krackhardt*, Jura 2006, 161 (164).

²⁸ *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402.

²⁹ BayObLG, Urt. v. 24.6.1967 – BReg 2 Z 26/67, Juris Rn. 12; BayObLG, Urt. v. 29.5.1998 – 2 Z BR 85/98, BayObLGZ 1998, 139 (144); OLG Celle, Urt. v. 16.2.2001 – 4 W 324/00, MDR 2001, 931; *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293 (297 f.); *Helfermehl* (Fn. 19), § 107 Rn. 4; *Krüger-Nieland*, in: Johannsen u.a. (Hrsg.), RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, § 107 Rn. 2; *Palm*, in: Erman, BGB, Handkommentar, 11. Aufl. 2004, § 107 Rn. 6; *Schmitt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 107 Rn. 39 m.w.N.; *ders.*, NJW 2005, 1090 (1091). Zu Rechtsprechung und Literatur bis 1973 s. *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (406 ff., 411 ff.).

³⁰ So ausdrücklich *Schmitt* (Fn. 29), § 107 Rn. 39 m.w.N.; auch bereits *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (426 ff.).

³¹ Skeptisch auch *Schmitt*, NJW 2005, 1090 (1092).

³² BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 10 zählt für die Haftung aus Pacht und Miete auf: a) Gebrauchsüberlassung, §§ 535 Abs. 1, 581 Abs. 1, 585 Abs. 2 BGB, b) Schadensersatz und Aufwendungsersatz, §§ 536a, 581 Abs. 2, 586 Abs. 2 BGB und c) Rückgewähr einer Sicherheit, §§ 566a, 581 Abs. 1, 593b BGB.

³³ So *Palm* (Fn. 29), § 107 Rn. 6; BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 10 mit zahlreichen Nachweisen; für ungefährlich halten die Vermieterhaftung dagegen *Stürmer*, AcP 173 (1973), 402 (431, 448); *Jerschke*, DNotZ 1982, 459 (473).

weise als formales Abgrenzungskriterium entschieden.³⁴ Zwar kann man sich darüber streiten, ob das im Minderjährigeninteresse geboten und sinnvoll ist, es ist aber auf jeden Fall im Interesse der Rechtssicherheit³⁵ – die gerade bei Geschäften mit Minderjährigen im Interesse aller Beteiligten liegt.

Jede einschränkende Auslegung des § 107 BGB muß sich daher daran messen lassen, ob der Zugewinn an Einzelfallgerechtigkeit die Einschränkung der Rechtssicherheit überwiegt. Vor diesem Hintergrund ist aber bereits fraglich, welche Belastungen für den Minderjährigen als „ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich unbedeutend“ ausgedeutet werden können. Dem Wortlaut der Entscheidungsbegründung nach wäre darunter auch eine geringe Gegenleistung, beispielsweise ein Mietzins oder sogar ein Kaufpreis zu fassen.³⁶ Darin läge aber ein offener Verstoß gegen § 107 BGB.

Es können also nur solche Belastungen gemeint sein, die entsprechend der herrschenden Lehre zu den mittelbaren Folgen der Eigentumsübertragung zu zählen sind. Auf diese Weise potenzieren sich aber die eben erwähnten Ungenauigkeiten bei der Zuordnung. So prüfte der BGH in der Entscheidung von 2005 die Belastungen des Vermieters unter Bezugnahme auf die Entscheidung von 2004 darauf, ob sie ebenfalls wirtschaftlich unbedeutend sein könnten.³⁷ In der Entscheidung von 2004 selbst wird allerdings die Verpflichtung eines Grundstückseigentümers, die Kosten der Zwangsvollstreckung zu tragen, nicht diesem Kriterium unterworfen – obwohl es hier nähergelegen hätte.³⁸

Damit erübrigt sich beinahe eine Stellungnahme zu dem Argument, die Rechtssicherheit sei nicht beeinträchtigt, wenn „geschlossene, klar abgegrenzte Gruppen von Rechtsnachteilen, die ihrer abstrakten Natur nach typischerweise keine Gefährdung für den Minderjährigen mit sich bringen, ausgedeutet“ würden. Es ist geradezu absurd, sich zur Rechtssicherheit auf Fallgruppen zu berufen, die es noch gar nicht gibt und von denen auch niemand weiß, wer sie bilden soll.³⁹ Die bisherigen Versuche der Rechtsprechung, das neue Kriterium anzuwenden, haben jedenfalls wenig zu „geschlossenen, klar abgegrenzten Gruppen“ beigetragen.

³⁴ Müßig, JZ 2006, 151 (152).

³⁵ So räumt auch Stürmer, AcP 173 (1973), 402 (414 f.) die Probleme der französischen Lösung mit der Rechtssicherheit ein. Daß die Franzosen damit seit 200 Jahren leben, ist kein Argument für das Gegenteil, da die Lebensdauer eines Gesetzes nichts über seine Qualität aussagt. Ähnlich wie hier Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2354).

³⁶ Staudinger, Jura 2005, 547 (552).

³⁷ Im Ergebnis abgelehnt, BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04, BGHZ 162, 137 Rn. 10.

³⁸ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 16.

³⁹ Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092) mit dem Hinweis, daß die Abgrenzung im Ergebnis weitgehend der bislang h.M. entspricht; ähnlich Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2354). Kritisch zur Verquickung von ökonomischer und juristischer Betrachtungsweise auch Staudinger, Jura 2005, 547 (551).

bb) Praktische Folgen

Damit zu dem Kernproblem, das vermutlich auch die Literatur dazu gebracht hat, der Auffassung des BGH zumindest im Ergebnis zuzustimmen: Wenn öffentliche Abgaben ein nicht lediglich vorteilhaftes Geschäft im Sinne des § 107 BGB auslösen, können Minderjährige diese auch von ihren Eltern oder Großeltern nicht mehr ohne Beteiligung eines Ergänzungspflegers erwerben. Auch dieses Ergebnis ist aber im Interesse des Minderjährigenschutzes nicht nur hinzunehmen, sondern durchaus sinnvoll.

So konnte Stürmer 1973 noch die Feststellung treffen, Grundeigentum sei „gegenwärtig und in absehbarer Zukunft ein solch begehrter, beständiger Sachwert, daß die Begleichung von Anliegerbeiträgen ohne weiteres zu entsprechenden Wertsteigerungen führt“. ⁴⁰ Er konnte damals nicht die Wiedervereinigung voraussehen, die bereits zu einem deutlichen Anstieg öffentlicher Lasten führte und vor allem zu einem erheblichen Bestand an sog. „Schrottimmobilien“. ⁴¹ Die gegenwärtige Immobilienkrise in den USA zeigt, daß es sich dabei nicht immer um atypische Einzelfälle handeln muß.

Daneben ist Grundeigentum nicht nur aus wirtschaftlich-politischen Gründen besonderen Risiken unterworfen. So hat die Rechtsprechung die verschuldensunabhängige Haftung des Zustandsstörers aus § 1004 BGB in Nachbarschaftsfällen in den letzten Jahren erheblich ausgeweitet. ⁴² Da Grundeigentum nicht ohne weiteres derelinquiert werden kann, bindet der Eigentumserwerb an einem Grundstück einen damals noch jugendlichen Menschen für eine lange Zeit unabsehbarer wirtschaftlicher und politischer Entwicklungen. Zuletzt muß man sich noch einmal vergegenwärtigen, daß es um Vertretung geht, also um eine eigene Willenserklärung des Jugendlichen. Da ein Mensch im Alter von 7-17 Jahren die Konsequenzen eines Grundstücksgeschäfts nicht einmal annähernd verstehen kann, ist eine Ergänzungspflegschaft kein „bloßer Formalismus“, sondern in jeder Hinsicht sinnvoll. ⁴³

2. Minderjährigenschutz und „bloß theoretische Möglichkeit“

a) Die Beschlüsse von 2004 und 2005

Die Beschlußbegründung von 2004 zu außerordentlichen Entschließungslasten (insbesondere Anliegerbeiträgen) formuliert, eine Belastung damit sei nicht ersichtlich und die „bloß theoretische Möglichkeit“, zu solchen Beiträgen heran-

⁴⁰ Stürmer, AcP 173 (1973), 402 (428).

⁴¹ Dazu Müßig, JZ 2006, 151 (152); Röthel/Krackhardt, Jura 2006, 161 (165); Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092); Staudinger, Jura 2005, 547 (551). Allgemein zur zunehmenden Bedeutung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen und privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Nachbarschaftsrechts Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2355).

⁴² Dazu Benecke, VersR 2006, 1037.

⁴³ Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2355); ähnlich Röthel/Krackhardt, Jura 2006, 161 (165); Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092). Daneben besteht die Gefahr des Mißbrauchs, bei der das Instrumentarium der §§ 1666 ff. BGB zwar einen gewissen Schutz bietet (so Führ/Menzel, JR 2005, 413 [413]), aber nicht alle denkbaren Fälle erfaßt.

gezogen zu werden, stelle als solche keinen Rechtsnachteil dar.⁴⁴ Man könnte diese merkwürdige Formulierung in einem unbedeutenden Teil der Begründung überlesen, wenn sie nicht ausdrücklich in der Entscheidung von 2005 wieder aufgegriffen worden wäre. Hier ging es um die Übertragung eines verpachteten Grundstücks. Zwar war der veräußernde Großvater als Nießbraucher Verpächter geblieben. Daraus ergab sich aber nach Ansicht des BGH ein Nachteil, da der Enkel mit dem Tod des Großvaters in die belastenden Pflichten des Verpächters rücken könnte. Anders aber, wenn ein Nießbrauch an einem nicht verpachteten Grundstück bestanden hätte: Die „bloß theoretische Möglichkeit“ einer zukünftigen Verpachtung genüge nicht für die Annahme eines rechtlichen Nachteils.

b) Problematik

Die „bloß theoretische Möglichkeit“ scheint sich also als Abgrenzungskriterium für die Beachtlichkeit zukünftiger Ereignisse im Rahmen des Minderjährigenschutzes zu etablieren. Die Literatur hat zu dieser Problematik vor den beiden Beschlüssen kaum Stellung genommen. Auch danach finden sich nur vereinzelt Stellungnahmen, die in die Richtung gehen, es komme auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, später eintretende Nachteile und „Zukunftsprognosen“ müßten außer Acht bleiben.⁴⁵

Diese Abgrenzung ist indes deutlich zu weit, da die Rechtsprechung auch in anderen Fällen zukünftige und auch nur mögliche Ereignisse in die Betrachtung einbezogen hat. So ist auch die Haftung des Vermieters oder Verpächters von dem Eintritt eines entsprechenden Falles abhängig, die Rückgewährhaftung von einem Rücktritt. Sogar die Schenkung eines voll eingezahlten Kommanditanteils soll nicht vorteilhaft sein, da der Jugendliche aus der Treuepflicht zur Erhöhung der Einlage verpflichtet sein kann.⁴⁶ Zuletzt wäre durch das ausschließliche Abstellen auf den Vertragszeitpunkt der Umgehung Tür und Tor geöffnet.

Es müssen also in irgendeiner Form auch zukünftig mögliche Ereignisse einbezogen werden, fraglich ist nur, wie und welche. Die Begriffsbildung des BGH ist bereits kritisiert worden: Nach dem Lexikon bedeutet „theoretisch“ „eine Theorie betreffend; Gegensatz praktisch oder experimentell“ – das hilft nicht weiter. Im Sprachgebrauch wird „theoretisch“ oft auch als Umschreibung für etwas sehr Unwahrscheinliches benutzt. Gegen das Abstellen auf Wahrscheinlichkeitsgrade spricht dagegen bereits der entschiedene Fall, da eine Belastung mit Erschließungslasten heute keineswegs unwahrscheinlich ist⁴⁷. Insbesondere widerspricht das der Konzeption des Minderjährigenschutzes, da beträchtliche Ri-

siken außer Acht bleiben müßten, wenn sie eher unwahrscheinlich sind.

c) Stellungnahme

Vor diesem Hintergrund hilft die weitere Lektüre der Beschlußbegründung von 2004 weiter. Danach heißt es kurz: „Insoweit würde es dem gesetzlichen Vertreter oder dem Ergänzungspfleger an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlen, auf die sie ihre Entscheidung über die Erteilung oder die Versagung einer Genehmigung stützen könnten“⁴⁸. Ausgangspunkt muß also die Genehmigungssituation und die Prognosemöglichkeiten zu diesem Zeitpunkt sein.

Vor diesem Hintergrund schlage ich zur Konkretisierung der „theoretischen Möglichkeit“ folgende Kriterien vor: Bestehende Ansprüche, die aber nur möglicherweise geltend gemacht werden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie können sich aus dem Erwerbstatbestand oder unmittelbar aus der Erwerberstellung ergeben, wenn sie gegen jeden Inhaber einer solchen Stellung gerichtet sind. So ist jeder Vermieter Schadensersatzansprüchen ausgesetzt, jeder Inhaber eines Kommanditanteils der möglichen Nachschußpflicht.

Wenn dagegen die Rechtslage möglicherweise durch ein tatsächliches Ereignis umgestaltet wird – Stichworte: Erschließung, Tod des Großvaters – schlage ich vor, das dann zu berücksichtigen, wenn das Ereignis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit eintreten wird. Damit sind fernliegende Möglichkeiten aussortiert. Die Beschränkung auf den Zeitraum bis zur Volljährigkeit ist nicht unproblematisch, aber er ergibt sich daraus, daß eine Prognose für 80 oder 90 Lebensjahre fast nie möglich ist und sich der Minderjährige nach Erreichen der Volljährigkeit aus einer drohenden Belastung selbst befreien kann. Für den Fall von 2005 kommt man damit zu dem Ergebnis, den möglichen Tod des Großvaters im Regelfall ebenfalls auszusondern. Das damit erreichte Ergebnis ist auch sachgerecht, da der Minderjährige durch eine vorherige Verpachtung keineswegs stärker gefährdet ist als durch eine nachträgliche⁴⁹. Bei Grundstücken wird die praktische Handhabung dadurch erleichtert, daß ihr Erwerb nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich ohnehin zustimmungspflichtig ist.

V. Zusammenfassung in Thesen:

1. Die Frage der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit von Geschäften stellt sich in der Praxis oft bei der unentgeltlichen Übertragung von Grundstücken. Der BGH hat in zwei Beschlüssen Stellung zu etlichen Rechtsproblemen in derartigen Fällen genommen. Ihm ist dabei in der Begründung und oft auch im Ergebnis zu widersprechen.

2. Lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte können nicht nur von Jugendlichen nach § 107 BGB zustimmungsfrei vorgenommen werden, sondern sie bilden auch eine Ausnahme

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

⁴⁵ Böttcher, Rpfleger 2006, 293 (294); Müßig, JZ 2006, 151 (151 f.).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 232; Schmitt (Fn. 29), § 107 Rn. 48.

⁴⁷ Röthel/Krackhardt, Jura 2006, 161 (165); Schmitt, NJW 2005, 1090 (1092).

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170 Rn. 20.

⁴⁹ So auch Böttcher, Rpfleger 2006, 293 (294); Wilhelm, NJW 2006, 2353 (2354).

von der Sperre der Vertretungsmacht in § 181 und §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB, so daß keine Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) erforderlich ist.

3. Die Frage nach dem rechtlichen Vorteil ist entgegen der bislang herrschenden Rechtsprechung nicht durch eine „Gesamtbetrachtung“ von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu beantworten, sondern für beide Geschäfte isoliert. Ist das Verpflichtungsgeschäft nicht vorteilhaft, ergibt sich das schon daraus, daß die Ausnahme des § 181 letzter HS BGB nicht eingreift. Ist nur das Verfügungsgeschäft nicht vorteilhaft, löst die neue Rechtsprechung solche Fälle mit teleologischer Reduktion von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter HS BGB, die sich auf § 181 letzter HS BGB übertragen läßt.

4. Lediglich rechtlich vorteilhaft ist von den schuldrechtlichen Verträgen grundsätzlich nur die vorbehaltlose Schenkung. Bei Erwerb belasteten Eigentums kommt es darauf an, ob der Minderjährige persönlich haftet. Auch Bereicherungsansprüche gegen den Minderjährigen sollen einem lediglich rechtlichen Vorteil nicht entgegenstehen; allerdings muß dann §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB einschränkend ausgelegt werden.

5. Anlässlich der Frage der Belastung mit regelmäßigen öffentlichen Lasten (Bsp. Grundsteuern) erklärt der BGH Belastungen für lediglich rechtlich vorteilhaft, die zu einer persönlichen Haftung führen, soweit diese typischerweise ein geringes Gefährdungspotential hätten. Die Literatur unterscheidet überwiegend zwischen mittelbaren und unmittelbaren Rechtsnachteilen; im einzelnen mit unterschiedlichen Formulierungen.

6. Problematisch an der Auffassung der Literatur ist, daß persönliche Haftungsrisiken für den Minderjährigen außer Betracht bleiben können, weil sie nur eine mittelbare Folge der Vereinbarung bilden. Die Kriterien der Rechtsprechung sind dagegen in Bezugspunkt (auch unmittelbare Folgen?) und Umfang (Prognose, welche Belastungen sich „wirtschaftlich unbedeutend“ auswirken werden) unklar.

7. Richtig ist es, die Belastung auch mit öffentlichen Lasten regelmäßig als nicht rechtlich vorteilhaft anzusehen. Dafür sprechen die Rechtssicherheit und das Ergebnis, da Grundeigentum durch das öffentliche Recht und durch das private Nachbarschaftsrecht erhebliche Risiken persönlicher Haftung mit sich bringt. Die Kompensation durch Erträge ist keineswegs regelmäßig gewährleistet („Schrottimobilien“).

8. Zur Beurteilung zukünftiger Ereignisse möchte die Rechtsprechung bei der Beurteilung des rechtlichen Vorteils darauf abstellen, ob das Ereignis eine „bloß theoretische Möglichkeit“ bildet. Daran ist zutreffend, daß mögliche zukünftige Ereignisse nicht außer Kraft bleiben können. Ein Abstellen auf Wahrscheinlichkeitsgrade allein widerspricht dagegen Minderjährigenschutz und Rechtssicherheit.

9. Statt dessen ist auf die Genehmigungssituation und die Prognosemöglichkeiten zu diesem Zeitpunkt abzustellen. Bestehende Ansprüche aufgrund der Erwerberstellung sind regelmäßig zu berücksichtigen, auch dann, wenn ihre Geltendmachung weniger wahrscheinlich ist. Geht es allerdings um ein tatsächliches Ereignis, das die Rechtslage möglicherweise

umgestaltet, ist es nur zu berücksichtigen, wenn es wahrscheinlich bis zum Erreichen der Volljährigkeit eintritt.

Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik

Entwicklungstendenzen der Legisprudenz – Teil 2*

Von Prof. Dr. Klaus Meßerschmidt, Berlin/Frankfurt a. M.

VII. Gesetzgebungslehre als Kompetenzlehre

Selbst eine um politische Neutralität bemühte Gesetzgebungslehre ändert nichts daran, dass Gesetzgebungsfragen grundsätzlich Machtfragen sind. Bedürfte es dazu noch eines Beleges, so wäre auf den neuen Nationalen Normenkontrollrat hinzuweisen, der nach § 1 Abs. 1 des Einsetzungsgesetzes beim Bundeskanzleramt eingerichtet wurde und damit den Einfluss der Kanzlerin auf die Gesetzgebung stärkt. Aus demselben Grund ist aber auch die Begrenzung seines Prüfungsauftrages (vgl. § 1 Abs. 2) für die Austarierung der Machtbalance von Bedeutung. Noch offensichtlicher ist die Verquickung von Gesetzgebungsreform und Machtinteressen auf der europäischen Ebene.

So verbindet die Kommission in ihrem Weißbuch „Europäisches Regieren“¹¹⁸ das Programm einer effizienz- und partizipationsorientierten Politikreform mit Empfehlungen zu einer Neuausrichtung der (europäischen) Institutionen, die ihren institutionellen Eigeninteressen entsprechen und das Kräftegleichgewicht zwischen den Institutionen¹¹⁹ wie auch zwischen Union und Mitgliedstaaten verschieben. Der Wunsch der Kommission, „sich wieder auf ihre Kernaufgaben [zu] konzentrieren“,¹²⁰ mündet in Vorschläge, „die darauf abstellen, die Verantwortung für die Durchführung der Politik wieder in die Hände der Kommission zu legen“.¹²¹ Die Kommission beansprucht insbesondere mehr Durchführungsbefugnisse, wozu sie auch und gerade die nachgeordnete Rechtsetzung (Durchführungsvorschriften zu Richtlinien und Verordnungen) rechnet.¹²² Durch Aufwertung und Ausweitung der von ihr zu verantwortenden Durchführungsvorschriften solle die zu große Detaillichte der EU-Gesetzgebung reduziert werden.¹²³ Dabei wird die „Existenzberechtigung“ der Komitologie, mittels derer die Mitgliedstaaten an der Regulierung mitwirken, partiell in Frage gestellt.¹²⁴ Als Druckmittel sollen das Initiativrecht (Initiativmonopol) und insbesondere das Recht der Kommission, Vorschläge zurückzuziehen, eingesetzt werden.¹²⁵

Eine kritische Gesetzgebungslehre muss daher stets die politischen Implikationen von Reformforderungen untersuchen, die sich vordergründig allein auf die Gesetzesqualität und die Rationalität des Gesetzgebungsprozesses beziehen, im – vielfach durchaus gewollten – Ergebnis aber zu einer Gewichtsverschiebung zwischen den Gewalten führen würden. Ein weiteres und noch gravierendes Beispiel liefert die deutsche Diskussion um die prozedurale und materielle Rati-

onalitätspflicht des Gesetzgebers („optimale Gesetzgebung“, „gute Gesetzgebung“ usw.), die zur einer Depositionierung des politisch verantwortlichen parlamentarischen Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht in weiteren Bereichen führen würde.

Im Zusammenhang hiermit mag sich die Frage stellen, ob die Gesetzgebungslehre selbst mächtig ist. Sieht man einmal von nicht zuverlässig messbarer intellektueller Überzeugungskraft ab, so hängt dies zunächst von ihrer Institutionalisierung ab. Je näher gesetzgebungswissenschaftliche Forschung und Beratung bei den de jure und de facto gesetzgebenden Institutionen angesiedelt ist, desto höher dürfte grundsätzlich ihr Einfluss sein. Auf diesem Weg ist die deutsche Gesetzgebungslehre – anders als ihre Pendanten in Österreich und der Schweiz – nicht weit vorangeschritten. Die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages haben nicht die Qualität eines Gesetzgebungshilfsdienstes.¹²⁶ Die Gesetzgebungsbürokratie der Ministerien hat zwar Eigengewicht, lebt aber doch mehr von der Hand in den Mund. Die angestrebte Institutionalisierung der Gesetzesfolgenabschätzung¹²⁷ hat bislang nicht zu einem eigenen Amt für Gesetzesfolgenabschätzung geführt. Einen Einstieg bedeutet immerhin der Nationale Normenkontrollrat, dem ähnliche Einrichtungen in einigen Bundesländern vorangegangen sind.¹²⁸ Auch auf europäischer Ebene hat die Gesetzgebungslehre zwar die Arbeit einiger Gremien, namentlich der Mandelkern-Gruppe, beeinflusst, aber bislang keinen festen Stützpunkt. Die Frage nach dem praktischen Einfluss der Gesetzgebungslehre auf die Gesetzgebung kann daher nur von Fall zu Fall und insgesamt allenfalls verhalten positiv beurteilt werden.

Einen negativen Ausreißer bildet das Übergehen der Gesetzgebungslehre bei der größten Gesetzgebungsaufgabe, die sich in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland mit der Herstellung der deutschen Einheit stellte. Wenn der Eindruck nicht trügt, wurde dieses gigantische Werk ohne intensive Konsultation der Gesetzgebungslehre von der Ministerialbürokratie beinahe im Alleingang (unter gelegentlicher Beteiligung von Verbänden und wissenschaftlicher Experten) vollbracht. Der deutschen Gesetzgebungslehre wurde damit die größte denkbare Bewährungsprobe versagt; zugleich wurde die Chance einer innovativen Gesetzgebung in den neuen Ländern der raschen Kopie der westdeutschen Vorbilder geopfert. Die Gründe liegen auf der Hand: Das Tempo des Ei-

* Teil 1 ist veröffentlicht in ZJS 2008, 111.

¹¹⁸ KOM (2001), 428 endg.

¹¹⁹ Eingeräumt, KOM (2001), 428 endg., S. 40.

¹²⁰ KOM (2001), 428 endg., S. 10.

¹²¹ KOM (2001), 428 endg., S. 7.

¹²² KOM (2001), 428 endg., S. 24.

¹²³ KOM (2001), 428 endg., S. 24 und 44.

¹²⁴ KOM (2001), 428 endg., S. 40.

¹²⁵ KOM (2001), 428 endg., S. 29 und 43.

¹²⁶ Vgl. Blum (Fn. 46), S. 131 ff. m.w.N. und Schick/Hahn, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 5. Aufl. 2000.

¹²⁷ Vgl. Böhrer, in: Grupp u.a. (Hrsg.), Planung – Recht – Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, 1999, S. 51 ff.; Karpen (Hrsg.), Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, 2004; Schuppert (Fn. 73), S. 26 ff. und Ennuschat, DVBl. 2004, 986 (993), jeweils m.w.N.

¹²⁸ Vgl. Blum (Fn. 46), S. 139 ff. und Riebel, ZRP 2002, 61.

nigungsprozesses ließ nur eine Gesetzgebung „im Akkord“ zu; eine systematische Beteiligung der Gesetzgebungswissenschaft hätte als Verzögerungsfaktor gewirkt. Zugleich sah sich der Staat des Grundgesetzes durch den Zusammenbruch der DDR in einem Maße bestätigt, dass für Reformgedanken kaum noch Raum war. Sonderregelungen für die neuen Länder, wie insbesondere die Beschleunigungsgesetzgebung, entsprachen lang gehegten Plänen, die unter dem Druck des immensen infrastrukturellen Nachholbedarfs und der Investitionsförderung durchsetzbar wurden, aber keiner gesetzgebungswissenschaftlich angeleiteten Innovation.

VIII. Diversität und Einheit der Gesetzgebungslehre

Die zentralen Fragestellungen von Gesetzgebungslehre – warum und wann sind Gesetze notwendig, wie kommen Gesetze zustande, was können Gesetze bewirken und was bewirken sie tatsächlich, wie weit darf der Gesetzgeber gehen, wie soll man Gesetze formulieren? – sind von so komplexer Natur, dass sie nicht von einem einzelnen Forscher, ja nicht einmal von einem einzelnen Fach auf dem Stand der Wissenschaft bearbeitet werden können. Dies macht eine Spezialisierung – gepaart mit interdisziplinärem Austausch und Rezeptionsbereitschaft – erforderlich. Sowohl in der Analyse des Gesetzgebungsprozesses als auch in der Evaluationsforschung ist die Politikwissenschaft federführend. Demgegenüber sind die normativen und gesetzestechnischen Aspekte von Gesetzgebung die Domäne von Juristen. Die zwangsläufige Interdisziplinarität der Gesetzgebungslehre birgt sowohl Chancen als auch Risiken. So verfügen Politikwissenschaftler zwar über das methodische Rüstzeug, den politischen Prozess der Gesetzgebung oder Gesetzgebung als Governance zu analysieren; im Regelfall sind sie allerdings nur eingeschränkt in der Lage, das Gesetz als solches zu verstehen. Umgekehrt neigen Juristen dazu, Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften entweder zu ignorieren oder aber in advokatorischer oder ideologischer Manier als Versatzstücke in ihre Argumentation einzubauen. Ob die Führungsrolle in der Gesetzgebungslehre auf Dauer von Juristen beansprucht werden kann, ist zweifelhaft. Für die Koordination der verschiedenen Stränge von Gesetzgebungslehre erscheinen sie jedoch prädestiniert.

IX. Ausgewählte Fragestellungen

1. Gesetzgebungsverfahrensforschung

Das Grundgesetz wie auch das Geschäftsordnungsrecht der Gesetzgebungsorgane¹²⁹ regeln das Zustandekommen von Gesetzen wenig detailliert durch Verfahrensvorgaben, die sich auf einige Kernpunkte und Grundlinien beschränken. Neben den Art. 70 ff. GG ist Geschäftsordnungsrecht einschlägig. Dies hat zunächst das Interesse auf die tatsächlichen Abläufe, insbesondere das neben dem formellen herlaufende informelle Gesetzgebungsverfahren, gelenkt.¹³⁰ Hill unterscheidet in-

sofern das äußere – juristisch fixierte – vom inneren – empirischen und für die Öffentlichkeit wenig transparenten – Gesetzgebungsverfahren.¹³¹ Das gern zitierte Bismarck-Wort über den Gesetzgebungsprozess („Je weniger die Leute davon wissen, wie Würste und Gesetze gemacht werden, desto besser schlafen sie“)¹³² facht die wissenschaftliche Neugier an. Die der formalisierten Gesetzesinitiative vorangehenden Gesetzgebungsanlässe¹³³ sind ebenso wie die Rolle der Ministerialbürokratie¹³⁴ und der sog. Lobby der Interessenverbände¹³⁵ ein dankbarer Untersuchungsgegenstand. Inzwischen ist sogar schon ein „Outsourcing der Gesetzesvorbereitung“ zu beobachten.¹³⁶ Das öffentliche Unbehagen an teils schleppenden, teils überhasteten und häufig intransparenten Gesetzgebungsverfahren haben der Forderung nach einer Gesetzgebungsverfahrensordnung Nahrung gegeben,¹³⁷ die auf den ersten Blick plausibel ist, aber die politische Verantwortung

(2002), 245; zur Entmachtung des Bundestages durch Vorabentscheider auf höchster politischer Ebene *Oberreuther*, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 121 ff. Zum Versuch einer positiven Deutung „informell-kooperativer“ Gesetzgebung, insbesondere gesetzestvorbereitender Absprachen, *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005; *Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006 und *Schuppert* (Fn. 73), S. 75 ff. m.w.N.

¹³¹ Hill (Fn. 22), S. 62 ff. Vgl. zu diesem Konstrukt auch *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 828 ff.

¹³² Zuletzt etwa zitiert bei *Palmer*, in: Verhandlungen des 54. DJT, Bd. 2/1, 2004, S. 59 ff.

¹³³ Vgl. Hill (Fn. 22), S. 53 ff. und *Zeh*, in: Schreckenberger/Merten (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 2000, S. 33 ff.

¹³⁴ Vgl. u.a. *Brandt/Smeddinck/Tils* (Hrsg.), Gesetzesproduktion im administrativen Binnenbereich, 2001; *König*, in: Blümel u.a. (Hrsg.), Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag am 26. Februar 1987, 1987, S. 121 ff.; *Smeddinck/Tils*, Normgenese und Handlungslogiken in der Ministerialverwaltung. Die Entstehung des Bundes-Bodenschutzgesetzes: eine politik- und rechtswissenschaftliche Analyse, 2002.

¹³⁵ Vgl. u.a. *Damaschke*, Der Einfluß der Verbände auf die Gesetzgebung am Beispiel des Gesetzes zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz), 1986; *Daumann*, Interessenverbände im politischen Prozess. Eine Analyse auf der Grundlage der Neuen Politischen Ökonomie, 1999; *Rottmann*, in: Rüthers u.a. (Hrsg.), Festgabe zum 10-jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 329 ff.; *Stammer* u.a., Verbände und Gesetzgebung, 1965 und *Versteyl*, Der Einfluß der Verbände auf die Gesetzgebung, 1972; zur europäischen Ebene *Hey*, ZUR Sonderheft 2003, 145.

¹³⁶ *Kettiger*, ZG 17 (2002), 269; z.B. in Gestalt der Auftragsvergabe an Rechtsanwaltskanzleien oder Consulting-Firmen; differenzierend *Blum* (Fn. 46), S. 100.

¹³⁷ Vgl. nur *Lücke*, ZG 16 (2001), 1; *Mengel*, in: Hill (Hrsg.), Parlamentarische Steuerungsordnung, 2001, S. 115 ff. und *Smeddinck* (Fn. 14), S. 305 ff. („Regulierung der Regulierung“).

¹²⁹ Hierzu näher *Smeddinck* (Fn. 14), S. 157 ff.

¹³⁰ Vgl. zur Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen auch *Herdegen*, VVDStRL 62 (2002), 7 und *P. Kirchhof*, NJW 2001, 1332; speziell zur Rolle von Konsensvereinbarungen in der Gesetzgebung *Huber*, ZG 17

des Parlaments tendenziell in Frage stellt. Deshalb ist der Alternativvorschlag einer Vereinbarung zwischen den Gesetzgebungsorganen vorzugswürdig.¹³⁸

Einen beispielhaften Versuch der Öffnung von Rechtsetzungsverfahren stellen die neuen, Internet-gestützten Konsultationsverfahren in der EU dar. Als erste große Bewährungsprobe verdient die Konsultation der REACH-Verordnung, mit der das europäische Chemikalienrecht tiefgreifend verändert wurde, Beachtung.

Die ausgewogene Anhörung der interessierten Kreise, insbesondere der künftigen Gesetzesadressaten, ist jedoch nur ein Teilaspekt der umfassenderen Forderung nach einer Rationalisierung der Gesetzgebung.¹³⁹ Hier stellen sich vor allem zwei Fragen: zum einen die sachliche Frage nach den Möglichkeiten einer Rationalisierung und ihren methodischen und institutionellen Voraussetzungen, zum anderen die politisch zu diskutierende Frage der Vereinbarkeit einer technokratisch orientierten Rationalisierung mit dem letztlich im Demokratieprinzip wurzelnden Kompromisscharakter von Gesetzgebung.¹⁴⁰ Die auch von Juristen geführte Klage über den „Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens“¹⁴¹ und insbesondere über dessen faktische „Entparlamentarisierung“¹⁴² lebt nicht zuletzt von der Verklärung eines vergangenen „goldenen Zeitalters“ der Gesetzgebung und des Parlamentarismus, ist mithin oftmals eher Ausdruck politischer Unzufriedenheit denn unvoreingenommener wissenschaftlicher Expertise.¹⁴³

Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist die in Art. 42 Abs. 1 GG verankerte Parlamentsöffentlichkeit.¹⁴⁴ Das BVerfG hat dazu – ohne sich allerdings direkt zu der umstrittenen Nichtöffentlichkeit der Ausschüsse zu äußern – ausge-

führt: „Öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, öffentliche Debatte und öffentliche Diskussion sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus. Gerade das im parlamentarischen Verfahren gewährleistete Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche eröffne Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen, die bei einem weniger transparenten Vorgehen sich nicht so ergäben.“¹⁴⁵

2. Evaluationsforschung

a) Formen der Gesetzesfolgenabschätzung

Angesichts des Instrumentalcharakters der meisten Gesetze ist die Gesetzesfolgenabschätzung zum wichtigsten Bereich der sozialwissenschaftlichen Gesetzgebungslehre aufgerückt.¹⁴⁶ Ihr geht es darum, die gewollten (intendierten) und ungewollten (nichtintendierten) Wirkungen von Gesetzen (bzw. Zielerreichungsgrade und Nebenwirkungen) möglichst bereits ex ante zu ermitteln (prospektive GFA) und später durch eine den Gesetzesvollzug begleitende Evaluation zu überprüfen (retrospektive GFA bzw. Gesetzescontrolling¹⁴⁷). Daneben ist auch eine das förmliche Gesetzgebungsverfahren begleitende GFA möglich. Durch die Statuierung von Berichts- und Überprüfungspflichten (review clause) schafft der Gesetzgeber inzwischen häufig selbst die Grundlage für eine nachträgliche Gesetzesevaluation.¹⁴⁸ Eine besondere Rolle spielen Berichtspflichten im Rahmen der Umsetzungskontrolle europäischer Richtlinien. Inzwischen liegen etliche Beispiele für Gesetzesfolgenabschätzungen vor. Auf die Methoden der GFA, die z.B. Planspiele, Modellversuche und Gesetzestests¹⁴⁹ einschließen, kann hier nicht näher eingegangen werden.¹⁵⁰ Wichtiger ist es, sich den Zusammenhang der GFA mit der wissenschaftlichen Beratung der Politik¹⁵¹ vor Augen zu hal-

¹³⁸ *Fliedner* (Fn. 113), S. 13 (These 5) sowie mit einem konkreten Vorschlag *ders.*, Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze (Gutachten i.A. der Friedrich-Ebert-Stiftung), 2006, S. 51 ff.

¹³⁹ Vgl. etwa den programmatischen Titel von *Schäffer/Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdiger Gedächtnissymposium, 1984 und *Schäffer* (Fn. 18), S. 199 ff.; ferner *Boukema*, Good Law. Towards a Rational Lawmaking Process, 1982; *Führ*, Rationale Gesetzgebung – SOFIA-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse Nr. 98-2 und *Köck*, *VerwArch.* 93 (2002), 1, aber auch *Schlegelberger*, Zur Rationalisierung der Gesetzgebung, 3. Aufl. 1959. Hierzu umfassend und krit. *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 777 ff.

¹⁴⁰ Zum letzteren *Schulze-Fielitz*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13, 1988, S. 290 ff.

¹⁴¹ *H. Schneider*, in: Ritterspach u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, 1970, S. 421 ff.

¹⁴² Vgl. *Herdegen*, *VVDStRL* 62 (2002), 7; *P. Kirchhof*, *NJW* 2001, 1332; *E. Klein*, Gesetzgebung ohne Parlament?, 2004, und *Papier*, *F.A.Z.* v. 31.1.2003, S. 8.

¹⁴³ Paradigmatisch *Carl Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 6. Aufl. 1985 (unveränd. Nachdruck der 2. Aufl. von 1926).

¹⁴⁴ Vgl. *Kißler*, in: H.-P. Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 993 ff.

¹⁴⁵ *BVerfGE* 70, 324 (355), unter Hinweis auf *BVerfGE* 40, 249.

¹⁴⁶ Vom „Herzstück der jüngeren Gesetzgebungslehre“ spricht *Köck*, *VerwArch.* 93 (2002), 1 (9). Vgl. die Schrifttumsnachw. in Fn. 98.

¹⁴⁷ Vgl. *Kettiger*, Gesetzescontrolling. Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen, 2000.

¹⁴⁸ Zur Frage einer verfassungsunmittelbaren Gesetzesbeobachtungspflicht *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 816.

¹⁴⁹ Dazu *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzentwürfen. Anleitungen zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften, 1980.

¹⁵⁰ Vgl. jedoch *Böhret/Konzendorf*, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001, sowie zusammenfassend *Ennuschat*, *DVBf.* 2004, 986 und *Schulze-Fielitz*, *JZ* 2004, 862 (869), jeweils m.w.N.

¹⁵¹ Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, in: Grimm/Maihofer (Fn. 140), S. 350 ff.; *Lendi*, Politikberatung – Nachfrage, Resonanz, Alibi, 2005; *Murswieck* (Hrsg.), Regieren und Politikberatung, 1994; *Petermann* (Hrsg.), Das wohlberatene Parlament. Orte und Prozesse der Politikberatung beim deutschen Bundestag, 1990; speziell im Hinblick auf die Gesetzgebung *Blum*, (Fn. 46), S. 61 ff. Umfassende Nachw. zum hinter der Politikberatung stehenden Gedanken der Verwissenschaftlichung der

ten. Fehlt es an einer solchen vorangehenden Beratung und damit auch an einer Ex-ante-GFA, so dürfte ein negativer Ausgang der Ex-post-GFA wahrscheinlicher sein. Wurde eine GFA im Vorfeld durchgeführt, so sollte die spätere Evaluationsforschung von einer anderen Beratungseinrichtung durchgeführt werden, um eine neutrale Begutachtung zu gewährleisten. Überhaupt ist die Unabhängigkeit der wissenschaftlichen Beratung der Politik gefährdet, da die Beratungsgremien von den Auftraggebern abhängig sind.¹⁵² Für die Berater stellt sich nicht nur die Aufgabe „Speaking Truth to Power“,¹⁵³ sondern die Vorfrage, ob sich dies für sie auch lohnt. Von den Sachverständigenanhörungen beim Bundestag her sind die klaren Erwartungen der Fraktionen an „ihre“ Sachverständigen bekannt. Bei einer diskreten internen Beratung mögen die Bedingungen besser sein. Die Frage einer geeigneten Institutionalisierung der GFA in Deutschland ist nach wie vor offen.¹⁵⁴ Einen Sonderfall der GFA bildet die Technikfolgenabschätzung (vgl. § 56a GOBT).

Die Gesetzesevaluation berührt insbesondere die juristische Diskussion über die Auswirkungen gesetzgeberischer Fehlprognosen auf den verfassungsrechtlichen Bestand von Gesetzen und um Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers.¹⁵⁵ Soll es nicht zu einer Gewichtsverschiebung zwischen Gesetzgebungsorganen und justiziellen Kontrollorganen kommen, ist daran festzuhalten, dass nur besonders schwerwiegende Fehlsteuerungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung justiziabel sind. Auch bei gesteigerten Möglichkeiten einer Gesetzesfolgenabschätzung oder -bewertung schuldet der Gesetzgeber weiterhin nur ein verfassungskonformes Gesetz. Das „optimale Gesetz“ bleibt demgegenüber ein politisches Desiderat.

b) Formen lernender Gesetzgebung

Auf das Problem der Wirkungsunsicherheit von Gesetzen reagiert der Gesetzgeber mitunter mit Experimentgesetzen oder Experimentierklauseln.¹⁵⁶ Hierbei handelt es sich um typischerweise zeitlich befristete Gesetze, deren Auswirkungen einer mehr oder weniger institutionalisierten Kontrolle unterliegen, von deren Ausgang es abhängt, wie die Materie auf Dauer geregelt wird. Insofern sind Experimentgesetze Ausdruck einer wirklichkeitsorientierten, lernenden Gesetzgebung. Allerdings kann der Experimentvorbehalt auch Ergebnis eines politischen Kompromisses sein. Aus juristischer Sicht stellt sich die Frage, ob Experimentgesetze verfassungs-

rechtlich differenziert zu behandeln sind, wobei ihr Experimentcharakter sowohl für eine Milderung als auch umgekehrt für eine Verschärfung der verfassungsrechtlichen Anforderungen sprechen kann.¹⁵⁷

Das Experimentgesetz ist nicht einfach eine Unterart des Zeitgesetzes, das lediglich ein befristetes Gesetz darstellt.¹⁵⁸ Soweit die Befristung aus dem temporären Charakter des dem Gesetz zugrunde liegenden Sachproblems resultiert, ist dies unproblematisch. Der weitergehende Vorschlag einer generellen Befristung von Gesetzen ist hingegen zu verwerfen, da er über das Ziel einer regelmäßigen Überprüfung der Regelung und des Regelungsbedarfs hinausschießt und auch nicht zur Eindämmung der Gesetzesflut beiträgt, sondern im Gegenteil die Gesetzgebungsmaschinerie durch eine Verlängerungsroutine auslastet und Gesetzgebungspannen provoziert. Hieran ändern blumige Bezeichnungen wie „sunset legislation“¹⁵⁹ nichts. Schließlich geht es auch nicht um das Änderungsgesetz,¹⁶⁰ das nicht nur üblich, sondern als Ausdruck der Positivität des Rechts auch von grundsätzlicher Bedeutung ist, was im Lamento über den „motorisierten Gesetzgeber“¹⁶¹ oftmals untergeht.

c) Beispiele umstrittener Gesetzgebung

Das nicht nur der Evaluationsforschung zugrunde liegende, sondern die Gesetzgebungslehre insgesamt prägende zweckrationale Denken hat Schwierigkeiten mit der Einordnung der sog. symbolischen Gesetzgebung.¹⁶² Soweit damit nicht lediglich bestimmte Gesetze als „nur symbolisch“, d.h. wirkungslos, jedoch aus populistisch-propagandistischen Gründen erlassen („Schaufenster“-Gesetze), kritisiert werden, sind die symbolischen Aspekte von Gesetzgebung durchaus legitim, leisten manche Gesetze doch einen Beitrag zur Integration der Gesellschaft und zur Sinnstiftung. Im Übrigen betreffen die von der Systemtheorie analysierten Steuerungsprobleme und die von *Willke* charakterisierte „Ironie des Staates“¹⁶³ den

¹⁵⁷ Vgl. insbes. *Kloepfer* (Fn. 32), S. 63 ff., 91 ff. und *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 1015 ff. m.w.N.

¹⁵⁸ Vgl. insbes. *Kindermann*, in: Schäffer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, S. 133 ff. und *Schuppert* (Fn. 73), S. 65 ff.; ferner *Benda*, NJW 1996, 2282 („Gesetze mit Verfallsdatum“).

¹⁵⁹ So im Anschluss an die amerikanische Terminologie etwa *Rethorn*, in: *Kindermann* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982, 1982, S. 316 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu jedoch *Brandner*, Gesetzesänderung, 2004.

¹⁶¹ *C. Schmitt*, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1950, S. 18 f.

¹⁶² Vgl. u.a. *Kindermann*, in: Grimm/Maihofer (Fn. 140), S. 222 ff.; *Noll*, ZSR N.F. 100 (1981), 1. Halbbd., 347; *Schmehl*, ZRP 1991, 251, und *Voß*, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzbuchakten, 1989; interdisziplinär bzw. spezieller *Lübbe-Wolff/Hansjürgens* (Hrsg.), Symbolische Umweltpolitik, 2000, und *Newig*, Symbolische Umweltgesetzgebung, 2003, sowie zuletzt *Führ*, KritV 86 (2003), 5 und *Siehr*, ARSP 91 (2005), 535.

¹⁶³ *Willke*, Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, 1998.

Politik bei *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 834 f. Anm. 75. Zur Missbrauchsanfälligkeit politischer Beratungsgremien am Beispiel der Hartz-Kommission *Meßerschmidt*, ZG 19 (2004), 330.

¹⁵² Hierzu *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 861.

¹⁵³ Vgl. den gleichnamigen Titel von *Wildavsky*, 1979.

¹⁵⁴ Vgl. *Schuppert* (Fn. 73), S. 26 ff. und *Ennuschat*, DVBl. 2004, 986 (1993), jeweils m.w.N.

¹⁵⁵ Hierzu *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 1005 ff. m.w.N.

¹⁵⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Becker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 55 ff.; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989; *Mader*, in: Grimm/Maihofer (Fn. 140), S. 211 ff.; *Marxen*, GA 1985, 533.

Gestaltungsanspruch der Gesetzgebung insgesamt, weshalb eine strikte Trennung zwischen funktionalen und symbolischen Gesetzen kaum möglich scheint.

Demgegenüber zielt der Begriff der special interest legislation gerade auf gewollte, aber öffentlich nicht immer kommunizierte Gesetzeszwecke. Die in Nordamerika selbstverständliche Analyse der Instrumentalisierung der Gesetzgebung zugunsten partikulärer Interessen¹⁶⁴ hat in Deutschland nicht wirklich Fuß gefasst. Die damit verbundene Lobbyismus-Diskussion¹⁶⁵ beschränkt sich weitgehend auf die Beobachtung der Gesetzesentstehung und scheint überdies außer Mode geraten zu sein. Die Kosten-Nutzen-Analyse und die Ermittlung der Verteilungswirkungen von Gesetzen sind indes unerlässliche Bestandteile einer umfassenden Gesetzes-evaluation.¹⁶⁶ Auch wenn die früher notorische Angabe auf den Entwurfsvorblättern „Kosten: keine“ so oft kritisiert wurde, dass inzwischen mehr Sorgfalt auf diese Frage verwendet wird, neigt der Gesetzgeber weiterhin zu einer tendenziösen Abschätzung der Gesetzgebungskosten. Hierbei macht sich die Vernachlässigung der ökonomischen Analyse der Gesetzgebung in Deutschland nachteilig bemerkbar. Obwohl von Teilen der Wirtschaftswissenschaft die Bedeutung politischer und juristischer Institutionen erkannt und die ökonomische Analyse des Rechts auch hierzulande rezipiert wird,¹⁶⁷ fehlt es nach wie vor an einer in sich geschlossenen ökonomischen Theorie der Gesetzgebung. Zudem lastet auf wirtschaftswissenschaftlicher Expertise der Verdacht besonderer Nähe zu wirtschaftlichen Interessen und eines ökonomischen „Imperi-

alismus“, der schlechthin alles monetarisiert und ökonomische Effizienz als einzigen Wert respektiert.¹⁶⁸ Übersehen wird hierbei, dass Kosten-Nutzen-Analysen und die Ermittlung monetärer Äquivalente von Regelungsalternativen die Entscheidungsgrundlagen verbessern und der Macht von Interessengruppen entgegenwirken können.¹⁶⁹ Die abschließende Bewertung der Rolle partikulärer Interessen am Maßstab der Gemeinwohlorientierung der Gesetzgebung bleibt jedoch in jedem Fall der politischen und juristischen Diskussion überlassen. Insofern ist das Verständnis des Gesetzgebungsstaats als „Staatsform der Distanz“ richtungweisend.¹⁷⁰

3. Gesetzestchnik

Die – möglichst detaillierte – Beschreibung und Empfehlung der (optimalen) Umsetzung von Regelungszielen durch eine entsprechende Gesetzesfassung ist Gegenstand der Gesetzestchnik bzw. Gesetzgebungstechnik, die es mit der „Beschaffenheit der Gesetze ‚ganz abgesehen von ihrem Inhalt‘“ zu tun hat.¹⁷¹ Bei der Gesetzestchnik handelt es sich teils um Implikationen verfassungsrechtlicher Vorgaben (z.B. Bestimmtheitsgebot), teils um Klugheitsregeln, die zu Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber und Formulierungshilfen entwickelt werden. Die Akzentuierung der „Technik“ darf nicht verdecken, dass es dabei wesentlich um die Gesetzessprache geht, außerdem um den Aufbau der Gesetze und um eine begrenzte Zahl „technischer Kunstgriffe“.¹⁷² In Österreich bezeichnet man die Rechtsetzungstechnik und ihre systemati-

¹⁶⁴ Vgl. statt vieler *Grossman/Helpman*, Special Interest Politics, 2002; *Hayes*, Lobbyists and Legislators. A Theory of Political Markets, 1981 und *Bardach/Kagan*, Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness, 1982, S. 16 ff.

¹⁶⁵ Dazu im juristischen Raum insbes. *Steinberg*, ZRP 1972, 207 und *ders.*, in: H.-P. Schneider/Zeh (Fn. 144), S. 217 ff.

¹⁶⁶ Vgl. zur ökonomischen Analyse im Rahmen der GFA jedoch *Schwintowski*, JZ 1998, 581 (587); *Bussmann*, ZG 13 (1998), 127 (137); *Dicke/Hartung*, Externe Kosten von Rechtsvorschriften. Möglichkeiten und Grenze der ökonomischen Gesetzesanalyse, 1986; *Dieckmann*, NWVBL 2002, 329 (333), und *Ennuschat*, DVBl. 2004, 986 (992); zur Kosten-Nutzen-Analyse („cost-benefit analysis“) im europäischen und internationalen Rahmen *Renda*, Impact Assessment in the EU, 2006, S. 83 ff. m.w.N.

¹⁶⁷ Vgl. insbesondere den Sammelband von *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1978 mit amerikanischen Grundlagentexten; *Behrens*, in: Jb. f. Neue Politische Ökonomie 7 (1988), 209; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, und *Kübler*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1991, S. 293 ff., sowie *Gawel* (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001; als Klassikertexte *Posner*, Economic Analysis of Law, 2. Aufl. 1977 und v. *Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, 3 Bde., 1981; vgl. ferner *Steinmark*, Dynamische Gesetzgebungstheorie und neue politische Ökonomie. Ansätze zur Erklärung von Gesetzgebungsprozessen, 1985.

¹⁶⁸ Zu den Risiken einer „ökonomisierten“ Staates *Wallerath*, JZ 2001, 209; zu den Kontroversen um die Cost-Benefit-Analysis *Renda* (Fn. 166), S. 85 ff. m.w.N.

¹⁶⁹ Vgl. nur *Sunstein*, Gesetze der Angst, 2006, S. 222.

¹⁷⁰ Hierzu grundlegend *Kloepfer* (Fn. 32), S. 63 ff., 65 ff.

¹⁷¹ *Walter*, in: Kindermann (Fn. 159), S. 144 ff., 144.

¹⁷² Vgl. i.E. *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetz-entwürfen. Anleitungen zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften, 1980; Bundesakademie für öffentliche Verwaltung/*Mattern*, Praxis der Gesetzgebung – Eine Lehr- und Lernhilfe, 1984; Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden – Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 2. Aufl. 2002; *Fleiner*, Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte, 1985; *Hill* (Fn. 22), S. 96 ff.; *Kindermann*, Ministerielle Richtlinien der Gesetzestchnik. Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, 1979; *Kindermann*, in: *ders.* (Fn. 159), S. 258 ff.; *Maihofer* (Fn. 13), S. 3 ff., S. 26 f.; *Müller*, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2. unveränd. Aufl. 1968; *Schneider* (Fn. 33), S. 205 ff. Im Unterschied zu diesen produktorientierten Werken ist der Titel von *Hugger*, Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, 1983, prozess- bzw. methodenorientiert und bietet nur in seinem letzten Teil herkömmliche Hilfen für die Abfassung von Gesetzen. Ländereübergreifend *Karpen/Mölle* (Hrsg.), Legislative Drafting, 2005. Einen interessanten Vergleich ermöglicht schließlich *Kerimow*, Fragen der Gesetzgebungstechnik, 1958.

sche Pflege als Legistik,¹⁷³ wobei dieser treffende Begriff inzwischen auch auf Deutschland ausstrahlt. Im angelsächsischen Raum ist von „Legislative Drafting“ die Rede.¹⁷⁴

Fast alle Darstellungen zur Gesetzestechnik, wie etwa das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, sind nahezu ausschließlich auf die Bedürfnisse von Gesetzesredaktoren ausgerichtet und leisten insoweit vorzügliche Dienste. Es handelt sich im Wesentlichen um Formulierungshilfen mit Beispielen guter und schlechter Gesetzgebungspraxis und eher schmalen juristischen Hintergrundinformationen. Für die Gesetzesrezipienten sind diese Ausführungen zwar ebenfalls interessant, da sie an den dort formulierten Maßstäben guter Gesetzesformulierung die bestehenden Gesetze messen können. Vieles – wie etwa die Empfehlung, einzelne Sätze kurz zu fassen – klingt aber aus der Ex-post-Perspektive eher trivial und ist ohne spezifisch juristischen Erkenntniswert.

„Tatsächlich geht es in der Legistik um Fragen, die in abstrakter Formulierung ganz banal klingen.“¹⁷⁵ Darüber hinaus steht die Legistik aber auch vor Problemen, die sich – wie bei den Desideraten einer „Entfeinerung“ bzw. „Verwesentlichung“¹⁷⁶ oder Flexibilisierung der Gesetze¹⁷⁷ besonders deutlich wird – ohne interdisziplinäre Anstrengungen kaum lösen lassen.

Angesichts der Fülle der zu bewältigenden Probleme ist es unmöglich, eine Kurzfassung der Gesetzestechnik zu präsentieren. Hilfreich können „Checklisten“ sein. Auch wenn es deutschlandweit keine offiziellen „allgemeinen Grundsätze für gute Rechtsvorschriften mit Erläuterungen und konkretisierenden Beispielen“ gibt, kann auf das vom Bundesministerium des Innern gemäß § 42 Abs. 3 GGO herausgegebene Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften und das vom Bundesministerium der Justiz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeit hingewiesen werden.¹⁷⁸

Die sog. Rechtsförmlichkeitsprüfung durch das Bundesministerium der Justiz geht bei Regierungsentwürfen der Beschlussfassung durch die Bundesregierung voran. Mit „Rechtsförmlichkeit“ ist „nicht bloß die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs gemeint, sondern überprüft wird auch seine Einbettung in die Gesamtheit der geltenden Bundesgesetze (Harmonisierung), das Verhältnis zu anderen Gesetzen, die Benutzung von bewährten Formtypen, die Verwendung von üblichen juristischen Ausdrücken und Begriffen, auch die äußere Einheitlichkeit des Entwurfs, sein systematischer Aufbau, seine Vollständigkeit und Verständlichkeit. Es wird auch in

diesem Stadium nochmals geprüft, ob eine gesetzliche Regelung ganz oder teilweise entbehrlich ist.“¹⁷⁹

Der Gesetzestechnik zeitlich und sachlich vorgeschaltet ist ein umfassenderes Prüfprogramm, das die inzwischen durch die §§ 43 und 44 GGO abgelösten „Blauen Prüffragen“ für Rechtsvorschriften des Bundes von 1984¹⁸⁰ einprägsam formulierten.¹⁸¹ Ähnliche und weitere Akzente setzt die sog. OECD Referenz-Checkliste.¹⁸²

Es ist unmöglich, im gegebenen Rahmen einen auch nur annähernd vollständigen Überblick über die komplexen und im Einzelnen kontroversen Erwartungen an die legistische Qualität von Gesetzen zu geben. Stattdessen muss eine Synopse aktueller Anforderungen genügen, die teils aus Verfassungsrecht abgeleitet werden, teils als einfache gesetzestechnische Qualitätskriterien gelten oder auch von ungeklärtem Status sind:

„Gutes Gesetz“	Gebote	Referenz
notwendig	Subsidiarität	Aufgabenkritik
verständlich	Normenklarheit	Sprache
bestimmt	Normenbestimmtheit	Regelungsdichte
vollständig	Inklusion	Regelungsaufgabe
systemverträglich	Kohärenz bzw. Widerspruchsfreiheit	Kontext und Systematik
in sich folgerichtig	Normenfolgerichtigkeit	Systematik
funktionsgerecht, zielsicher	Ausreichende Tatsachenermittlung und -berücksichtigung	Sachgerechtigkeit
dauerhaft oder befristet	Normenbeständigkeit	Zeitdimension
wohlbegründet	Begründung	Akzeptanz
praktikabel	Vollzugstauglichkeit	Praktikabilität
kostengünstig	ökonomische Effizienz	Kosten-Nutzen-Relation

¹⁷⁹ *Schneider* (Fn. 33), S. 78.

¹⁸⁰ GMBI. 1990, S. 42.

¹⁸¹ „1. Muss überhaupt etwas geschehen? 2. Welche Alternativen gibt es? 3. Muss der Bund handeln? 4. Muss ein Gesetz gemacht werden? 5. Muss jetzt gehandelt werden? 6. Ist der Regelungsumfang erforderlich? 7. Kann die Geltungsdauer beschränkt werden? 8. Ist die Regelung bürgernah und verständlich? 9. Ist die Regelung praktikabel? 10. Kosten und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis?“

¹⁸² „1. Ist das Problem richtig erfasst? 2. Ist ein Eingreifen auf Regierungsebene gerechtfertigt? 3. Ist Rechtsetzung die beste Form staatlichen Handelns? 4. Gibt es eine rechtliche Grundlage für die geplante Rechtsetzung? 5. Welche staatliche(n) Ebene(n) ist (sind) am besten für die geplante Rechtsetzung geeignet? 6. Rechtfertigen die Vorteile der Rechtsetzung ihre Kosten? 7. Besteht Transparenz hinsichtlich der Frage, wie sich die Wirkung auf die Gesellschaft verteilt? 8. Ist die Rechtsetzung klar, kohärent, verständlich und für die Betroffenen auch zugänglich? 9. Hatten alle betroffenen Parteien Gelegenheit, sich zur geplanten Maßnahme zu äußern? 10. Wie soll die Einhaltung der Bestimmungen gewährleistet werden?“ Vgl. *Directory of Regulatory Review*, 1979.

¹⁷³ *Öhlinger* (Gesamtred.), *Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, 1982, und *Schäffer* (Fn. 5), S. 192 ff.

¹⁷⁴ *Dale*, *Legislative Drafting. A New Approach*, 1977.

¹⁷⁵ *Wielinger*, in: *Öhlinger* (Fn. 173), S. 154 ff. (154).

¹⁷⁶ Vgl. statt vieler *G. Müller*, ZG 16 (2001), 387, sowie allgemein zur Wahl der Regelungsdichte *Schuppert* (Fn. 73), S. 57 ff. und *Mantl*, *Effizienz der Gesetzesproduktion. Abbau der Regelungsdichte im internationalen Vergleich*, 1995.

¹⁷⁷ Vgl. *Schuppert* (Fn. 73), S. 56 f.

¹⁷⁸ 2. Aufl. 1999.

Die Kriterien guter Gesetze ergänzen sich nicht einfach, sondern stehen untereinander in einem Spannungsverhältnis. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen gegenläufigen Qualitätskriterien.

So beklagt sich etwa *Mußnug* über eine gesetzgeberische Verweisteknik, die „Gesetzesanwendung zur Schnitzeljagd“ werden lässt.¹⁸³ Aber: Entspricht nicht auch die lästige Schnitzeljagd einem Kriterium guter Gesetze? Ist sie nicht die Kehrseite der erwünschten Gesetzessystematik?

Unbestritten gehört ein klarer Gesetzaufbau zu den Essentialia guter Gesetzgebung. Insofern haben sich, ausgehend von dem Prinzip, dass Gesetze von allgemeinen Bestimmungen zu besonderen voranschreiten sollten, im Laufe der Jahre Aufbauregeln herausgebildet, die zunehmend – am striktesten innerhalb der EG-Rechtsetzung – befolgt werden. Dazu gehört etwa die legistische Praxis, an die Spitze jedes dem Umfang nach nicht ganz kleinen Gesetzes eine Zweckbestimmung, die Regelung seines Anwendungsbereichs und einen Katalog von Legaldefinitionen zu stellen. Der Vorteil eines solchen erwartbaren Gesetzaufbaus ist nicht gering zu schätzen, jedoch wäre es eine Illusion zu glauben, durch die Befolgung von Schemata schon gute Gesetze zu erhalten. Vor einer juristischen Verfestigung der legistischen Qualitätsstandards warnt zu Recht *Schulze-Fielitz*.¹⁸⁴ Im Übrigen sind die wenigsten Kriterien eindeutig. So ist etwa die Normverständlichkeit adressatenabhängig. Deshalb kann sich der Stil von Gesetzen, die komplexe wirtschaftliche oder technische Vorgänge regulieren und sich dementsprechend primär an Fachleute und Angehörige bestimmter Professionen wenden, nicht an der *Montesquieschen* „raison simple d’un père de famille“ orientieren.¹⁸⁵ Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung¹⁸⁶ hat vielfach ausgedient. Umgekehrt wird die Devise, Gesetze sollten „vorschreiben, nicht lehren“¹⁸⁷, nicht mehr durchgängig beherzigt. Entscheidend ist die vollzugsfähige Gesetzesgestaltung.¹⁸⁸

4. Gesetzesgrammatik?

Die Lücke zwischen legistisch ausgerichteter reiner Gesetzesteknik und auslegungsorientierter Methodenlehre könnte mit

¹⁸³ *Mußnug*, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 23 ff., 33, 43. Vgl. z.B.: „§ 16 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz und Abs. 2-4 gilt mit der Maßgabe entsprechend, daß der Freibetrag nach § 16 Abs. 4 nicht zu gewähren ist, wenn der Freibetrag nach § 14a Abs. 1 gewährt wird.“

¹⁸⁴ *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (863).

¹⁸⁵ Vgl. *Montesquieu*, De l’esprit des lois (Vom Geist der Gesetze), Reclam-Ausgabe, 1984, S. 405. Dieser Klassikertext der politischen Philosophie bietet zugleich insbesondere im 29. Buch (S. 391-410) eine kurzweilige Einführung in die Gesetzgebungslehre.

¹⁸⁶ Vgl. dazu *Schott*, ZNR 1984, 121.

¹⁸⁷ v. *Mohl*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 2, 1962, S. 375 ff., 431.

¹⁸⁸ Krit. *Zeh*, Gesetzgebung als Hemmnis für den Gesetzesvollzug, 1995. Vgl. auch *Siedentopf*, Modernization of Legislation and Implementation of Laws, 1994.

Hilfe des Konzepts einer Gesetzesanalyse geschlossen werden, das Strukturelemente von Gesetzen gleichermaßen aus normativer, legistischer und auslegungsmethodischer Sicht beleuchtet und das man – in Abgrenzung zum engeren Begriff der Gesetzesteknik – als „Gesetzesgrammatik“ bezeichnen könnte.¹⁸⁹ Die normative Fragestellung bezieht sich insbesondere auf die rechtsstaatlichen Determinanten des Gesetzesdesigns (nicht gemeint ist der Gesetzgebungsprozess); die legistische Fragestellung befasst sich in der Tradition der Legistik mit der angemessenen Formulierung von Gesetzen; die „auslegungsmethodische Sicht“ betrachtet die Gesetzesformulierung unter dem Aspekt der Generierung und Vermeidung von Auslegungsproblemen.¹⁹⁰ Insofern wurde bereits zutreffend von der Gesetzgebungstechnik als einer Art „umgekehrter Subsumtion“ gesprochen.¹⁹¹ Die „Gesetzesgrammatik“ als Strukturanalyse von Gesetzen im gewaltenteilenden Rechtsstaat bildet insofern eine Brücke zwischen Verfassungsrecht und Methodenlehre. Hierbei ist das Verfassungsrecht allerdings nicht in seiner ganzen Breite, sondern nur in jenen Elementen gefragt, die bestimmte Anforderungen an die Gesetzesformulierung stellen. Eine weitere Eingrenzung ergibt sich daraus, dass nicht die konkreten verfassungsrechtlichen, insbesondere grundrechtlichen Schranken einer bestimmten Gesetzgebung eruiert werden sollen, sondern nach generellen, nicht primär gegenstandsspezifischen Kriterien für prinzipiell jede Art von Gesetzgebung gefragt wird. Zu denken ist insbesondere an den Gesetzesvorbehalt,¹⁹² den Bestimmtheitsgrundsatz, das (nach wie vor geltungs labile) Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsetzung¹⁹³ und das Rückwirkungsverbot. Auch wenn diese Anforderungen für jede Art von Gesetzgebung gelten, sind gegenstandsspezifische Differenzierungen nicht ausgeschlossen. Insbesondere im Falle der Grundrechtsberührung ist mit einer Verschärfung der Anforderungen an Gesetzgebung zu rechnen.

5. Zwischenfazit

Schließlich stellt sich die Frage nach dem Zusammenhang zwischen den Bedingungen der Gesetzesproduktion und der Produktqualität.¹⁹⁴ Die institutionelle Ausgestaltung der Gesetzesvorbereitung ist kein Selbstzweck, sondern soll auch die Verabschiedung „guter Gesetze“ ermöglichen, die nicht nur

¹⁸⁹ Vgl. zu anderen Differenzierungen wie Gesetzesanalytik, Gesetzesmethodik und Gesetzestaktik *Karpen* (Fn. 8), S. 13 f.

¹⁹⁰ Insofern ist auch die Rolle der Dogmatik zu beachten, vgl. dazu *Behrends/Henckel* (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989. Skeptisch *Adomeit*, Gesetzesauslegung in Zeiten abnehmender Gesetzesqualität, 1998.

¹⁹¹ *Maihofer* (Fn. 13), S. 3 ff., 25.

¹⁹² Vgl. insbes. *Kloepfer*, JZ 1984, 685.

¹⁹³ Vgl. dazu *Meßerschmidt*, in: Gawel/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht, 1999, S. 361 ff., 380 f. m.w.N.

¹⁹⁴ Ähnlich *Herten-Koch*, Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Europa, 2003, S. 14. Nicht notwendig ist die Etablierung eines neuen Schlüsselbegriffs „integrierte Gesetzesproduktion“, so jedoch *Smeddinck* in seiner gleichnamigen Habilitationsschrift, 2006, S. 17 ff.

politisch gewollt, sondern handwerklich gelungen und wirksam sind. Die einzelnen Stränge der Gesetzgebungswissenschaft – Gesetzgebungsforschung, Evaluationsforschung bzw. Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzestheorie – müssen daher letztlich zusammengeführt werden. Insofern bedarf es theoretischer Vertiefung, die von einer fast ausschließlich auf die Bedürfnisse der Praxis ausgerichteten Lehre nicht geleistet werden kann.¹⁹⁵ Der in der Rechtswissenschaft in den letzten Jahren zu beobachtende „Boom“ gesetzgebungsgeschichtlicher bzw. ideengeschichtlicher Untersuchungen zur Gesetzgebungskunst schließt daher zwar auf verdienstvolle Weise eine Lücke, ist aber für die Gesetzgebungswissenschaft, die immer noch lernen muss, sich als multidisziplinäre Regelungstheorie zu begreifen, nicht zukunftsweisend, sondern eher ein Placebo, wenn nicht gar ein Rückschritt.

6. Sonstige Fragestellungen

Das Spektrum gesetzgebungswissenschaftlicher Fragestellungen ist so breit, dass sich viele in keiner der vorgenannten Rubriken unterbringen lassen. Auch wenn sie hier nicht alle vorgestellt werden können, seien doch wenigstens beispielhaft einige von ihnen erwähnt. Sie reichen von der klassischen Frage der Normenhierarchie¹⁹⁶, die sich nicht nur vor dem Hintergrund des Europarechts, sondern auch angesichts von Erscheinungen wie dem Maßstäbengesetz¹⁹⁷ erneut und neu stellt, bis zu den aktuellen Auswirkungen der Föderalismusreform auf die Gesetzgebung. Klärungsbedürftig sind auch die gesetzgeberische Selbstbindung¹⁹⁸ und die Rolle der Gesetzgebung als Verfassungskonkretisierung,¹⁹⁹ während die Frage der Gesetzesbegründungspflicht ausgestanden scheint.²⁰⁰ Neben diesen vorwiegend juristischen Themen stellen sich unvermindert die Fragen nach Alternativen zur Rechtsetzung,²⁰¹ wie Selbstregulierung,²⁰² und nach einem Wandel

der Rechtsetzung etwa im Sinne responsiver Regulierung.²⁰³ Wohlklingende Namen wie „responsiv“ oder „aktivierender Staat“²⁰⁴ dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Staat damit auch seinen Aktionsradius ausweiten kann. Ein unerschöpfliches Thema sind die Kreation und Rezeption technischer Regeln.²⁰⁵ Weiterhin werden die Morphologie und der Instrumentenkanon der Gesetze untersucht. Auch die Chancen – und weniger die Risiken – des Gesetzesexports sind ein Thema der Gesetzgebungslehre.²⁰⁶ Ferner sind kritische Analysen einzelner Gesetzgebungsbereiche, wie der Sozialgesetzgebung und der von *Sunstein* als „Gesetze der Angst“ apostrophierten Umweltgesetze,²⁰⁷ angebracht. Schließlich sind die Rolle von Logik, Linguistik und künstlicher Intelligenz bzw. Informatik in der Gesetzgebung Forschungsgegenstände. Noch wichtiger erscheint jedoch die Frage, wie in der Mehrebenengesetzgebung der Europäischen Union, in der die zentralen Weichenstellungen auf der europäischen Ebene vorgenommen werden, der mitgliedstaatliche Beitrag frühzeitig und effektiv eingespeist werden kann, damit die nationalen Mitsprachrechte mit Substanz erfüllt werden. Das Nachdenken über die Perfektionierung der nationalen Gesetzgebung ist demgegenüber weithin obsolet.

X. Ausblick

Die Bedeutung der Rechtsetzung für die Gesellschaft muss sich in einer Intensivierung der Gesetzgebungstheorie in Forschung und Lehre niederschlagen. Hierbei besteht weder ein numerus clausus zuständiger Disziplinen noch ein Führungsanspruch eines einzelnen Fachs. Der Entwicklung der Gesetzgebungslehre sind insoweit nur wenig Grenzen gesetzt. Je mehr wissenschaftliche Disziplinen und Forschungsansätze (wie z.B. Entscheidungstheorie, Public Management, ökonomische Analyse des Rechts und Institutionenökonomik)

¹⁹⁵ So auch *Mader*, LeGes 2006, 143 (146 f.).

¹⁹⁶ Vgl. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994.

¹⁹⁷ Vgl. nur *Weiß*, ZG 15 (2000), 210, und v. *Schweinitz*, Das Maßstäbengesetz, 2003.

¹⁹⁸ Vgl. *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985 und *Rausch-Gast*, Selbstbindung des Gesetzgebers, 1983; zur eigenen Position *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 30 ff.

¹⁹⁹ Dazu krit. *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 101 ff.

²⁰⁰ Dafür insbes. *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 111; zuletzt *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825; *Skouris*, Die Begründung von Rechtsnormen, 2002, und *Smeddinck* (Fn. 14), S. 226 ff.; skeptisch *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 920 ff. und *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (867), jeweils m.w.N.

²⁰¹ Vgl. *Schuppert* (Fn. 73), S. 35 ff. m.w.N. Aus juristischer Sicht *Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2002.

²⁰² Vgl. insbes. *di Fabio*, VVDStRL 56 (1996), 235; *Grimm* u.a., Die Verwaltung 2001, Beiheft 4; *Kloepfer* (Hrsg.), Selbstbeherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbst-

steuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz, 1998; *Schuppert* (Fn. 73), S. 39 ff. und *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1996), 1997, S. 160 ff.

²⁰³ Vgl. *Ayres/Braithwaite*, Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate, 1992, und *Bizer/Führ/Hüttig* (Hrsg.), Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung, 2002.

²⁰⁴ Vgl. *Lamping/Koschützke* (Hrsg.), Der aktivierende Staat, 2002 (FES) und die gleichnamige Habilitationsschrift von *Baer*.

²⁰⁵ Grundlegend *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979 und *Breuer*, AöR 101 (1976), 46; ferner u.a. *Hanning*, Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung, 1976; *Jörissen*, Produktbezogener Umweltschutz und technische Normen, 1997 und *Rengeling* (Hrsg.), Deutsche, europäische und internationale Umweltnormung, 1998.

²⁰⁶ Vgl. *Karpen* (Fn. 8), S. 61 ff. Ergänzend sei auf die z.T. erfolgreichen Bemühungen der Implantation des amerikanischen Wirtschaftsrechts und des deutschen Umweltrechts in den postsowjetischen Gesellschaften hingewiesen.

²⁰⁷ Vgl. den gleichnamigen Titel von *Sunstein*, 2006. Das amerikanische Original erschien 2005 unter dem Titel „Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle“.

sich ihrer annehmen, desto besser ist es für sie. Auch von einer vergleichenden Gesetzgebungslehre darf man einiges erwarten.²⁰⁸ Schließlich bedarf es neben Aufbaustudien für Postgraduierte²⁰⁹ und berufsbegleitender Weiterbildung²¹⁰ einer abgestuften Integration der interdisziplinären Gesetzgebungslehre in das juristische Studium.

²⁰⁸ Der wegweisende Sammelband von *Ismayr* (Hrsg.), *Gesetzgebung in Westeuropa*, 2008, lag bei Manuskriptschluss noch nicht vor.

²⁰⁹ Wie z.B. in Staatswissenschaften.

²¹⁰ Vgl. *Karpen*, *LeGes* 2006, 125 (129 f.).

Freiheitsrechte als subjektive Rechte

Von Prof. Dr. Christoph Gusy, Bielefeld

I. Einführung

Rechtsnormen bestehen (mindestens) aus Tatbestand und Rechtsfolgen.¹ Was als allseits bekannte Beschreibung vorausgesetzt werden kann, findet sich in der Formulierung der Grundrechte schwerlich wieder. Die hier regelmäßig anzutreffende Terminologie von „Schutzbereich“ und „Schranken“ stellt der allgemeinen Beschreibung scheinbar ein anderes, spezielleres Konzept an die Seite. Daraus ließe sich schließen: Grundrechte sind anders!² Zwar haben sich Versuche, auch die Grundrechte nach Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zu analysieren, nicht durchgesetzt. Doch zeigen sie immerhin, dass solche Versuche juristisch möglich und wissenschaftlich aussichtsreich sein können. Denn stets bleibt die Frage: Was kann ein Grundrechtsträger aus den Grundrechten eigentlich beanspruchen? „Freiheit“ ist – ebenso wie „Gleichheit“ – keine Rechtsfolge, sondern ein Zustand, welcher durch Grundrechte intendiert werden soll. Zugleich ist aber auch gewiss: Freiheit ist kein ausschließlich rechtlicher Zustand. Was also sind dann die Rechtsfolgen der Freiheitsrechte? Da diese Frage für Freiheits- und Gleichheitsrechte möglicherweise unterschiedlich beantwortet werden muss, sollen hier allein erstere behandelt werden.³

Ob eine Norm den Einzelnen schützt und von ihm als Anspruchsgrundlage mit staatlicher Hilfe durchgesetzt werden kann, ergibt sich aus ihrer Auslegung.⁴ Dabei wird unterschieden zwischen Normen, welche ausschließlich dem objektiven Recht zugehören (dieses umfasst letztlich die gesamte Rechtsordnung) und welche darüber hinaus einer Teilmenge von Normen zugehören, die subjektive Rechte zuerkennen, also auch einzelne Personen berechtigen können. Im Öffentlichen Recht wird eher von „subjektiven Rechten“ als von

Anspruchsgrundlagen gesprochen. Der Sache nach gilt jedoch hier wie anderswo auch: Anspruchsgrundlage ist jede Rechtsnorm, welche eine Person oder einen abgrenzbaren Kreis von Rechtssubjekten berechtigt, von einem anderen Rechtssubjekt ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu verlangen (entsprechend § 194 Abs. 1 BGB). Die Geltendmachung eines solchen Anspruchs begründet darüber hinaus das Recht, zu seiner Durchsetzung staatliche Instanzen – zumeist Gerichte – in Anspruch nehmen zu dürfen. Diese Folge ist für die in den Freiheitsrechten zentral thematisierte Staat-Bürger-Beziehung in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ausdrücklich geregelt: Wo ein subjektives Recht des Bürgers gegen den Staat garantiert ist, dort ist zugleich ein Rechtsweg garantiert.

Aber wann ist ein subjektives Recht garantiert? Dies folgt regelmäßig aus der Rechtsfolge der Vorschrift. Hat jemand einen Kaufvertrag geschlossen und ist er der Käufer, so kann er (und nur er) Übergabe und Übereignung der Kaufsache verlangen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB). Ist eine Person in ihrer Gesundheit verletzt worden, hat sie (und nur sie) Anspruch auf Schadensersatz (§ 823 Abs. 1 BGB). Was hier in den jeweiligen Anspruchsgrundlagen eindeutig formuliert ist, findet sich in den Freiheitsrechten jedenfalls nicht in der gleichen Deutlichkeit. Zwar ist der Kreis der Berechtigten vergleichsweise eindeutig benannt („alle Menschen“ bzw. „alle Deutschen“, d.h. jeder Mensch bzw. jeder Deutsche) und hinreichend individualisiert. Auch sind einzelne Rechtsfolgen mitunter klar beschrieben („Eine Zensur findet nicht statt“, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG), doch ist auch in diesem Kontext von „Ansprüchen“ jedenfalls ausdrücklich keine Rede. Dies alles zeigt: Das Grundgesetz benennt zwar eindeutig, wen die Grundrechte binden (Art. 1 Abs. 3 GG), nicht aber, was diese schulden bzw. was andere von ihnen beanspruchen können. Letzteres ist also nicht allein eine Frage des Normtextes, sondern darüber hinaus auch seiner Auslegung. Hier erlangen die viel diskutierten Grundrechtstheorien⁵ Relevanz. Sie liefern Material für die Frage, wie die Grundrechte – namentlich die Freiheitsrechte – ausgelegt werden können. Auch wenn ihr Status dabei nicht immer eindeutig geklärt erscheint, bleibt doch festzuhalten: Eine Theorie ist niemals allein geeignet, Rechtspflichten oder Ansprüche zu begründen. Solche entstehen nur durch Rechtsnormen. Maßgeblich ist demnach stets, ob eine Theorie in einem (ausgelegten) Freiheitsrecht hinreichend Niederschlag bzw. Anerkennung gefunden hat, so dass das Grundrecht (nicht die Theorie allein) einen Anspruch begründen kann. Nicht die Theorie ist die Anspruchsgrundlage, sondern die – theoriegeleitete – ausgelegte Norm. Da der Text der Freiheitsrechte mögliche Ansprüche nicht ohne Weiteres erkennen lässt, ist hier der Auslegungsbedarf allerdings besonders hoch. Und das heißt wiederum: Den als möglichen Auslegungsmaßstäben konzipierten Grundrechtstheorien kommt hier eine Bedeutung zu, welche diejenige von Auslegungstheorien bei sonstigen Anspruchsgrundlagen deutlich übersteigt. Hier gilt tatsächlich: Grundrechte sind anders.

¹ Hierzu näher etwa *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl. 2005, S. 8 ff.

² Zu den Besonderheiten der Grundrechte eindrucksvoll nach wie vor *Böckenförde*, NJW 1975, 1529; *ders.*, DSt 1990, 1. Zu den „Grundrechtsfunktionen“ nun Überblick bei *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte II, 2006, S. 625; grundlegend *Cremer*, Freiheitsrecht. Funktionen und Strukturen, 2003.

³ Zu solchen und weiteren „Einteilungen“ der Grundrechte s. etwa *Heun*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 437.

⁴ Zum sog. „Schutznormkriterium“ s. näher BVerfGE 31, 33 (39 ff.); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 127 ff.; *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 170 ff. Der früher breit ausgetragene Streit um die (fortdauernde) Notwendigkeit und Anerkennung des subjektiven öffentlichen Rechts – dazu etwa Überblick bei *Zuleeg*, DVBl 1976, 509, hat die Grundrechte nicht tangiert. Ihr Rechtscharakter als subjektive Rechte ist stets unbestritten geblieben. Dass die Diskussion um solche subjektiven Rechte gegenwärtig unter dem Einfluss des Europarechts einen gewissen Bedeutungswandel erfährt, ist unbestritten, tangiert aber die hier aufgeworfene Fragestellung nicht.

⁵ Überblicke etwa bei *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 23. Aufl. 2007, Rn. 47 ff.

Rechtsfolgen von Normen können ganz unterschiedlich ausfallen und Ansprüche begründen, aber auch andere Anordnungen treffen.⁶ Ein relativ eindeutiger Fall findet sich etwa in Art. 22 Abs. 2 GG, welcher als Grundlage möglicher Ansprüche kaum denkbar ist. Ganz entgegengesetzt sieht es hingegen bei den bereits genannten §§ 433, 823 Abs. 1 BGB aus. Hier mag der Wortlaut ihre Qualifikation als Anspruchsgrundlage bereits indizieren. Doch wäre es ganz unzutreffend, aus dieser Entgegensetzung herleiten zu wollen, dass es im geltenden Recht nur Anspruchsnormen einerseits und andererseits Normen entgegengesetzten Charakters, gleichsam ausschließliche Regeln des objektiven Rechts, gäbe. Im Gegenteil: Rechtsnormen können sehr wohl zugleich subjektive Rechte begründen als auch daneben bzw. darüber hinaus weitere, objektiv-rechtliche Gehalte aufweisen. So soll etwa das Schadensrecht nicht nur den subjektiven Interessen des Geschädigten zur Durchsetzung verhelfen, sondern daneben und darüber hinaus den Rechtsfrieden schützen und das Verbot der Selbsthilfe bzw. der „Selbstjustiz“ sichern. Diese letzteren Zwecke sind jedenfalls keine Ansprüche. Ganz Ähnliches gilt etwa für die Grundrechte auch:⁷ Sie können sowohl subjektiv-rechtliche als auch objektiv-rechtliche Gehalte aufweisen. Was soeben am Beispiel des Deliktsrechts gezeigt wurde, gilt für die Freiheitsrechte in ähnlicher Weise. Ob ein Grundrecht „für die freiheitliche Demokratie schlechthin konstituierend“ ist oder aber in der Rechtsordnung einen „hohen Rang“ einnimmt,⁸ ob es einen bestimmten Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber (so z.B. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG)⁹ enthält oder ob es bei der Gestaltung oder Auslegung der gesamten Rechtsordnung zu berücksichtigen ist: Dies allein sind zunächst Aussagen des objektiven Rechts. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Grundrechte grundsätzlich als subjektive Rechte der Bürger konzipiert sind und verstanden werden müssen. Denn hier gilt erneut: Auch wenn ein Recht als subjektives Recht anerkannt ist, ist damit noch nicht ausgesagt, welche subjektiven Rechte seine Träger aus ihm herleiten können.¹⁰ Und keineswegs ist – insoweit ganz analog dem Schadensersatzrecht – jeder Zweck und jede „Bedeutung“ einer Norm bereits von ihrem Charakter als Anspruchsgrundlage erfasst.

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten: Freiheitsrechte sind in den seltensten Fällen „bloß“ Anspruchsgrundlagen. Vielmehr können sie auch Anspruchsgrundlagen sein, sie können daneben aber auch andere – und möglicherweise sogar wichtigere – objektiv-rechtliche Gehalte aufweisen. Aber auch da-

mit ist immer die Frage, welche Ansprüche aus ihnen hergeleitet werden können bzw. welche nicht, allenfalls gestellt, aber noch längst nicht beantwortet.

Eine solche Antwort muss schließlich mitbedenken: Das Grundgesetz kennt nicht „den“ Freiheitsschutz oder aber „das“ Freiheitsrecht. Es statuiert vielmehr eine größere Zahl einzelner, thematisch und ggf. auch inhaltlich unterschiedlicher Freiheitsrechte. Daher ist nie völlig ausgeschlossen, dass einzelne dieser Garantien Ansprüche begründen, welche andere von ihnen nicht zu begründen geeignet sind. Allgemeine Aussagen lassen sich auch hier daher nur um den Preis treffen, dass einzelne Grundrechte spezielle Abweichungen aufweisen können. Dies ist eine Frage der Dogmatik der Einzelgrundrechte, deren Beantwortung hier schon aus Raumgründen nicht geleistet werden kann.

II. Abwehrrechtliche Ansprüche

Dass die Freiheitsrechte „zuvörderst“ Abwehrrechte ihrer Träger gegen den Staat sind, ist eine ebenso alte wie viel diskutierte Einsicht.¹¹ Als solche untersagen sie rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Hände in die verbürgten Rechtspositionen. Sie stellen also Verbotsnormen dar, welche ihren Adressaten bestimmte Eingriffshandlungen untersagen. Schlüsselbegriff dieses Konzepts ist demnach derjenige des „Eingriffs“. Er wird vom Konzept der Grundrechte als Abwehrrechte vorausgesetzt. Darunter werden alle staatlichen Maßnahmen verstanden, welche geeignet sind, die Ausübung einer grundrechtlich garantierten Freiheit unmöglich zu machen oder zu erschweren. Das sich auf dieser allgemein anerkannten Grundlage immer stärker ausweitende Konzept vom „Grundrechtseingriff“¹² umfasst gewiss imperative (befehlende) Eingriffe durch Gesetze oder Verwaltungsakte; darüber hinaus aber auch finale (zielgerichtete) Beeinträchtigungen ohne Befehl (z.B. die Überwachung vertraulicher Kommunikation) und wohl auch unmittelbar grundrechtsbeschränkende Maßnahmen, welche weder befehlend noch final sind (etwa die Verletzung Unbeteiligter bei einem ansonsten zulässigen polizeilichen Schusswaffeneinsatz). Welche Maßnahmen im Einzelfall unter diese Formeln zu subsumieren sind und ob noch weitere Eingriffsformen anzuerkennen sind, ist umstritten und kann hier nicht abschließend diskutiert werden. Grundrechte sind auch Abwehrrechte und untersagen bestimmte Handlungen, welche als rechtswidrige Eingriffe und daher als „Grundrechtsverletzungen“ zu qualifizieren sind. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, welche subjektiven Rechte der Grundrechtsträger aus diesem Verbot von Freiheitsrechtsverletzungen folgen können.¹³

⁶ Zu anderen denkbaren Rechtsfolgen näher *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 15 f.

⁷ Zur folgenden Unterscheidung näher *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000.

⁸ So BVerfGE 7, 198 (208), für das Grundrecht der Meinungsfreiheit.

⁹ Zu diesem Auftrag näher BVerfGE 25, 112 (117); 52, 1; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 74 ff.

¹⁰ Hierzu instruktiv schon *Breuer*, in: Bachof u.a. (Hrsg.), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 89.

¹¹ Wichtige Überblicke bei *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003.

¹² Dazu etwa BVerfGE 105, 252 (273, 279, 300 f.); 113, 63 (76 f.); *Bethge/Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998), 1 (57); *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992; *Rottmann*, EuGRZ 1985, 277; *Gusy*, NJW 2000, 977 (982 f.).

¹³ Zum Ganzen Überblick bei *Sachs*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 655.

1. Unterlassungsansprüche

Freiheitsrechte benennen eine bestimmte soziale Sphäre (Gewissen, Kunst, Beruf u.ä.) und ordnen sie individualisierbaren Personen, nämlich den Grundrechtsträgern, als rechtlich frei zu. Zugleich enthalten sie ein an die öffentliche Hand gerichtetes Verbot, in diese Sphäre rechtswidrig einzugreifen. In diesem Sinne begründen sie zugunsten der Berechtigten einen *Unterlassungsanspruch*. Er hat das Recht, die Unterlassung verbotswidriger Handlungen zu fordern.¹⁴ Voraussetzungen dieses Anspruchs sind:

(1) die Einschlägigkeit eines Freiheitsrechts, also die mögliche Berührung eines Grundrechtsschutzbereichs;

(2) die Qualifikation einer Maßnahme als Eingriff im genannten Sinne;¹⁵

(3) die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs und

(4) dessen Bevorstehen oder Fortdauer. Unterlassen werden können nur *zukünftige Handlungen*, also solche, die noch nicht stattfinden oder jedenfalls noch nicht abgeschlossen sind.

Dieser grundrechtliche Unterlassungsanspruch ist nicht der einzige seiner Art im Öffentlichen Recht. Auch andere Rechtspositionen, etwa aus einfachen Gesetzen, können derartige Rechte begründen. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch¹⁶ geht weit über seine grundrechtliche Dimension hinaus. Wichtig ist hier lediglich: Auch aus Freiheitsrechten können Unterlassungsansprüche folgen.

Dessen zuletzt genanntes Merkmal ist ein wesentlicher Grund dafür, warum dem Unterlassungsanspruch im Öffentlichen Recht eher geringe praktische Relevanz zukommt. Zentrales Mittel der Eingriffsabwehr ist der Rechtsschutz, der aber seinerseits vorsieht, dass jemand in seinen Rechten verletzt „wird“ (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG), die Verletzung also jedenfalls schon begonnen hat.¹⁷ Auch die Verfassungsbeschwerde kann nur erheben, wer behaupten kann, in seinen Rechten verletzt zu „sein“.¹⁸ Der Unterlassungsanspruch ist zukunftsgerichtet, der Rechtsschutz hingegen nachträglich. Ausnahmen werden nur anerkannt bei „Unzumutbarkeit“ des Zuwartens.¹⁹ Von daher hat der Unterlassungsanspruch eine geringe prozessuale Relevanz. Seine hohe materielle Bedeutung als Ursprungsrecht zahlreicher anderer Ansprüche aus Grundrechten bleibt davon unberührt.

2. Aufhebungsansprüche

Der Aufhebungsanspruch stellt eine Fortsetzung und Effektivierung des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs dar. Unterlassen werden können nur zukünftige Handlungen. Ist dagegen die Handlung vorgenommen, so läuft der Unterlas-

sungsanspruch leer. Er kann nicht mehr erfüllt werden. Von daher liegt es nicht zuletzt in der Hand des Verpflichteten, ob er den Anspruch zum Erlöschen bringen kann: Unterlässt er die Handlung, so ist er weiterhin verpflichtet; nimmt er sie vor, ist er nicht mehr verpflichtet, und zwar gerade wegen eines eigenen Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht. Um diesem Effekt entgegenzuwirken, entsteht der Aufhebungsanspruch. Wer gegen eine Unterlassungspflicht verstoßen hat, ist verpflichtet, denjenigen Zustand wiederherzustellen, welcher bestehen würde, wenn er pflichtgemäß gehandelt hätte. Insoweit kann man den Aufhebungsanspruch entweder als zeitliche Fortsetzung oder als Annexanspruch oder aber als (nachträgliches) Durchsetzungsinstrument des Unterlassungsanspruchs begründen. Wie auch immer diese Frage zu beantworten ist:²⁰ Hat ein Staatsorgan rechtswidrig in ein Grundrecht eingegriffen, so ist es verpflichtet, diesen Eingriff aufzuheben.²¹ Anspruchsvoraussetzungen sind demnach:

(1) ein Grundrechtseingriff, der in der Vergangenheit stattgefunden hat,

(2) dessen Rechtswidrigkeit,

(3) Andauern des rechtswidrigen Eingriffs bis in die Gegenwart: Ist der Eingriff endgültig abgeschlossen, kommt eine Aufhebung nicht mehr in Betracht: Sie wäre einfach sinnlos. Die grundrechtlich garantierte Freiheit, welche dadurch beeinträchtigt wurde, dass eine Person im Jahre 2007 nicht am Weihnachtsmarkt teilnehmen oder damals eine angemeldete Versammlung nicht abhalten durfte, ist inzwischen fortgefallen und daher auch durch Aufhebung der Verbote nicht mehr (wieder)herstellbar.²²

(4) Möglichkeit seiner Rückgängigmachung durch Aufhebung. Von daher kommen ganz überwiegend Rechtsakte – Verbote, Verbotsgesetze – als Gegenstände des Aufhebungsanspruchs in Betracht. Eine tatsächliche Handlung – ein Schlag mit dem Gummiknüppel, ein Verkehrsunfall wegen „feindlichen Ampelgrüns“ – kann nicht „aufgehoben“ werden. Eine nachträgliche Aufhebungserklärung ließe den Eingriffserfolg vielmehr unberührt.

Die Aufhebung erfolgt durch Ausspruch des Gerichts. Der zugrunde liegende Aufhebungsanspruch wird in den Prozessgesetzen zwar vorausgesetzt, aber nicht selbst statuiert. Richtet sich etwa die Anfechtungsklage auf „Aufhebung eines Verwaltungsakts“ (§ 42 Abs. 1 VwGO) und hebt das Verwaltungsgericht den rechtswidrigen Verwaltungsakt auf (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), so sind dies prozessuale Handlungen, welche der Durchsetzung eines materiell-rechtlichen Aufhebungsanspruchs dienen. Ähnliches gilt für Entschei-

¹⁴ Näher dazu *Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch als Rechtsfolge des fehlerhaften Verwaltungsakts, 2006, S. 22 ff. (Nachw.).

¹⁵ S.o. II. vor 1.

¹⁶ Dazu näher *Laubinger*, Verwaltungsarchiv 1989, 261.

¹⁷ Dazu näher BVerfGE 51, 97.

¹⁸ Dazu näher BVerfGE 60, 360 (371); 74, 297 (319); 114, 258 (277).

¹⁹ Dazu näher *Ule*, VerwA 1974, 291 (304 f.); zum vorbeugenden Rechtsschutz *Dreier*, JA 1987, 415.

²⁰ Jüngere Übersicht zur Begründung solcher Ansprüche bei *Baumeister* (Fn. 14), S. 6 ff.

²¹ *Baumeister* (Fn. 14), S. 345 ff. In diesem Buch werden Aufhebungs- und Beseitigungsansprüche als Reaktionsansprüche auf rechtswidriges Staatshandeln weitgehend ungetrennt behandelt.

²² In solchen Fällen kann nach BVerfGE 96, 27 (40), ein nachträglicher Feststellungsanspruch in Betracht kommen, wenn der Eingriff schwerwiegend war, er seiner Natur nach auf kurzfristige Erledigung angelegt war und andernfalls gerichtlicher Rechtsschutz regelmäßig nicht möglich wäre.

dungen des Bundesverfassungsgerichts, welche grundgesetzwidrig – und damit auch grundrechtswidrig – Gesetze für „nichtig“ erklären (§ 78 S. 1 BVerfGG; s. auch § 82 Abs. 1 BVerfGG). Die Nichtigklärung hat Aufhebungswirkung: Begründet der Erlass eines Gesetzes seine Wirksamkeit, so kommt die Beendigung dieser Wirksamkeit durch Nichtigklärung einer Aufhebung gleich.²³ Beide Vorschriften regeln also die Durchsetzung der genannten Aufhebungsansprüche. Diesen Anspruch selbst enthalten sie jedoch nicht. Er ist vielmehr als Fortsetzung desjenigen (materiellen) Rechts, in welches rechtswidrig eingegriffen worden ist, zu begreifen. Hier stellt er sich als Reaktionsrecht auf Verletzung des grundrechtlichen Eingriffsverbots dar.²⁴ Die Aufhebung stellt den rechtmäßigen Zustand wieder her.

Daraus erklärt sich auch seine prozessual höhere Relevanz gegenüber dem Unterlassungsanspruch: Aufgehoben werden nur Eingriffe, die schon stattgefunden haben. Der Anspruch ist also notwendigerweise nachträglich – ebenso wie der gerichtliche Rechtsschutz selbst.

3. Beseitigungsansprüche

Beseitigungsansprüche sind ebenso wie der zuvor genannte Aufhebungsanspruch Reaktionsansprüche auf Verstöße gegen Unterlassungspflichten. Wie bereits gesehen, ist die Sinnhaftigkeit eines Aufhebungsanspruchs begrenzt: Er kann den rechtmäßigen Zustand nur herstellen, wenn und soweit es (noch) etwas aufzuheben gibt und wenn und soweit durch bloße Aufhebung der rechtmäßige Zustand wiederhergestellt werden kann. Dies kann bei grundrechtsbeeinträchtigenden Gesetzen und Verwaltungsakten häufiger, bei anderen Maßnahmen hingegen durchaus seltener der Fall sein. War etwa der Steuerbescheid falsch und sind deshalb überhöhte Abgaben gezahlt worden, so ist die Aufhebung des Bescheids allein nicht geeignet, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Ähnliches gilt, wenn etwa ein eingreifender Verwaltungsakt vollstreckt wurde (eine Sache wurde in amtliche Verwahrung genommen; eine sichergestellte Wohnung einem Dritten zugewiesen) oder ein faktischer Grundrechtseingriff stattfand (personenbezogene Daten wurden gespeichert oder an andere Behörden weitergegeben, auf einem Grundstück wurde ein Sendemast errichtet). In allen diesen und weiteren Fallgruppen genügt ein gerichtlicher Aufhebungsausspruch nicht, um die Beeinträchtigung rückgängig zu machen und dadurch den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Die überhöhte Abgabe fällt wegen der Aufhebung des Bescheids nicht an den Zahler zurück, die Sache bleibt in amtlicher Verwahrung, der Dritte in der Wohnung, die Daten in den Computern der speichernden oder anderer Behörden und der Sendemast auf dem Grundstück. Soll hier der grundrechtskonforme Zustand wiederhergestellt werden, sind demnach weitergehende Ansprüche erforderlich. Deren Begründung und Herleitung ist ähn-

²³ Zur Nichtigklärung näher *Graßhoff*, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 78 Rn. 11 ff.

²⁴ Findet der Eingriff hingegen in ein anderes als ein Grundrecht statt, so begründet dieses zugleich den Aufhebungsanspruch.

lich derjenigen zum Aufhebungsanspruch;²⁵ seine Rechtsfolgen gehen jedoch über diesen hinaus.²⁶ Derartige Beseitigungsansprüche setzen voraus:

- (1) das Stattfinden eines Grundrechtseingriffs,²⁷
- (2) Folgen aus diesem Eingriff, welche nicht durch bloße Aufhebungserklärung rückgängig gemacht werden können,
- (3) Rechtswidrigkeit des aus diesen Folgen resultierenden Zustands,
- (4) Fortwirkung dieses Zustands bis in die Gegenwart und
- (5) Möglichkeit und Zumutbarkeit der Beseitigung. Ist die Beseitigung unmöglich (die verletzte Person ist gestorben) oder wegen übermäßigen finanziellen Aufwands unzumutbar (der Rhein-Main-Donau-Kanal müsste verlegt werden, weil ein in Anspruch genommenes Grundstück rechtswidrig in Anspruch genommen worden war), ist der Beseitigungsanspruch ausgeschlossen.

Der Beseitigungsanspruch tritt in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft z.T. unter divergierenden Bezeichnungen auf (etwa: Folgenbeseitigungsanspruch, Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch). Sie vermögen einerseits durchaus klarer zu umreißen, worum es im Einzelfall geht; umfassen aber andererseits nur Teilbereiche des möglichen Anspruchsspektrums. Der Anspruch ist auf Rückgängigmachung derjenigen andauernden Folgen gerichtet, welche durch einen rechtswidrigen Grundrechtseingriff verursacht worden sind und die nicht durch bloße Aufhebung bereits kompensiert werden können. Infolge der Unterschiedlichkeit solcher Folgen kann auch der Anspruch im Einzelfall ganz unterschiedliche Inhalte aufweisen, z.B. Rückzahlung überzahlter Abgaben, Herausgabe sichergestellter Sachen, Verweisung dritter Personen aus einer Wohnung, Löschung gespeicherter Daten bzw. Berichtigung gegenüber empfangenden Behörden, Entfernung des Sendemastes. Wichtig ist: Ziel des Beseitigungsanspruchs ist die Herstellung des status quo ante, also des Zustands vor der Vornahme der rechtswidrigen Handlung einschließlich der Setzung ihrer Folgen. Sein Inhalt ist – soweit möglich – die Rückgängigmachung der fehlerhaften Folgen eines Staatshandelns. Weitergehende Kompensation ist nicht mehr Gegenstand und Inhalt des Beseitigungsanspruchs.

4. Entschädigungsansprüche?

Die letzte Aussage deutet bereits an: Es gibt Fälle, in welchen die genannten Ansprüche nicht zur Wiederherstellung eines (grund)rechtmäßigen Zustands führen können. Wer einen Beruf nicht ausüben kann, weil ihm die dafür erforderliche Zulassung rechtswidrig verweigert worden ist; wer mit großem Aufwand eine Demonstration organisiert hat, die letztlich

²⁵ Dazu o. 1.

²⁶ Klassisch *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. 1968, S. 98 ff. Aus neuerer Zeit *Schoch*, Verwaltungsarchiv 1988, 1; *Baumeister* (Fn. 14), S. 90 ff.

²⁷ Die Rechtsordnung kennt auch andere als grundrechtliche Beseitigungsansprüche; s. etwa *Lettl*, JuS 2005, 871; *Gursky*, JZ 1996, 683 (zu § 1004 BGB); *Fritzsche*, WRP 2006, 42 (zu § 33 GWB); *Thalhofer*, Betriebsverfassungsrechtlicher Beseitigungsanspruch, 1999.

infolge eines rechtswidrigen Verbots nicht stattfinden konnte; wer infolge einer rechtswidrigen staatlichen Warnung einen erheblichen Schaden erlitt: In derartigen Fällen können die bislang genannten Anspruchsgrundlagen nicht stets einen Ausgleich schaffen. Für solche Fallkonstellationen stellt sich die Frage nach der Anerkennung eines *Folgenentschädigungsanspruchs*. Ihm geht es nicht um (Wieder)Herstellung eines rechtmäßigen Zustands (sog. Primäranspruch), sondern um Ausgleich für eine nicht mehr vollständig herstellbare rechtmäßige Lage (sog. Sekundäranspruch). Ob den Freiheitsrechten solche Ansprüche entnommen werden können, ist Gegenstand einer intensiven Kontroverse.

Die klassische Antwort verneint dies. Sie beruft sich dazu namentlich auf ein grundrechtssystematisches Argument. Entschädigungsansprüche sind im Grundgesetz in Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG ausdrücklich angesprochen. Sie sollen bestimmte Einbußen am Eigentum kompensieren, welche sich als Folge einer Enteignung darstellen. Aber selbst hier gilt: Obwohl die Entschädigungsfrage im Grundgesetz selbst angesprochen ist, findet sich hier kein unmittelbarer Anspruch. Vielmehr statuiert Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG, dass die Entschädigung „durch Gesetz“ zu regeln ist. Mehr noch: Das Gesetz soll „Art und Ausmaß“ der Entschädigung regeln, also deren Voraussetzungen, Inhalt und Grenzen.²⁸ Daraus wird systematisch gefolgert: Wenn Eigentum, Enteignung und Entschädigung nach traditioneller Grundrechtsdogmatik eng zusammengehören, zugleich aber selbst hier kein verfassungsunmittelbarer Folgenentschädigungsanspruch gewährt wird, so kann den anderen Grundrechten erst recht kein derartiger Anspruch entnommen werden.²⁹ Als daraus unmittelbar herzuleitende Folgerung würde demnach gelten: Kein Folgenentschädigungsanspruch des Bürgers gegen den Staat ohne gesetzliche Grundlage.³⁰ In der Konsequenz der genannten klassischen Auffassung könnte allenfalls erwogen werden, aus einzelnen Grundrechten einen Anspruch auf gesetzliche Regelung der Folgen rechtswidriger Eingriffe herzuleiten.³¹

Doch gilt jene Antwort heute nicht mehr unangefochten. Gegen sie werden zahlreiche Argumente angeführt.³² Zunächst habe die Rechtsprechung schon in der Vergangenheit einzelne Entschädigungsansprüche unmittelbar aus Art. 14 Abs. 3 GG hergeleitet.³³ Der Wortlaut dieser Bestimmung habe sich

also nicht stets als Hindernis erwiesen, in Einzelfällen derartige Ansprüche zu begründen. Weiter sei es bisweilen ein Zufall, ob jemand durch eine staatliche Maßnahme in Art. 14 GG oder aber in Art. 12 GG betroffen sei: Eine rechtswidrige Gewerbeuntersagung könne denjenigen, der seinen Betrieb bereits eröffnet habe, in Art. 14 GG treffen; denjenigen hingegen, der seinen Betrieb erst gerade eröffnen wolle, in Art. 12 GG. In solchen Fällen sei es ungerecht bzw. gleichheitswidrig, dem einen Entschädigung zuzugestehen, dem anderen hingegen nicht. Insoweit könne ein derartiger Anspruch jedenfalls aus dem betroffenen Einzelgrundrecht in Verbindung mit Art. 3 GG hergeleitet werden. Schließlich werden auch Rechtsgedanken des Europarechts oder solche rechtsvergleichender Art herangezogen.

Die Diskussion ist keineswegs abgeschlossen.³⁴ Als aktuelle Zwischenbilanz bleibt aber festzuhalten: Die neuere Richtung hat sich gegenwärtig im Verfassungsrecht und in der Rechtsprechung zum Verfassungsrecht nicht als vorherrschende durchgesetzt. Ungeachtet einzelner Anläufe, die aber bislang isoliert geblieben sind, gilt: Folgenentschädigungsansprüche werden grundsätzlich nur dort anerkannt, wo es für sie auch eine gesetzliche Grundlage gibt. Dafür finden sich auch Argumente aus der Rechtsordnung: Die Anerkennung eines Folgenentschädigungsanspruchs würde im Ergebnis dazu führen, dass die öffentliche Hand weitgehend verschuldensunabhängig haften müsste. Ein solches Haftungsrecht ist aber der deutschen Rechtsordnung fremd und bedürfte daher jedenfalls seiner grundsätzlichen gesetzlichen Anerkennung. Dies gilt umso eher, als Voraussetzungen, Umfang und Grenzen eines solchen Anspruchs nirgends näher geregelt sind und auch den Freiheitsrechten nicht einfach entnommen werden können. Auch eine Übernahme aus dem Europarecht bzw. rechtsvergleichend dem „gemeineuropäischen Verfassungsrecht“ kommt wegen der Unterschiedlichkeit der jeweiligen Haftungssysteme nicht einfach in Betracht. Insoweit bleibt es eine Gestaltungsaufgabe des Gesetzgebers, einen solchen Anspruch ggf. einzuführen und auszugestalten. Jedenfalls in der Gegenwart lässt sich ein allgemeiner verfassungsunmittelbarer Entschädigungsanspruch daher nicht bejahen. Doch ist die weitere Diskussion – wie gesagt – offen.³⁵

Die Ablehnung eines Entschädigungsanspruchs aus dem Grundgesetz und mit Verfassungsrang bedeutet nicht, dass Betroffene staatlicher Grundrechtseingriffe stets leer ausgehen müssen. Vielmehr können sich Ansprüche aus dem geltenden Staatshaftungs- und Entschädigungsrecht herleiten lassen. Sie berechtigen – außerhalb des Art. 14 Abs. 3 GG – namentlich zum Ausgleich bei rechtswidrigen, vereinzelt so-

²⁸ Dazu näher *Wieland* (Fn. 9), Art. 14 Rn. 108 ff.; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 14 Rn. 83 ff.

²⁹ So etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, S. 775 ff.

³⁰ So zutr. z.B. *Schmitt-Kammler*, JuS 1995, 473.

³¹ Dies wäre nun wiederum genau das, was Art. 14 Abs. 3 S. 1, 2 GG für Enteignungen vorschreibt. Ein ähnlicher, allerdings ungeschriebener Rechtsgedanke soll demnach darüber hinaus auch anderen Freiheitsrechten entnommen werden.

³² Aus jüngerer Zeit namentlich *Röder*, Die Haftungsfunktion der Grundrechte, 2002. Ganz grundsätzlich *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002.

³³ Dies gelte namentlich für Ansprüche aus „enteignendem“ bzw. „enteignungsgleichem Eingriff“; dazu Darstellung und Kritik z.B. bei *Maurer* (Fn. 28), S. 748 ff., 762 ff.

³⁴ Zum Meinungsstand umfassend *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), 260.

³⁵ Dieses Zwischenergebnis wird nicht widerlegt, sondern im Gegenteil bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 29.2.2008, Az. 1 BvR 1807/07. Dort ging es nämlich nicht um einen unmittelbar aus Grundrechten herzuleitenden Entschädigungsanspruch (dieser wurde von der Kammer des BVerfG nicht einmal erwähnt), sondern um eine Klage wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG), also einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch.

gar bei bestimmten rechtmäßigen Grundrechtseingriffen durch die Exekutive. Soweit nicht eine der zahlreichen, bisweilen wenig systematischen gesetzlichen Sonderregelungen (etwa des Polizei- oder Ordnungsrechts, des Infektionsschutz- oder des Opferentschädigungsrechts) einschlägig ist, kommen namentlich die allerdings verschuldensabhängige Staatshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) sowie darüber hinaus in Einzelfällen der Aufopferungsanspruch in Betracht.³⁶ Doch bleiben erkennbar einzelne Anspruchs- und Gerechtigkeitslücken, die allerdings allein vom Gesetzgeber nach Maßgabe auch des Art. 3 Abs. 1 GG bereinigt werden können und ggf. müssen. Ein solches Gesetz kann allerdings nicht durch Auslegung der Freiheitsrechte des GG – und dann noch mit Verfassungsrang – ersetzt werden.

III. Andere freiheitsrechtliche Ansprüche

Freiheitsrechte sind zwar „zuvörderst“, aber nicht ausschließlich Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Sie sind also nicht allein auf die Abwehr rechtswidriger Eingriffe ausgelegt. Zwar ist dies eine praktisch wie dogmatisch wichtige Fallgruppe elementaren Schutzes individueller Freiheit gegen die Staatsgewalt. Doch kann es auch Fälle der Grundrechtsbeeinträchtigung ohne Eingriff geben. Das Merkmal des „Eingriffs“ begründet nicht die Anwendbarkeit von Freiheitsrechten. Es begründet vielmehr allein die Anwendbarkeit bestimmter Rechtmäßigkeitsanforderungen (Zitiergebot, Wesensgehaltssperre, Übermaßverbot),³⁷ die in dieser Form nur „passen“, wenn ein Eingriff stattgefunden hat. Andere grundrechtsrelevante Maßnahmen sind also nicht ausgeschlossen. Sie unterliegen allerdings anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen als der Eingriff und daher anderen grundrechtlichen Ansprüchen bzw. können solche begründen.

1. Schutzansprüche

Die Schutzpflichtendimension der Grundrechte ist eine Spätfolge der Einsicht in ihre (mittelbare) Drittwirkung. Seit deren Anerkennung³⁸ steht fest, dass die Freiheitsrechte nicht allein als Eingriffsabwehrrechte, sondern darüber hinaus als „objektive Werte“³⁹ in der gesamten Rechtsordnung gelten und wirken sollen. In dieser Dimension gelten sie als Auftrags- und Auslegungsnormen auch im Bürgerlichen Recht, und zwar nicht allein seiner Generalklauseln, sondern sämtlicher Normen der Privatrechtsordnung. Daher schützen sie nicht allein vor Eingriffen der öffentlichen Hand i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG, sondern darüber hinaus auch vor bestimmten Beeinträchtigungen seitens „Privater“. Eine solche teils als mit-

telbare, teils als unmittelbare konzipierte „Drittwirkung“⁴⁰ soll etwa Kollisionen zwischen Meinungs- bzw. Kunstfreiheit und der Ehre davon evtl. betroffener Personen regeln,⁴¹ kleine und schwächere Marktteilnehmer vor dem Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung durch große Wettbewerber schützen⁴² oder das Arbeitsrecht inhaltlich ausgestalten⁴³. Die so konzipierte, nie ganz unumstrittene Drittwirkungslehre ist später als *Schutzpflicht* neu formuliert⁴⁴ und dadurch nicht zuletzt von dem inzwischen weitgehend aufgegebenen Wertordnungskriterium losgelöst worden. Der Staat ist verpflichtet, die Grundrechte zu schützen; und zwar nicht bloß gegen eigene Eingriffe (dafür hätte die zuvor dargestellte Abwehrdimension weitgehend ausgereicht), sondern gegen Freiheitsbeeinträchtigungen seitens Dritter. Diese Verpflichtung ist nicht allein als solche des objektiven Rechts konzipiert, sondern zugleich als subjektives Recht der Grundrechtsträger anerkannt. Voraussetzungen eines derartigen Schutzanspruchs sind:⁴⁵

(1) das Verhalten eines Privaten, welches die Freiheit eines anderen Privaten zu beeinträchtigen geeignet ist;⁴⁶

(2) die tatbestandliche Einschlägigkeit eines betroffenen Grundrechts auf der Seite des Beeinträchtigten, welches die Schutzpflicht begründen kann;

(3) ein wirtschaftliches, soziales u.a. „starkes Übergewicht“ des Beeinträchtigten gegenüber dem Beeinträchtigten, welches sich als fehlendes „annäherndes Kräftegleichgewicht“ äußert und ihm ermöglicht, die Zivilrechtsbeziehungen „faktisch einseitig“ zu gestalten;

(4) eine daraus resultierende „Fremdbestimmung“ des Beeinträchtigten, welche ihm nicht ermöglicht, einen „sachgerechten Ausgleich“ ohne besonderen staatlichen Schutz herbeizuführen.

Was der Betroffene aus dem grundrechtlichen Schutzanspruch konkret beanspruchen kann, richtet sich nach der Eigenart seiner jeweiligen Rechtseinbuße. Diese soll mit staatlichen Mitteln rückgängig gemacht bzw. kompensiert werden. Dazu kann Inhaltskontrolle von Verträgen ebenso zählen

³⁶ Zu dessen Anerkennung, Voraussetzungen und Grenzen z.B. *Schmitt-Kammler* (Fn. 30); *Maurer* (Fn. 29), S. 773 ff.

³⁷ An dieser Stelle ließe sich auch formulieren: Es begründet die Anwendbarkeit eines bestimmten „Prüfungsschemas“, eben der „klassischen Eingriffsprüfung“, wie sie in Lehrbüchern und Fallsammlungen ausführlich dargestellt ist.

³⁸ BVerfGE 7, 198 (205 f.). Später etwa BVerfGE 73, 261 (269); 84, 192 (195).

³⁹ Dazu näher *di Fabio*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 1031.

⁴⁰ Für letztere BVerfGE, Beschl. v. 29.2.2008, Az. 1 BvR 1807/07; für erstere etwa BAGE 2, 221 (224); 4, 22 (25); 4, 274.

⁴¹ Etwa BVerfGE 7, 198; 30, 192 (Mephisto); NJW 2008, 39 (Esra).

⁴² BVerfGE 25, 256 (Blinkfuer).

⁴³ BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsgesetz); 81, 242 (Handelsvertreter); s.a. BVerfGE 92, 26 (46).

⁴⁴ S. insbes. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 102 (164 f.); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (65 f.); 79, 174 (202); 81, 242 (254 ff.); 88, 203 (251); *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005; s.a. *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003.

⁴⁵ Nach BVerfGE 81, 242 (255 f.).

⁴⁶ Das beeinträchtigende Verhalten kann seinerseits grundrechtlich geschützt sein; in diesen Fällen entsteht die Situation einer Grundrechtskollision; dazu etwa *Winkler*, Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen, 2000.

wie die Unterbindung weiterer Beeinträchtigungen durch den Dritten, Ansprüche auf Vernichtung oder Veröffentlichungsverbote hinsichtlich Bild- und Tonaufnahmen oder auch Schadensersatzansprüche. Die Palette möglicher Anspruchsinhalte ist demnach denkbar weit; sie folgt im Einzelfall aus dem verfassungskonform auszulegenden Privatrecht. Der daraus erkennbar werdende Vorrang zivilrechtlichen und zivilgerichtlichen Schutzes begründet eine gewisse Zurückhaltung des BVerfG bei der Prüfung im Einzelfall, welche nach der Intensität der Rechtsbeeinträchtigung und der Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit anderweitigen Schutzes abgestuft sein soll. Solche Differenzierungen berühren allerdings nicht den Bestand bzw. den Inhalt des Schutzanspruchs, sondern allein die Mechanismen seiner gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung. Auch insoweit gilt: Grundrechte sind primär vor den einschlägigen Fachgerichten und erst danach subsidiär beim BVerfG einzuklagen.

Weitergehend wird aus den grundrechtlichen Schutzansprüchen ein Anspruch des Einzelnen auf Schutz gegen schwere Kriminalität,⁴⁷ gegen Gefahren für die individuelle Sicherheit und bestimmte Risiken, etwa der Technik,⁴⁸ herzu-leiten versucht. Solche Ansätze, nicht zuletzt mit plakativen Titeln wie dem „Grundrecht auf Sicherheit“⁴⁹ begründet, verweisen allerdings eher auf teilhaberechtliche⁵⁰ als auf schutzpflichtenbezogene Grundrechtsdimensionen.

2. Leistungs- und Teilhabeansprüche

Dass Grundrechte im Allgemeinen und Freiheitsrechte im Besonderen⁵¹ keine Zahlungs- bzw. originären Leistungsansprüche gegen die öffentliche Hand begründen, ist eine stets wiederholte Formel in Rechtsprechung⁵² und Rechtswissenschaft.⁵³ Deren Berechtigung ergibt sich letztlich aus dem Umstand, dass die knappen Formulierungen der Freiheitsrechte keine ausreichende Grundlage dafür bieten, sie in „kleine Münze“ umzurechnen und konkret zu beanspruchende Summen berechnen zu lassen. Zudem ermöglichen die Grundrechte allein keinen ausreichenden Interessenausgleich zwischen den Belangen potentieller Zahlungsempfänger einerseits und potentieller Steuerpflichtiger andererseits. Dafür sind im Grundgesetz das demokratische Gesetzgebungsverfahren und die Finanzverfassung enthalten, welche ihrerseits zwar auch, aber eben nicht überwiegend grundrechtlich geprägt sind. In Übereinstimmung hiermit hat das BVerfG

stets erklärt, dass es Aufgabe primär des Gesetzgebers sei, durch die Ausgestaltung der Rechtsordnung notwendige und angemessene Leistungen sicherzustellen, um ein Leben in Menschenwürde und Freiheit zu ermöglichen.⁵⁴ Anders ausgedrückt: Die notwendigen Grundrechtsvoraussetzungen, konkreter: die notwendigen Menschenwürde- und Freiheitsvoraussetzungen, sind durch alle Zweige der Staatsgewalt zu schaffen und zu erhalten.

Hat der Staat solche freiheitsfördernden Leistungen geschaffen, so steht den einzelnen Grundrechtsträgern ein *Teilhabeanspruch* (auch *derivatives Leistungsrecht* genannt)⁵⁵ zu. Da die Leistung in ihrem Interesse geschaffen ist und zur Verwirklichung und Durchsetzung ihrer Grundrechte dienen soll, ist ihre Teilhabe grundrechtlich geschützt. Rechtsgrundlage der genannten Ansprüche sind partiell Freiheits-, partiell Gleichheitsrechte des GG. Als Anspruchsvoraussetzungen können namentlich gelten:

(1) Vorhandensein rechtlicher, organisatorischer, personeller⁵⁶ oder finanzieller Ressourcen zum Schutz oder zur Förderung der Grundrechtsausübung,⁵⁷

(2) Grundrechtsberechtigung des jeweiligen Interessenten aus dem zu schützenden Grundrecht,

(3) Ausreichende Kapazitäten der jeweiligen Ressourcen: Sind die Studienplätze besetzt, die Standplätze auf dem Markt vergeben, ist die Subventionssumme erschöpft, erlischt der Anspruch. Vorhandene Kapazitäten sind auszuschöpfen, soweit geeignete Bewerber vorhanden sind.⁵⁸

(4) Kein in der Person des Grundrechtsträgers liegender Ausschlussgrund von der Leistung. Dazu kann auch der Umstand zählen, dass bestimmte Interessenten die Leistung für ihre Freiheitsausübung nicht benötigen. Nicht hierzu zählt dagegen die Art und Weise zulässiger Freiheitsausübung. Soll etwa die Kunst gefördert werden, darf der Staat nicht als Kunstrichter oder gar -zensor auftreten.⁵⁹

Bei den oft knappen staatlichen Ressourcen ist die wichtigste Teilhabevoraussetzung regelmäßig die Geltung ausreichender Zugangsregelungen, namentlich im Hinblick auf die Bewirtschaftung knapper Ressourcen, die Prioritäten bei der Vergabe sowie die Zulassungs- bzw. Versagungsbedingungen. Sie sind durch die Rechtsordnung in Übereinstimmung mit der Zwecksetzung der jeweiligen Leistung zu regeln. Vor diesem Hintergrund muss sie hinreichend neutral sein, ausrei-

⁴⁷ BVerfGE 46, 160 (terroristische Bedrohung); 39, 1 (42); 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch).

⁴⁸ BVerfGE 55, 74; 79, 174 (201 f.) (Flug-/Verkehrslärm); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57 ff.) (Atomkraft); BVerfG NJW 2002, 1638 (elektromagnetische Strahlungen).

⁴⁹ *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, 1983.

⁵⁰ Dazu sogleich 2.

⁵¹ Einzelne Formulierung im Grundrechtsteil des GG könnten eine andere Annahme nahe legen; namentlich Art. 3 Abs. 3 S. 2; 6 Abs. 1, 4; 19 Abs. 4 S. 1 GG. Doch sind diese jedenfalls keine Freiheitsrechte und werden zudem ganz überwiegend als Teilhaberechte gedeutet.

⁵² Seit BVerfGE 1, 97 (100 f.).

⁵³ Überblick bei *Rüfner*, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 679.

⁵⁴ Am Beispiel der Kunst- und Kulturförderung BVerfGE 36, 321 (331 f.); 81, 108 (116); BVerfG NJW 2005, 2843; BVerwG NJW 1980, 718.

⁵⁵ Diese Formulierung ist namentlich im Umfeld des *numerus-clausus-Urteils* (BVerfGE 33, 303) vielfach verwendet worden. Der Sache nach dürfte es aber auch hier eher um Teilhabe- als um Leistungsrechte gehen.

⁵⁶ Hierzu können auch die vorhandenen staatlichen Ressourcen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit (Polizei, technische Überwachung u.ä.) zählen.

⁵⁷ Dazu können Ausbildungsstätten, Schulen, Vergabesysteme von Studienplätzen, Marktständen u.ä., Beihilfen oder Subventionen etwa für die Kunst u.ä. zählen.

⁵⁸ BVerfGE 33, 303 (331 ff.).

⁵⁹ OVG Münster NWVB1 1992, 279 (282).

chende und zulässige Prioritätensetzungen enthalten und darf die Teilhabe nicht von sachwidrigen Voraussetzungen abhängig machen. Jedenfalls im Falle einer Ablehnung prüft die Rechtsprechung, ob sie auf ausreichende Rechtsgrundlagen gestützt werden kann.

3. Insbesondere: Teilhabeansprüche an staatlichen Verfahren

Die grundrechtlichen Ansprüche verwirklichen sich vielfach nicht von selbst. Sie bedürfen vielmehr ihrer Geltendmachung, Umsetzung und Befolgung durch konkretes Handeln der Verpflichteten, regelmäßig also der öffentlichen Gewalt. Dies folgt namentlich daraus, dass gerade diese Dimension von Freiheit eben nicht bloß Abwesenheit von Staat und Recht ist. Sie ist vielmehr häufiger erst durch das Recht realisierbar, herstellbar und zu erhalten. Dabei geht es etwa um Schutzpflichten und Teilhabeansprüche, aber auch die Zuteilung und Abwägung von Freiheitspositionen: Wo mehrere Rechte kollidieren, die Entscheidung aber nur durch Eingriff in mindestens eines jener kollidierenden Rechte erfolgen kann, können sogar Abwehrrechte positives Handeln der Staatsorgane erfordern: Beispiele sind etwa die Ausgestaltung der kollidierenden Rechtsbeziehungen zwischen Vermietern und Mietern,⁶⁰ Unternehmen und Arbeitnehmern⁶¹ oder auch nur der Frage, ob von zwei potentiell Störungsverantwortlichen der eine oder andere in Anspruch genommen werden darf. Solche und andere staatliche Abwägungs- und Zuteilungsentscheidungen bedürfen ihrerseits der erforderlichen Rechtsgrundlagen, im Bereich des Wesentlichen also der Gesetze. Freiheit und Recht sind eben nicht einfach Gegensätze, sondern bedingen einander zugleich.

Besonders deutlich wird dies schon, wenn ein Grundrecht eine Freiheit verbürgt, die nicht einfach da ist, sondern vom Gesetzgeber zunächst ausgestaltet werden muss. Was Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich normiert, gilt entsprechend etwa für Art. 6, 9, aber auch Art. 5 Abs. 1 GG.⁶² Für solche Grundrechte hat das BVerfG eine „funktionsgerechte Grundrechtsausgestaltung“ gefordert.⁶³ Was dies bedeutet, hängt weniger von der Funktion „der“ Grundrechte als vielmehr von derjenigen des jeweiligen Einzelgrundrechts ab. Deshalb lassen sich darüber hier wenig allgemeine Aussagen treffen. Für sämtliche Grundrechte ist allerdings anerkannt, dass ein Anspruch auf grundrechtsadäquate Verwaltungsorganisation und -verfahren besteht.⁶⁴ Beide müssen darauf ausgerichtet sein, Grundrechtsdurchsetzung und Grundrechtsschutz zu verwirklichen und nicht etwa zu verhindern. Dies begründet eine Vielzahl unterschiedlicher Anforderungen an Organisation, Personal und Verfahren der jeweiligen staatlichen Stellen, welche nicht nur nach der Art des jeweils involvierten Freiheitsrechts, sondern daneben auch nach der Art des jeweiligen Verfah-

rens im Einzelfall erheblich variieren können.⁶⁵ Fest steht jedenfalls: Wo und wenn diese prozeduralen Anforderungen verwirklicht sind, hat jeder Grundrechtsträger einen Teilhabeanspruch daran.⁶⁶ Hier seien zwei subjektive Rechte besonders hervorgehoben.

a) Da ist zunächst der Anspruch auf *Grundrechtsberücksichtigung*.⁶⁷ Wo Freiheitsrechte in einem Verfahren Relevanz erlangen können, hat jeder potentiell betroffene Grundrechtsträger einen Anspruch darauf, seine Rechtspositionen in das Verfahren einbringen zu können. Entweder muss die Berücksichtigung seiner Rechtspositionen durch die entscheidende Stelle – Behörde, Gericht – von Amts wegen erfolgen. Oder aber der Berechtigte muss die verfahrensrechtliche Position erlangen, seine Rechte selbst in das Verfahren einbringen zu können. Hierzu muss ihm – ggf. auch über den Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 1 GG hinaus – Gehör gewährt werden. Daraus folgt das Gebot der Offenheit von Verfahren für potentiell entscheidungserhebliche Freiheitsrechte. Diese Offenheit darf insbesondere nicht aus Gründen der Verfahrensökonomie ausgeschlossen werden, weil etwa nur Verfahrensbeteiligte zugelassen werden oder aber Zeitdruck eine Berücksichtigung der betroffenen Rechtspositionen nicht zulasse. Wessen Grundrechte betroffen sein können, der ist zuzulassen – notfalls über den Kreis der formell Beteiligten hinaus. Voraussetzungen des Berücksichtigungsanspruchs sind:

(1) Stattfinden eines staatlichen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens,⁶⁸ in welchem Verfahrenshandlungen oder das Ergebnis Freiheitsrechte berühren kann,

(2) Berechtigung einer Person aus diesem Recht,

(3) Potentielle Berührung dieser individuellen Rechtsstellung im einzelnen Verfahren: Bei einem Versammlungsverbot sind nicht sämtliche Träger der Versammlungsfreiheit (also: alle Deutschen), sondern nur Veranstalter, Organisatoren u.ä. der konkreten Versammlung berücksichtigungsfähig.

Der Berücksichtigungsanspruch ist inhaltlich neutral: Er ist allen potentiell betroffenen Grundrechtsträgern gleichermaßen zu gewähren. Differenzierungen müssen ihrerseits grundrechtskonform sein. So wäre es grundsätzlich etwa zulässig, für die Geltendmachung grundrechtlicher Ansprüche angemessene Formen⁶⁹ oder Fristen zu setzen.⁷⁰ Ungeachtet der Tat-

⁶⁵ So lässt sich etwa die Forderung nach bestmöglicher Grundrechtsverwirklichung im Einzelfall nur realisieren, wenn es nicht in die Abwägung zwischen zwei kollidierenden Grundrechtspositionen geht. In einem solchen Falle wäre in jedem Falle nur ein Grundrecht auf Kosten des jeweils anderen bestmöglich zu verwirklichen.

⁶⁶ Dazu o. 2.

⁶⁷ Ganz grundsätzlich Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, 2000.

⁶⁸ Für die Legislative müssen wegen der potentiell völlig unübersehbaren Zahl von Betroffenen (s. etwa Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) Sonderregelungen gelten.

⁶⁹ Dies kann etwa Schriftform oder mündliche Formen, das Recht auf persönliche Anhörung oder auch die Zulässigkeit oder Notwendigkeit der Beiziehung von Bevollmächtigten betreffen, soweit dadurch dem Grundrechtsschutz keine unzumutbaren Hürden gesetzt werden. Für Massenverfahren kön-

⁶⁰ BVerfGE 49, 244 (247 ff.); 68, 361 (370).

⁶¹ Etwa BVerfGE 50, 290.

⁶² Dazu näher etwa Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1983, S. 27 ff., 50 ff.

⁶³ Dazu näher Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; Gellermann, Grundrechte in einfach-gesetzlichem Gewande, 2000.

⁶⁴ Schmidt-Aßmann, in: Merten/Papier (Fn. 2), S. 993 ff.

sache, dass der Grundrechtsschutz nicht verjährt, ist auch die zeitliche Begrenzung seiner Berücksichtigung einschließlich eines möglichen Ausschlusses bei Fristversäumnis nicht grundsätzlich ausgeschlossen.⁷¹

Der Berücksichtigungsanspruch garantiert den Grundrechtsträgern insbesondere, dass ihre *Rechte und deren Betroffenheit im Einzelfall in das Verfahren eingebracht werden* können. Dazu zählt namentlich die *Information der entscheidenden Behörde* oder des Gerichts über die Tatsache, dass eine Person durch das Verfahren oder die Entscheidung in ihren Grundrechten betroffen sein könnte, welches Recht dies sei und worin die Betroffenheit im Einzelfall liegen kann. Diese Informationen sind von der entscheidenden Stelle *zur Kenntnis zu nehmen und in das jeweilige Verfahren einzuführen*. Sie müssen also zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden und dürfen nicht bloß abgelegt werden. Ein individueller Auskunfts- oder Begründungsanspruch des Betroffenen darüber, ob und wie seine Rechtspositionen in das Verfahren eingeflossen sind, wird demgegenüber aus den Grundrechten selbst wohl nicht herzuleiten sein. Alle diese Verfahrensgarantien sind gesetzlicher Ausgestaltung zugänglich, vielfach ist dies auch in besonderen Verfahrensgesetzen oder subsidiär in den VwVfGen von Bund und Ländern geschehen.

b) Da ist zudem der Anspruch auf *Grundrechtsabwägung*. Soweit im Verfahren ein Grundrecht mit einem anderen öffentlichen oder privaten Belang kollidieren kann, ist eine Abwägungsentscheidung erforderlich. Deren Ziel wird im Sinne der Herstellung „praktischer Konkordanz“ vielfach so beschrieben, dass beide kollidierenden Interessen miteinander zu einem bestmöglichen schonendsten Ausgleich gebracht werden müssen.⁷² Es geht also nicht um ein „Entweder – Oder“, sondern vielmehr um ein „Sowohl – als auch“. Garantiert und damit rechtlich geboten sind Meinungsfreiheit und Ehrenschutz,⁷³ öffentliche Sicherheit und Datenschutz,⁷⁴ Versorgungssicherheit mit Energie und technische Sicherheit zum Schutz von Leben und Gesundheit der Bürger.⁷⁵ Der Abwägungsanspruch stellt sich als Fortsetzung des Berücksichtigungsanspruchs dar. Er umfasst zwei Dimensionen: In verfahrensrechtlicher Hinsicht, dass überhaupt eine Abwägung

nen zudem besondere Regelungen getroffen werden, wenn es faktisch ausgeschlossen ist, alle potentiell Betroffenen einzu beziehen.

⁷⁰ S. etwa BVerfGE 47, 146 (164 ff.); 60, 253 (266 ff.); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 4), Art. 103 Rn. 122 ff.

⁷¹ Zur Verfassungsmäßigkeit von Präklusionsnormen BVerfGE 69, 145 (149); 75, 302 (315); 81, 97 (105).

⁷² Klassisch *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff.

⁷³ Zu den schwierigen Abwägungsfragen und den (früher) unterschiedlichen Konzepten von BVerfG und EGMR *Hochhuth*, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, 2007.

⁷⁴ Eingehend dazu *Petri*, in: Liskan/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, H Rn. 1 ff.

⁷⁵ BVerfGE 89, 140, am Beispiel der Nutzung der Atomenergie.

stattfindet; in materiell-rechtlicher Hinsicht, dass die Abwägung fehlerfrei vorgenommen wird.

Verfahrensrechtlich sind alle potentiell erheblichen Belange in die Abwägung einzustellen. Die bekannten und relevanten Informationen sind daher vollständig zur Grundlage der Entscheidung zu machen. Die Abwägung hat sich auf alle Belange zu erstrecken, welche berücksichtigungsfähig sind. Ausgeschlossen werden dürfen nur Rechtspositionen, welche nicht in zulässiger Form oder innerhalb einer zulässigerweise gesetzten Frist in das Verfahren eingeführt worden sind. Sie müssen von der entscheidenden Instanz als Basis ihrer Entscheidung herangezogen, bewertet und in die Abwägung eingestellt werden. Dabei können in Einzelfällen verfassungsunmittelbare Dokumentations- oder Begründungspflichten entstehen.⁷⁶

Materiell-rechtlich muss die Abwägung fehlerfrei sein. Grundlage hierfür ist eine *zutreffende Gewichtung* der einzelnen Rechtspositionen, deren Bedeutung jedenfalls nicht völlig verkannt werden darf.⁷⁷ Sodann sind sie vor dem Hintergrund des jeweiligen Abwägungsmaßstabes zueinander in das Verhältnis zu setzen. Dabei geht es namentlich um die Bestimmung von Vor- und Nachrangigkeit im Einzelfall. Die Abwägung ist also nicht abstrakt („die“ Meinungsfreiheit gegen „die“ Ehre), sondern konkret vorzunehmen (die Meinungsfreiheit des A gegen die Ehre des B anhand der konkreten Meinungsäußerungen und ihrer konkreten Wirkung auf die Ehre des Betroffenen).⁷⁸ Auf den abstrakten Wert der kollidierenden Rechtspositionen kommt es dabei allenfalls subsidiär nicht an.⁷⁹ Als Abwägungsmaßstab kommt namentlich das im Einzelfall anwendbare, verfassungsgemäße Gesetz in Betracht, das zu diesem Zweck seinerseits grundrechtskonform auszulegen ist. Der Anspruch auf fehlerfreie Abwägung impliziert damit einen *Anspruch auf grundrechtskonforme Gesetzesauslegung*.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund darf weder der Rang der einzelnen Garantie noch deren sich aus dem konkreten Maßstab ergebendes Verhältnis zueinander verkannt werden.⁸¹

⁷⁶ Zur Gefahr im Verzug i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG s. BVerfGE 103, 142 (153 ff.); NVwZ 2006, 926.

⁷⁷ BVerfGE 17, 198 (208); 10, 118 (121); 20, 56 (97); 59, 172 (210); 32, 311 (317); weit. Nachw. bei *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht III/2, 1994, § 84 IV 5 a).

⁷⁸ S. etwa BVerfGE 35, 202 (224 f.); 85, 1 (16); 86, 122 (129 f.).

⁷⁹ Ganz ausgeschlossen kann er allerdings nicht sein, wenn das BVerfG etwa in einem konkreten Einzelfall zur Filmkritik auf die „schlechthin konstituierende“ Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie hinweist; s. BVerfGE 7, 198 (208).

⁸⁰ *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 84 ff., ordnen diesen Anspruch der Schutzfunktion der Grundrechte zu. Möglicherweise deutet dies darauf hin, dass die hier beschriebene Variante der verfassungskonformen bzw. verfassungssystematischen Gesetzesauslegung über die einzelnen subjektiv-rechtlichen Grundrechtspositionen hinaus allgemeine Geltung beanspruchen kann.

⁸¹ Beispiel: BVerfGE 7, 198 (208); 35, 202 (271 f.); 71, 206 (219 f.).

Obwohl diese Ansprüche in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelt worden sind, gelten sie nicht nur vor diesem, sondern in allen staatlichen Verfahren und Entscheidungen. Wenn das BVerfG seinen Prüfungsmaßstab demgegenüber partiell zurücknimmt,⁸² so ist dies nicht Ausdruck einer nur eingeschränkten Anerkennung jener Ansprüche. Es ist vielmehr demgegenüber eine Konsequenz der nur subsidiären verfassungsgerichtlichen Überprüfung fachbehördlicher bzw. -gerichtlicher Entscheidungen. Hier geht es also nicht um materiell-rechtliche Probleme des „Ob“ der genannten Ansprüche, sondern allein um kompetenzrechtliche Fragen ihrer gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung.

IV. Zusammenfassung

Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes weisen sowohl objektiv-rechtliche als auch subjektiv-rechtliche Komponenten auf. Die hier untersuchte Frage nach grundrechtlichen Ansprüchen ergab

- Unterlassungsansprüche,
- Aufhebungsansprüche,
- Beseitigungsansprüche,
- Schutzansprüche,
- Teilhabeansprüche,
- Berücksichtigungsansprüche,
- Abwägungsansprüche.

Demgegenüber ließen sich Entschädigungs- und Leistungsansprüche zum gegenwärtigen Zeitpunkt (noch) nicht aufweisen. Doch ist hier die Entwicklung gewiss noch nicht abgeschlossen und namentlich unter dem Einfluss einer weiteren Europäisierung der Rechtsordnung im Fluss.

Hier sind nur Ansprüche untersucht worden, welche für mehrere oder im Idealfall alle Freiheitsrechte Geltung beanspruchen können, um gleichsam einen „Allgemeinen Teil“ von grundrechtlichen Ansprüchen zu ermitteln. Darüber hinaus können sich aus einzelnen Grundrechten besondere Ansprüche ergeben, welche nur für einzelne oder gar nur ein einziges Grundrecht Anwendung finden können. Das Grundgesetz kennt eben weder „den“ Grundrechtsschutz noch „das“ Grundrecht, sondern spezielle Grundrechtsgarantien mit speziellen Inhalten, aus denen allgemeine Ansätze destilliert werden können. Der Schluss geht vom Besonderen zum Allgemeinen – allein Letzteres betrafen diese Ausführungen.

⁸² Etwa in Formeln die „offensichtliche Verkennung“ des Ranges einer Garantie oder „objektive Willkür“ bei der Rechtsanwendung.

Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand

Von Rechtsanwalt **Stefan Grotz**, Balingen*

I. Einleitung

Insbesondere unter dem Eindruck des Dopingskandals um Jan Ullrich und den spanischen Arzt Fuentes¹ verabschiedete der Deutsche Bundestag am 5.7.2007 mit den Stimmen der Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport, das am 1.11.2007 in Kraft getreten ist. Neben Änderungen der Ermittlungsbefugnisse und Strafverschärfungen für banden- und gewerbsmäßige Dopingstraftaten nach dem AMG führte die Bundesregierung mit § 6a Abs. 2a S. 1 AMG folgende Regelung ein: „Es ist verboten, Arzneimittel, die im Anhang zu diesem Gesetz genannte Stoffe sind oder enthalten, in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport zu besitzen, sofern das Doping bei Menschen erfolgen soll.“ Das Verbot wurde in § 95 Abs. 1 Nr. 2b AMG strafbewehrt. Der Strafrahmen umfasst Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.² Nachfolgend wird anhand der Rechtsprechung des BVerfG und der Strafrechtslehre sowie unter besonderer Berücksichtigung des sportrechtlichen Schrifttums geprüft, ob das Dopingmittelbesitzverbot verfassungsgemäß ist.

II. Limitierte Strafbefugnis des Bundesgesetzgebers

Das Recht des Staates zur Unterstrafstellung von Verhaltensweisen (*ius puniendi*) wird in der Bundesrepublik Deutschland durch das in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip begrenzt. Strafnormen müssen daher formell und materiell im Einklang mit dem GG und dessen Grundentscheidungen sowie den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen stehen.³ Die Einhaltung dieser verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen werden vom BVerfG anlässlich von Verfassungsbeschwerden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), abstrakten Normkontrollen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) oder konkreten Normenkontrollen (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) überprüft.

III. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Vor der Föderalismusreform im Jahre 2006 besaß der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG a.F. nur die Kompetenz zur Regelung des Arzneimittelverkehrs. Ein Recht zur Pönalisierung des Dopingmittelbesitzes im AMG wurde ihm abge-

sprochen.⁴ Nunmehr gehört nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG n.F. das gesamte Recht der Arzneien,⁵ also auch die Regelung des Arzneimittelbesitzes, zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes. Mit Erlass der §§ 95 Abs. 1 Nr. 2b, 6a Abs. 2a AMG hat dieser von seiner Kernkompetenz nach Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht.⁶

IV. Strafrecht als Rechtsgüterschutz

Nach h.M. ist es die primäre Aufgabe des Strafrechts, Rechtsgüter vor deren Gefährdung oder Verletzung zu schützen.⁷ Mit dem Erlass des Dopingmittelbesitzverbotes bezweckte der Gesetzgeber den Schutz der Volksgesundheit und der Sicherheit des Arzneimittelverkehrs.⁸ Fragwürdig ist, ob der Schutz dieser Universalrechtsgüter das gesetzgeberische Handeln legitimieren kann. Der Begriff des Rechtsguts ist im Strafrecht ebenso umstritten wie die Frage, ob diesem eine die Strafgewalt des Gesetzgebers einschränkende Funktion zukommen kann.⁹

Z.T. wird unter einem Rechtsgut ein Lebensgut, Sozialwert oder rechtlich anerkanntes Interesse verstanden, das wegen seiner besonderen Bedeutung für die Gesellschaft Rechtsschutz genießt.¹⁰ In dieser funktionellen Verwendung, als ein dem Strafrecht systemimmanenter Begriff, ist er Mittel der teleologischen Auslegung des positiven Strafrechts und ungeeignet, der staatlichen Strafgewalt Grenzen zu ziehen.

Um eine solche Begrenzung bemühen sich u.a. die Vertreter der systemkritischen Rechtsgutslehren. Gemeinsam ist ihren Theorien der Versuch, einen Maßstab für die Trennung der strafrechtsschutzwürdigen Güter von den nichtstrafrechtsschutzwürdigen Gütern zu benennen.

Bei den monistisch-personalen Rechtsgutslehren steht das Individuum im Mittelpunkt. Durch dessen Einbindung in die

* Der Autor ist Doktorand an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen bei Prof. Dr. Martin Heger, Humboldt-Universität Berlin.

¹ Der Spiegel 27/2006, S. 150 f.; 28/2006, S. 138 ff.; 42/2006, S. 46 ff. Zum Fall Ullrich aus jur. Sicht Mertens, SpuRt 2006, 177.

² Siehe zum Gesetzestext BGBl. 2007 I, S. 2510 ff.; BT-Drs. 16/5526, S. 5 f.

³ Vgl. BVerfGE 51, 60 (74); 80, 244 (255); 90, 145 (173); Eser, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 77. Aufl. 2006, Vorbem § 1 Rn. 27 ff.; Lackner/Kühl, Strafrecht, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 3.

⁴ So Dury, in: Crezelius/Hirte/Vieweg (Hrsg.), Festschrift für Volker Röhrich, 2005, S. 1097 ff. (1100); Prokop, SpuRt 2006, 192 (193).

⁵ Vgl. BT-Drs. 16/813, S. 13; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 74 Rn. 87.

⁶ Ebenso Hauptmann/Rübenstahl, HRRS 2007, 143 (144).

⁷ Vgl. für die h.M. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1; Kudlich, JA 2007, 90. A.A. z.B. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 2/2.

⁸ Vgl. BT-Drs. 15/5526, S. 1, 8 f. Hingegen sieht Kargl, NStZ 2007, 489 (490, 494 f.) das Sportethos oder die Glaubwürdigkeit des Sports und König, JA 2008, 573 (574 ff.), ergänzend zum Gesundheitsschutz, die Chancengleichheit als geschützte Rechtsgüter an.

⁹ Vgl. Pragal, ZIS 2006, 63; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), Vorbem §§ 13 ff. Rn. 10; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 7, halten alle bisherigen Versuche, den Rechtsgutsbegriff zu definieren, für gescheitert.

¹⁰ So z.B. Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 7.

Gesellschaft könne dieses seine Interessen und Güter aber nur in Verbindung mit sozialen und staatlichen Institutionen verwirklichen und erhalten. Diese Institutionen dürften als Universalrechtsgüter strafrechtlich nur geschützt werden, wenn sie – im vermittelten Verhältnis – auch Interessen der Person seien.¹¹

Einen der personalen Rechtsgutslehre eng verwandten und verfassungsrechtlich geprägten Rechtsgutsbegriff vertreten z.B. *Roxin* und *Rudolphi*, die unter einem Rechtsgut alle Gegebenheiten verstehen, welche für eine freie Entfaltung des Einzelnen, die Realisierung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden Staatesystems notwendig sind.¹²

Hingegen erkennen die Vertreter der dualistischen Rechtsgutslehre die Universal- neben den Individualrechtsgütern als eine originäre und gleichwertige Unterart von Rechtsgütern an.¹³ Nach ihnen darf der Staat jedoch aufgrund der personalen Ausgestaltung des GG nicht kollektive Universalrechtsgüter konstruieren, sofern durch diese nur der unmittelbare Schutz eines Individualrechtsguts erreicht wird.¹⁴

Abweichend von diesen Lehren gesteht *Schünemann* dem Rechtsgutsbegriff eine systemimmanente und zugleich -kritische Funktion zu. Der Rechtsgutsbegriff biete bei der einfachen Normauslegung die Möglichkeit, den Strafbarkeitsbereich angemessen einzuschränken, ohne zugleich zum Maßstab der Verfassungsmäßigkeit selbst zu werden. Die Strafgewalt des Staates beschränke sich bei Universalrechtsgütern auf die von allen geteilten und für das soziale Zusammenleben notwendigen Güter.¹⁵

¹¹ Vgl. *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 132 ff., 138; *Hassemer*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie, Die Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel*, 2003, S. 57. Zur Kritik an der personalen Rechtsgutslehre vgl. den Überblick bei *Neumann*, in: ders./Prittitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung“ im Strafrecht, 2007, S. 85 ff. (90 ff.).

¹² *Roxin* (Fn. 7), § 2 Rn. 7; *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. und teilweise 8. Aufl., 111. Lieferung, Stand: November 2007, Vor § 1 Rn. 5 ff. Zustimmend wohl *Pragal*, ZIS 2006, 63 (63 f.). Kritisch zu *Roxin* z.B. *Stächelin*, in: Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, Bd. 1: Legitimationen, 1998, S. 239 ff. (243 f.).

¹³ *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, S. 113 ff., 119 f.; *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 73 ff.; *ders.*, GA 2002, 20 (24); *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 13. Zur Kritik an der dualistischen Rechtsgutslehre vgl. *Hassemer/Neumann* (Fn. 11), Vor § 1 Rn. 130.

¹⁴ So z.B. *Hefendehl* (Fn. 13), S. 142 f.

¹⁵ Vgl. *Schünemann*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Fn. 11), S. 133 ff. (137 ff., 149 ff.); *ders.*, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen*, S. 15 ff. (24 ff.). Zur Kritik an *Schünemann* siehe

Im Gegensatz zu den meisten systemkritischen Rechtsgutslehren basiert der Rechtsgutsbegriff des BVerfG nicht auf den liberalen Traditionen der Strafrechtslehre. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zählen zu den strafrechtsschutzwürdigen Gütern die elementaren Werte eines geordneten Gemeinschaftslebens, jedenfalls die zur grundgesetzlichen Wertordnung selbst gehörenden Werte. Insoweit scheiden letztlich nur nach der Verfassung unzulässige Gemeinwohlinteressen als schützenswerte Rechtsgüter aus.¹⁶ Im Ergebnis kongruieren damit die Ansichten von *Lagodny* und *Appel*. Beide sehen das *ius puniendi* durch die Grundrechte beschränkt, welche im modernen Verfassungsstaat an die Stelle des Rechtsgutsbegriffs getreten seien.¹⁷

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur soll die Volksgesundheit als staatliches Interesse an der Entfaltung eines gesunden Bürgerstandes und einer lebensfähigen Gesellschaft, mithin also die Funktionsfähigkeit des Staates selbst ein strafrechtsschutzwürdiges Gut darstellen.¹⁸

Hiergegen wird eingewandt, dass ein so verstandener Begriff der Volksgesundheit dazu prädestiniert sei, nicht nur diese selbst zu schützen, sondern darüber hinaus auch das soziale Zusammenleben umfassend zu regeln.¹⁹ Er würde sich insoweit zur lückenlosen Pönalisierung im Vorfeld des Dopingmittelkonsums eignen.²⁰ Das Rechtsgut der Volksgesundheit würde dann seinen die Strafgewalt des Gesetzgebers begrenzenden Charakter verlieren und sich zur positiven Aufforderung an diesen wandeln, missliebige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Doping unter Strafe zu stellen.²¹ Auf-

Fiolka, *Das Rechtsgut*, Bd. 1, Allgemeiner Teil: Das Rechtsgut, 2006, S. 254 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 88, 203 (257); 90, 145 (175, 184). Nach *Vogel*, StV 1996, 110 (111) Fn. 16, folgt das BVerfG der dualistischen Rechtsgutslehre. Für *Marlie*, ZJS 2008, 41 Fn. 7, aber ist der Rechtsgüterschutz für das BVerfG kein Rechtmäßigkeitskriterium.

¹⁷ *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 206 f., 328 ff., 387 ff., 390; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 138 ff., 290 ff., 533 f.; *ders.*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Fn. 11), S. 83 ff. (85 ff.). Zur Kritik an *Lagodny* und *Appels* Position siehe z.B. *Hesel*, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen des modernen Strafrechts*, 2004, S. 178 ff.

¹⁸ So *Beulke/Schröder*, NStZ 91, 393 (394). Vgl. z.B. auch BVerfGE 20, 283 (295); 90, 145 (174 ff.); BGH NStZ 1991, 392; *Rudolphi*, JZ 1991, 572 (573 f.); *Hauptmann/Rübenstahl*, HRRS 2007, 143 (146 f.).

¹⁹ Nach BVerfG 90, 145 (174 ff., 182) ist die Pönalisierung von nicht gesundheitsgefährdenden Verhaltensweisen zum Schutz der Volksgesundheit zulässig; kritisch hierzu *Schünemann*, in: ders. u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, S. 25 ff. (27 ff.).

²⁰ So *Hassemer*, *Freiheitliches Strafrecht*, 2001, S. 221 ff. Vgl. *Anastasopoulou*, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, S. 271 f.; *Haas*, *Der Schutz der öffentlichen Gesundheit durch das Betäubungsmittelrecht*, 2001, S. 102 f.

²¹ *Hassemer* (Fn. 20), S. 221 ff., 224. Entsprechend zum BtMG *Haas* (Fn. 20), S. 103.

grund seiner Konturenlosigkeit wird das Rechtsgut der Volksgesundheit daher z.T. auch als völlig vage und inhaltsleer bezeichnet.²²

Ein erheblicher Teil des strafrechtlichen Schrifttums sieht deshalb in der Volksgesundheit nur die Summe der Gesundheit der Einzelnen. Ihr strafrechtlicher Schutz sei also der Schutz der individuellen Gesundheit. Das Recht des Einzelnen zur freiverantwortlichen Gefährdung und Verletzung seiner Gesundheit könne jedoch grundsätzlich nicht mit den Mitteln des Strafrechts verboten werden.²³ So berechtigt diese Argumente gegen ein Rechtsgut der Volksgesundheit m.E. auch sind, so sicher wird es zumindest einer Überprüfung durch das BVerfG standhalten.

Dagegen handelt es sich bei der Sicherheit des Arzneimittelverkehrs um ein anerkanntes Rechtsgut, welches mithilfe des Strafrechts geschützt werden darf.²⁴

V. Grundrechtseingriffe durch das Dopingmittelbesitzverbot

Nachfolgend wird untersucht, ob das Dopingmittelbesitzverbot die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt bzw. ob es gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) verstößt.

1. Verletzung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Das in § 6a Abs. 2a AMG neu normierte Verbot des Besitzes von Arzneimitteln in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport könnte die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) von Berufssportlern verletzen.

a) Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

Die in Art. 12 Abs. 1 GG statuierte Berufsfreiheit gewährt allen Deutschen das Recht, ihren Beruf, Arbeitsplatz und ihre Ausbildungsstätte frei zu wählen sowie ihren Beruf frei auszuüben. Als Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zu verstehen, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.²⁵

Somit genießen Sportler, die ihren Lebensunterhalt aus regelmäßigen Einkünften, wie z.B. aus einem Arbeitsvertrag

mit einem Sportverein oder einem Sponsoringvertrag bestreiten, den Schutz von Art. 12 Abs. 1 GG.²⁶ Können sie hingegen vom Sport alleine nicht leben, wird ihre Sportausübung immer dann zum Beruf, wenn die Einkünfte aus ihr zur Schaffung einer Lebensgrundlage geeignet sind.²⁷ Auch werden Sportler, die sich auf den Berufssport vorbereiten, durch die Berufswahlfreiheit geschützt.²⁸

b) Eingriff in den Schutzbereich

In den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kann durch Einschränkung der Berufswahl mittels objektiver und subjektiver Zulassungsvoraussetzungen oder durch eine Berufsausübungsregelung eingegriffen werden.²⁹

Fragwürdig ist, ob § 6a Abs. 2a AMG eine schutzbereichsverletzende Qualität zukommt. Das Verbot zielt nicht unmittelbar auf die Berufsausübung, sondern auf den Dopingmittelhandel. Die berufsneutrale Zielrichtung des Verbotes kann den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nur dann verletzen, wenn seine mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht sind.³⁰ Durch § 6a Abs. 2a AMG wird Berufssportlern weder der Besitz geringer Mengen an Dopingmitteln noch das Eigendoping verboten. Dem Besitzverbot wohnt deshalb keine objektiv berufsregelnde Tendenz inne, den Schutzbereich verletzt es nicht. Ebenso wenig wird der Zugang zum Beruf des Sportlers durch § 6a Abs. 2a AMG beschränkt, sodass auch ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit angehender Sportler ausscheidet. Die Berufsfreiheit wird also durch § 6a Abs. 2a AMG nicht verletzt.

2. Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Mit dem strafbewehrten Verbot des Besitzes nicht geringer Mengen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport könnte der Gesetzgeber die allgemeine Handlungsfreiheit verletzen.

a) Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt nach h.M. jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt. Sie umfasst u.a. die Sportausübung des Ein-

²² Vgl. Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2007, Einleitung, §§ 1 bis 31 Rn. 4; Nestler, in: Kreuzer (Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, 1998, § 11 Rn. 20, 232.

²³ So Momsen-Pflanz, Die sportethische und strafrechtliche Bedeutung des Dopings, 2005, S. 70 f. Vgl. auch Hesel (Fn. 17), S. 275 f.; Schünemann (Fn. 15), S. 146 f.; Hefendehl (Fn. 13), S. 140 ff.; Roxin (Fn. 7), § 2 Rn. 46; Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner Gefährdungsdelikte“, 2000, S. 191 f. A.A. z.B. Hauptmann/Rübenstahl HRRS 2007, 143 (144 f.) und im Grundsatz auch Jahn, GA 2007, 579 (583 f.) und Kudlich, JA 2007, 90 (93).

²⁴ Vgl. § 1 AMG; Hauptmann/Rübenstahl, HRRS 2007, 143 (146).

²⁵ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); Bauer, Kultur und Sport im Bundesverfassungsrecht, 1999, S. 265 f.

²⁶ Vgl. Krogmann, Grundrechte im Sport, 1998, S. 36 ff.; Steiner, in: Röhrich/Vieweg (Hrsg.), Doping-Forum, 2000, S. 125 (129).

²⁷ So Krogmann (Fn. 26), S. 40. Enger Fritzweiler/von Coelln, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 2. Aufl. 2007, 1/16; Seegerer, Wirkung der Grundrechte zwischen Sportlern, Sportvereinigungen und Staat, 1999, S. 134.

²⁸ Vgl. allgem. Steiner (Fn. 26), S. 129 f.

²⁹ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 23. Aufl. 2007, Rn. 825 ff.

³⁰ Vgl. BVerfGE 98, 218 (258 f.); 111, 191 (213); Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2007, vor Art. 1 Rn. 29, Art. 12 Rn. 13a; Tettinger/Mann, in: Sachs (Fn. 5), Art. 12 Rn. 72 ff. A.A. z.B. BVerfGE 109, 64 (84 f.); Nolte/Tams, JuS 2006, 31 (34).

zelenen, das selbstschädigende Eigendoping³¹ und auch den Dopingmittelbesitz.

b) Eingriff in den Schutzbereich

Durch § 6a Abs. 2a AMG wird ursächlich ein Verhalten verboten, das vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit erfasst wird. Es liegt also ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG vor.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die allgemeine Handlungsfreiheit findet ihre Grenzen an der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG, d.h. an der verfassungsmäßigen Ordnung, den Rechten anderer und dem Sittengesetz.³² Gegenüber dem Gesetzgeber genießt nur der Kernbereich absoluten Schutz, zu welchem der Dopingmittelbesitz nicht gehört. In Betracht kommt die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung, die aus der Gesamtheit aller formell und materiell verfassungsmäßigen Normen besteht.³³ Das Besitzverbot muss deshalb einem legitimen Zweck dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

aa) Legitimer Zweck

§ 6a Abs. 2a AMG schützt die Sicherheit des Arzneimittelverkehrs und die Volksgesundheit. Er dient daher anerkannten Belangen der Gemeinschaft, also einem legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Der Grundsatz der Geeignetheit gebietet dem Gesetzgeber nur solche Gesetze zu erlassen, die den angestrebten Rechtsgüterschutz fördern. Das setzt u.a. voraus, dass die zu pönalisierende Verhaltensweise das zu schützende Rechtsgut empirisch nachweisbar gefährdet oder verletzt.³⁴ Ungeeignet ist ein Strafgesetz dann, wenn mit seiner Hilfe der angestrebte Zweck schlechthin nicht gefördert wird. Für ihre Prognose steht der Legislative eine weite Einschätzungsprärogative zu. Ihre Entscheidung muss aber auf einer möglichst exakten Tatsachenermittlung, z.B. unter Heranziehung der Rechtswissenschaft und dem Abhalten von Hearings, basieren.³⁵

(1) Umfang der Dopingproblematik

Im Jahr 2005 überführte die Nationale Antidopingagentur (NADA) bei insgesamt 8.671 Kontrollen 67 Sportler des

Dopings.³⁶ Diverse Studien weisen auf eine weit größere Dopingprävalenz hin.

So ergab eine internetgestützte Befragung, dass sich bis zu 48,1% der Kaderathleten des Deutschen Sportbundes schon einmal gedopt hatten.³⁷ Außerhalb des organisierten Sports ergaben Untersuchungen in Fitnessstudios z.B. einen Medikamentenabusus zu Dopingzwecken zwischen 13,5%³⁸ und 22%, weshalb Schätzungen von bis zu 300.000 dopenden Sportlern in deutschen Fitnessstudios ausgehen.³⁹

(2) Gesundheitsrisiken des Dopings

Die mannigfaltigen Gesundheitsgefahren des Dopings variieren je nach den eingesetzten Wirkstoffen oder Methoden. Z.B. werden infolge des Dopings mit Anabolika u.a. Leberschädigungen, bei Männern Gynäkomastie und bei Jugendlichen ein vorzeitiger Wachstumsstopp beschrieben.⁴⁰ Das leistungssteigernde Medikament Erythropoetin (EPO) erhöht hingegen das Risiko einer Thrombembolie.⁴¹ Dagegen dürfte Gendoping (Zelldoping) in dieser Dekade keine reale Gefahr mehr darstellen.⁴² Die gesundheitlichen Risiken werden häufig durch eine überdosierte und/oder kombinierte Einnahme von Dopingmitteln sowie mangelnde ärztliche Kontrolle gesteigert.⁴³ Zahlreiche mit Doping in Zusammenhang gebrachte Todesfälle und die irreversible Virilisierung von Athletinnen lassen zudem gravierende Spätfolgen vermuten.⁴⁴

(3) Gefährdung der geschützten Rechtsgüter

Eine erhebliche Gefährdung der Volksgesundheit durch Doping wird z.T. bestritten.⁴⁵ Zur Volksgesundheit zählt nach

³¹ Siehe Lenz, Die Verfassungsmäßigkeit von Anti-Doping-Bestimmungen, 2000, S. 116.

³² Vgl. BVerfGE 80, 137 (152 f.); 90, 145 (171 f.); Bauer (Fn. 25), S. 322 f.; Lenz (Fn. 31), S. 116 f.

³³ Siehe BVerfGE 17, 306 (313); 90, 145 (172); Murswiek, in: Sachs (Fn. 5), Art. 2 Rn. 89 f.; Fritzweiler/von Coelln (Fn. 27), 1/10.

³⁴ Vgl. BVerfGE 90, 145 (175 ff.); Günther, JuS 1978, 8 (9 ff.). Z.T. abweichend Appel (Fn. 17), S. 572.

³⁵ Vgl. BVerfGE 90, 145 (172 f.); Stächel, Strafrechtsgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 123 f., 187 ff.; Vogel, in: Kühl (Hrsg.), Juristen-Rechtsphilosophie, 2007, S. 416 ff.

³⁶ Siehe Augustin, in: Nickel/Rous (Hrsg.), Das Anti-Doping-Handbuch, Bd. 1, 2007, S. 80 ff. (85).

³⁷ Vgl. Pitsch/Emrich/Klein, Leipziger Sportwissenschaftliche Beiträge 46 (2005), 63 (71 f.).

³⁸ Vgl. Striegel/Simon/Frisch/Roecker/Dietz/Dickhuth/Ulrich, Drug and Alcohol Dependence 81 (2006), 11 (13 f.).

³⁹ So Boos/Wulff/Kujath/Bruch, in: Müller-Platz (Hrsg.), Leistungsmanipulation, 1999, S. 13 f., 23.

⁴⁰ Siehe Müller-Platz/Boos/Müller, in: Robert Koch-Institut (Hrsg.), Doping beim Freizeit und Breitensport, 2006, S. 20 ff. m.w.N.

⁴¹ Vgl. Clasing, in: Nickel/Rous (Fn. 36), S. 156 ff. (162); Kistler, Todesfälle bei Anabolikamissbrauch, 2006, S. 20.

⁴² Nach Wohlfahrt, in: Hartmann (Hrsg.), Gendoping, 2003, S. 15 ff. (22 f.); Clasing/Müller, Dopingkontrolle, 4. Aufl. 2006, S. 42 f.

⁴³ Vgl. Blasius, DAZ 2002, 994 (1000); Boos/Wulff/Kujath/Bruch (Fn. 39), S. 15 f., 18; Kistler (Fn. 41), S. 10 ff.

⁴⁴ Vgl. Körner, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2007, § 95 AMG Rn. 50, AMG Anhang D II Rn. 92 ff.; Berendonk, Von der Forschung zum Betrug, 1992, S. 255 ff.; König, JA 2007, 573 (574).

⁴⁵ Jahn, in: Vieweg (Hrsg.), Prisma des Sportrechts, 2006, S. 33 ff. (55); ders., ZIS 2006, 57 (61); ders., GA 2007, 579 (583 f.); Fröhmecke, FoR 2003, 52 (53). Enger Kudlich, JA

h.M. nicht nur die Summe der Gesundheit der Einzelnen, sondern das staatliche Interesse an der Erhaltung eines gesunden Bürgerstandes und einer lebensfähigen Gesellschaft, mithin die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft.⁴⁶ Ihre Verletzung nahm das BVerfG z.B. bei geschätzten 0,8 bis 4,0 Mio. Konsumenten von Cannabis und den meist geringen Gesundheitsgefahren infolge des Konsums an.⁴⁷ Angesichts der hohen Dopingprävalenz und den damit verbundenen Gesundheitsrisiken durfte der Gesetzgeber zutreffend von einer erheblichen Gefährdung der Volksgesundheit, wie auch des Arzneimittelverkehrs, durch Doping ausgehen.

Sofern man in der Pönalisierung des zweckfreien Besitzes allgemein ein ungeeignetes und verfassungswidriges Mittel zur Erreichung der angestrebten Strafzwecke sieht, so trifft das auf § 6a Abs. 2a AMG nicht zu, denn der Arzneimittelbesitz wird gerade in Bezug zur künftigen Dopinghandlung gesetzt.⁴⁸

Der Gesetzgeber hat deshalb mit § 6a Abs. 2a AMG ein – zumindest aus generalpräventiver Sicht – zur Eindämmung des Dopinghandels und somit zum Schutz der Volksgesundheit sowie der Sicherheit des Arzneimittelverkehrs geeignetes Gesetz erlassen.⁴⁹

cc) Erforderlichkeit

Das Strafrecht als schärfstes Schwert des Gesetzgebers darf aufgrund seiner Eingriffsintensität immer nur ultima ratio des Rechtsgüterschutzes sein. Die Inkriminierung eines Verhaltens ist dem Strafgesetzgeber nur erlaubt, wenn ihm kein gleich wirksames und die Grundrechte weniger einschränkendes Mittel zur Wahl steht (strafrechtliches Subsidiaritätsprinzip). Das BVerfG überprüft insoweit die vom Gesetzgeber gewählte Lösung aber nicht anhand aller denkbaren anderen Lösungsmöglichkeiten, sondern nur an den in Fachkreisen diskutierten bzw. den von Beschwerdeführern im Rahmen ihrer Verfassungsbeschwerden vorgetragenen.⁵⁰ Maßstab der Prüfung ist dabei u.a. das vor der Pönalisierung geltende Recht.

(1) Die Strafbarkeit des Dopings vor Inkrafttreten der §§ 95 Abs. 1 Nr. 2b, 6a Abs. 2a AMG⁵¹

Verschiedene Verhaltensweisen waren im Zusammenhang mit Doping bereits vor Inkrafttreten der §§ 95 Abs. 1 Nr. 2b, 6a Abs. 2a AMG strafbar.

(a) Tötungs- und Körperverletzungsdelikte beim Selbstdoping

Eine Strafbarkeit des sich freiverantwortlich selbst dopenden Sportlers wegen eines Tötungs- oder Körperverletzungsdeliktes scheidet mangels tauglichen Tatobjekts (eine andere Person) aus. Wegen der Akzessorietät zwischen Haupttat und Teilnahme bleibt eine Beteiligung Dritter straflos. Falls deren Risikoerkenntnis aber diejenige des Sportlers übersteigt, können sie sich durch das Veranlassen, Ermöglichen oder Fördern des Selbstdopings als mittelbare Täter nach §§ 211 ff., 223 ff., 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar machen.⁵²

(b) Tötungs- und Körperverletzungsdelikte beim Fremddoping

Führt das Fremddoping zum Tode des Sportlers, so kommt eine Strafbarkeit der am Doping Mitwirkenden wegen eines Tötungsdeliktes nach §§ 211, 212 StGB in Betracht.⁵³ Sofern eine fahrlässige Tötung nach § 222 StGB vorliegt, wird diese meist in § 227 StGB aufgehen, da das Doping selbst vorsätzlich erfolgen wird.⁵⁴

Beim Fremddoping verwirklicht der das Dopingmittel Applizierende i.d.R. beide Tatbestandsvarianten der Körperverletzung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB. Zum einen liegt grundsätzlich eine körperliche Misshandlung vor, denn das Fremddoping beeinträchtigt das körperliche Wohlbefinden des Sportlers erheblich, sei es z.B. durch Hervorrufen von Schmerzen infolge eines Nadelstichs oder einem temporär beschleunigten Puls. Zum anderen wird durch Fremddoping auch regelmäßig eine Gesundheitsschädigung induziert, die z.B. schon bei einer Veränderung des körperlichen Hormonhaushaltes vorliegt.⁵⁵ Dabei ist die Gesundheitsschädigung auch

2007, 90 (93). A.A. Hauptmann/Rübenstahl, HRRS 2007, 143 (145).

⁴⁶ H.M.: BGHSt 37, 179 (182); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 56 Rn. 2 ff. Vgl. hierzu auch oben IV.

⁴⁷ BVerfGE 90, 145 (178, 181).

⁴⁸ Siehe hierzu Lagodny (Fn. 17), S. 318 ff., 335.

⁴⁹ Krit. zur Geeignetheit eines Besitzverbots für Sportler Steiner, SpuRt 2006, 244.

⁵⁰ Vgl. hierzu BVerfGE 109, 279 (340); Günther, JuS 1978, 8 (11 f.); Stächel (Fn. 35), S. 126 ff.; Vogel, StV 1996, 110 (113 f.).

⁵¹ Zur Strafbarkeit im Zusammenhang mit Tierdoping Ackermann, Strafrechtliche Aspekte des Pferdeleistungssports, 2007, S. 33 ff., 47 ff.; dies., in: Vieweg (Fn. 45), S. 165 ff.; Kerner/Trüg, JuS 2004, 140.

⁵² Rain, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, 1998, S. 30 ff.; Klug, Doping als strafbare Verletzung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit, 1996, S. 97 ff.; Kargl, NStZ 2007, 489 (490 f.). Siehe auch Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2007, § 222 Rn. 29.

⁵³ Vgl. Ulmen, Pharmakologische Manipulationen (Doping) im Leistungssport der DDR, 2000, S. 78 ff.; Linck, MedR 1993, 55 (57 f.); Parzeller, Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin 2001, 162 (163 f.). Enger Kargl, NStZ 2007, 489 (490 Fn. 15).

⁵⁴ Heger, JA 2003, 76 (78).

⁵⁵ Vgl. Ahlers, Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. 1998, S. 29 ff., 38 f.; Klug (Fn. 52), S. 148 ff.; Schild, Sportstrafrecht, 2002, S. 142 f.; Mestwerdt, Doping – Sittenwidrigkeit und staatliches Sanktionsbedürfnis, 1997, S. 68 ff. Siehe auch BGH NStZ 2000, 252 (253).

ohne einen akuten Schadenseintritt schon dann vollendet, wenn in der Applikation des Dopingmittels das Risiko eines sich erst später manifestierenden pathologischen Zustandes angelegt ist.⁵⁶

Wird mit einem Wirkstoff gedopt, der geeignet ist, erhebliche Gesundheitsschäden herbeizuführen, ist die Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB qualifiziert. Injiziert ein Nichtarzt das Dopingmittel, ist der Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, beim Zusammenwirken mehrerer Personen am Doping derjenige des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB und bei einem objektiven lebensgefährdenden Dopingmittel der des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.⁵⁷ Verliert der Sportler seine Fertilität, ist er Opfer einer schweren Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB. Bei gedopten jugendlichen Sportlern kommt der Tatbestand der Misshandlung nach § 225 StGB in Betracht.⁵⁸ Die vorgenannten Delikte können auch z.B. durch Trainer oder Eltern durch Unterlassen begangen werden.⁵⁹

Im Zusammenhang mit Fremddoping wird der das Dopingmittel Verabreichende i.d.R. mit *dolus eventualis* handeln, eine Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB ist aber dann denkbar, wenn er die Gefährlichkeit des Dopingmittels nicht kennt oder falsch taxiert.⁶⁰

Ob eine Einwilligung des Sportlers in seine Verletzung nach § 228 StGB rechtfertigend wirkt, ist fraglich. Während die Einwilligungsfähigkeit volljähriger Sportler i.d.R. vorliegt, wird teilweise bei unter 14-jährigen bzw. älteren minderjährigen Sportlern aufgrund der komplexen Vorgänge beim Doping bzw. noch mangelnder Selbstbehauptung gegenüber Drittinteressen das Fehlen der erforderlichen Urteilsfähigkeit angenommen.⁶¹ Jedoch ist immer auf den individuellen geistigen und psychischen Reifegrad des minderjährigen Sportlers abzustellen.⁶² Eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des einwilligungsunfähigen Sportlers im Hinblick auf das höchstpersönliche Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit ist immer unbeachtlich.⁶³

Zudem muss der Sportler gegenüber dem Täter die Einwilligung vor der Dopinghandlung erklären. Seine Einwilligung leidet z.B. dann an wesentlichen Willensmängeln und ist unwirksam, wenn sie ihm abgenötigt wurde oder bei fehlerhafter Risikoaufklärung.⁶⁴ Insbesondere an die Aufklärungspflichten eines Dopingarztes sind strengere Anforderungen, als an diejenigen beim ärztlichen Heileingriff zu stellen: sie kann nur dann Basis einer mangelfreien Einwilligung sein, wenn sie alle möglichen, auch atypischen Gesundheitsrisiken umfasst.⁶⁵

Die Verfassungsmäßigkeit des § 228 StGB mit der h.M. vorausgesetzt,⁶⁶ rechtfertigt nur eine sittengemäße Einwilligung, welche nicht dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft, die Verletzung des Sportlers. Von verschiedenen dogmatischen Ansätzen⁶⁷ ausgehend wird diesbezüglich eine kontroverse Diskussion geführt.

Angesichts eines umfassenden Rechts des Einzelnen zur Einwilligung in die Verletzung seines Körpers, hält *Kargl* die Einwilligung ins Fremddoping für sittengemäß. Sie tangiere nicht unmittelbar die Freiheitssphären Dritter.⁶⁸ Auch nach a.M. soll die Einwilligung sittengemäß sein, da Doping nur gegen Werte des Sports und nicht gegen solche der Allgemeinheit verstoße bzw. weil die angestrebte Leistungssteigerung an sich keinen sittenwidrigen Zweck darstelle.⁶⁹

Für die h.M. hingegen begründen das Drohen bzw. Herbeiführen erster körperlicher Schäden die Sittenwidrigkeit der Einwilligung. Solche Schäden stellten z.B. Dauerschäden an inneren Organen, eine hervorgerufene Sucht, Verletzungen i.S.d. § 226 StGB oder eine drohende Verletzung infolge eines lebensgefährlichen Eingriffs dar.⁷⁰ Eine starke Mindermeinung will dagegen primär auf den mit der Körperverletzung angestrebten Zweck des Dopings abstellen. Doping sei

⁵⁶ *Reinhart*, in *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 27), 8/111; *Schild* (Fn. 55), S. 143. *Enger Heger*, JA 2003, 76 (78).

⁵⁷ Vgl. *Heger*, JA 2003, 76 (78); *Botke*, in: *Hirsch/Wolter/Brauns* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Kohlmann*, 2003, S. 85 ff. (101); *Reinhart* (Fn. 56), 8/112; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 224 Rn. 1a; *Kargl*, NSTZ 2007, 489 (490).

⁵⁸ *Schild* (Fn. 55), S. 144; *Ahlers* (Fn. 55), S. 187 f.

⁵⁹ Siehe hierzu *Karakaya*, *Doping und Unterlassen als strafbare Körperverletzung*, 2004, S. 81 ff.; *Schild* (Fn. 55), S. 150.

⁶⁰ Siehe hierzu auch *Reinhart* (Fn. 56), 8/121, 123.

⁶¹ *Linck*, NJW 1987, 2545 (2550); *Rain* (Fn. 52), S. 80 ff. *Ahlers* (Fn. 55), S. 120 ff.; *Haas/Prokop*, SpuRt 1997, 56 (58).

⁶² Vgl. *Heger*, JA 2003, 76 (79); *Rain* (Fn. 52), S. 74 ff., 89; *Kühl*, in: *Vieweg* (Hrsg.), *Doping: Realität und Recht*, 1998, S. 77 ff. (81 f.).

⁶³ Vgl. auch *Paeffgen*, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 11), Bd. 2, § 228 Rn. 110. A.A. z.B. *Schild*, in: *ders.* (Hrsg.), *Rechtliche Fragen des Dopings*, 1986, S. 24 f.; *Kohlhaas*, in: *Schroeder/Kauffmann* (Hrsg.), *Sport und Recht*, 1972, S. 55 f. Differenzierend *Müller*, *Doping im Sport als strafbare Gesundheitsbeschädigung* (§§ 223 Abs. 1, 230 StGB)?, 1993, S. 106 f.

⁶⁴ *Reinhart* (Fn. 56), 8/116 f.

⁶⁵ *Horn/Wolters*, in: *Rudolphi u.a.* (Fn. 12), 7. Aufl., 57. Lieferung, Stand: August 2003, § 228 Rn. 23; *Haug*, *Doping*, 2006, S. 186 f.; *Müller* (Fn. 63), S. 93 ff.; *Haas/Prokop*, SpuRt 1997, 56 (58).

⁶⁶ Siehe z.B. BGHSt 49, 34 (41). A.A. wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG z.B. *Schünemann*, in: *ders./Pfeiffer* (Hrsg.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, S. 482 f.; *Paeffgen* (Fn. 63), § 228 Rn. 44 ff. m.w.N. Krit. auch *Schild* (Fn. 55), S. 157.

⁶⁷ Vgl. zur Diskussion um die Kriterien der Sittenwidrigkeit allgem. BGHSt 49, 34 (40 ff.); 166 (170 ff.); *Wessels/Beulke* (Fn. 10), Rn. 377; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 318 f. m.w.N.

⁶⁸ *Kargl*, JZ 2002, 389 (398 f.) und *ders.*, NSTZ 2007, 489 (491), gibt jedoch zu, dass seine Auffassung mit dem Wortlaut des § 228 StGB unvereinbar und Doping de lege lata sittenwidrig sei.

⁶⁹ So z.B. *Summerer*, in *Fritzweiler/Pfister/Summerer* (Fn. 27), 2/246; *Ahlers* (Fn. 55), S. 169 ff., *Botke* (Fn. 57), S. 102 f.; *Horn/Wolters* (Fn. 65), § 228 Rn. 23.

⁷⁰ *Müller* (Fn. 63), S. 109 ff.; *Leipold*, NJW-Spezial 2006, 423; *Jahn*, ZIS 2006, 57 (60 f.). *Enger Klug* (Fn. 52), S. 218 ff.

daher stets sittenwidrig, weil es in der Gesellschaft überwiegend geächtet sei bzw. gegen sportethische Werte verstoße.⁷¹

Die Begründungen der vorgenannten Auffassungen können aber angesichts des am 11.9.1998 in Kraft getretenen § 6a Abs. 1 AMG, welcher das Inverkehrbringen, Rezeptieren und die Fremdanwendung von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport verbietet, nicht (mehr) überzeugen. Der Gesetzgeber hat durch diese Norm den Dopinghandel und z.T. den -konsum entsprechend pönalisiert und damit in paternalistischer Weise die Möglichkeit der Sportler zur entsprechenden Selbstgefährdung eingeschränkt. Dieses Verbot birgt das gesetzgeberische Verdikt der generellen Sittenwidrigkeit des Fremddopings.⁷² M.E. kann dieser Wertung auch nicht die entsprechende Rechtsprechung des 2. Strafsenats des BGH entgegengehalten werden, dass das nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6b BTMG verbotene Verabreichen von Betäubungsmitteln nicht zugleich die Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB begründen solle. Der 2. Strafsenat begründete sein Urteil damit, dass das betäubungsmittelrechtliche Verbot dem unmittelbaren Schutz des Universalrechtsgutes der Volksgesundheit diene, während sich die Einwilligung des verletzten Konsumenten auf sein Individualrechtsgut der körperlichen Unversehrtheit beziehe.⁷³ Eine solche Rechtsgutvertauschung liegt aber in concreto nicht vor, denn nach h.M. schützt § 6a Abs. 1 AMG gerade auch die Gesundheit des einzelnen Athleten.⁷⁴

Schließlich kann aber eine medizinisch indizierte Verabreichung eines Dopingmittels durch einen Arzt nach § 34 StGB in den Fällen gerechtfertigt sein, in denen kein vergleichbares dopingwirkstofffreies Medikament zur Behandlung des Athleten zur Verfügung steht.⁷⁵

(c) Betrug zum Nachteil des Veranstalters

Wird die Geltung von Dopingregeln zwischen dem gedopten Sportler und dem startgeldzahlenden Veranstalter ausdrücklich vereinbart, täuscht der Sportler über die Tatsache, er könne ungedopt am Wettkampf teilnehmen.⁷⁶ Fehlt eine solche Vereinbarung oder dopt sich der Sportler erst nach seiner Startzusage, täuscht er den startgeldzahlenden Veranstalter mit seiner Wettkampfteilnahme konkludent über die Einhal-

tung der Dopingregeln.⁷⁷ Im Zusammenhang mit Doping wird z.T. eine täuschungsbedingte Irrtumserregung generell für unmöglich gehalten. Den beteiligten Personenkreisen sei die weite Verbreitung des Dopings bekannt.⁷⁸ Diese Betrachtungsweise ist aber unsachgerecht. Der herrschenden Möglichkeitstheorie folgend, genügt es für die Fehlvorstellung des startgeldzahlenden Veranstalters, wenn dieser z.B. infolge der verstärkten Dopingkontrollen i.d.R. annimmt, der Sportler werde zumindest möglicherweise die Dopingregeln einhalten.⁷⁹ Der irrende Veranstalter verfügt im Fall des von Anfang an gedopten Sportlers mit der Annahme der Startzusage und ansonsten durch die Auszahlung des Startgelds über sein Vermögen.

Teilweise wird eine Kompensation des Vermögensschadens durch Eintrittsgelder bzw. Einnahmen aus Verträgen mit Fernsehanstalten und Sponsoren angenommen.⁸⁰ Nach h.M. können dem Geschädigtenvermögen zufließende Vermögensvorteile nur schadensausgleichend wirken, wenn sie unmittelbar durch die Vermögensverfügung selbst bedingt werden.⁸¹ Das Vermögen des startgeldzahlenden Veranstalters wird durch die Leistungen der Zuschauer, Fernsehanstalten und Sponsoren gemehrt. Diese erfüllen jedoch mit ihren Leistungen nur ihre eigenen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem startgeldzahlenden Veranstalter. Also fehlt es an einer Konnexität zur schädigenden Verfügung; der Schaden wird nicht kompensiert.⁸² Sofern der Sportler vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht handelt, ist er wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar.⁸³

(d) Betrug zum Nachteil des Preisspenders

In der Wettkampfteilnahme des gedopten Sportlers liegt eine schlüssige Täuschung des Preisspenders über die Einhaltung der Dopingregeln. Mit der Preisvergabe verfügt dieser über sein Vermögen.⁸⁴ Z.T. wird das Entstehen eines Vermögensschadens in der Leistung des Preisspenders auf eine real nicht existente Forderung gesehen. Der Sportler solle nach § 657 BGB den Preis nur dann erhalten, wenn er regelkonform

⁷¹ Vgl. *Mestwerdt* (Fn. 55), S. 106 ff., 123 ff.; *Linck*, *MedR* 1993, 55 (60); *Dury*, in: ders. (Hrsg.), *Der Trainer und das Recht*, 1997, S. 9 ff. (21 f.).

⁷² Siehe entsprechend zum Betäubungsmittelkonsum *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 188 ff.

⁷³ Vgl. BGHSt 49, 34 (43 f.). Diesem in verallgemeinernder Weise zustimmend z.B. *Wessels/Beulke* (Fn. 10), Rn. 377, und wohl auch *Kühl*, in: *Dannecker u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, S. 63 ff. (70).

⁷⁴ Ähnl. *Winkler*, *DAZ* 2000, 459 (460); *Heger*, *SpuRt* 2001, 92 (94); *ders.*, *JA* 2003, 76 (79). A.A. *Schild* (Fn. 55), S. 153 f.

⁷⁵ *Heger*, *JA* 2003, 76 (78 f.). Für die Anwendung der Regeln über die rechtfertigende Einwilligung *Schild* (Fn. 55), S. 144 m.w.N.

⁷⁶ Vgl. *Gutheil*, *Doping*, 1996, S. 174; *Haug* (Fn. 65), S. 196; *Reinhart* (Fn. 56), 8/136.

⁷⁷ Ebenso *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 263 Rn. 9; *Tiedemann*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 31. A.A. z.B. *Dury* (Fn. 71), S. 23.

⁷⁸ So z.B. *J. Kühl/Latz*, in: *Clasing* (Hrsg.), *Doping – verbotene Arzneimittel im Sport*, 1992, S. 156 ff. (160); *Momsen-Pflanz* (Fn. 23), S. 220 f.

⁷⁹ Vgl. *Cherkeh*, *Betrug* (§ 263 StGB), verübt durch Doping im Sport, 2000, S. 110 ff., 120 f.; *Cherkeh/Momsen*, *NJW* 2001, 1745 (1748).

⁸⁰ So z.B. *Reinhart* (Fn. 56), 8/137; *Mestwerdt* (Fn. 55), S. 65.

⁸¹ Vgl. allgem. *Cramer/Perron*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 263 Rn. 106 ff.

⁸² Siehe auch *Cherkeh* (Fn. 79), S. 191 ff.; *Mestwerdt* (Fn. 55), S. 65; *Kargl*, *NStZ* 2007, 489 (492). Ähnl. *Schild* (Fn. 55), S. 165.

⁸³ Im Ergebnis ebenso *Rössner*, in: *Digel* (Hrsg.), *Spitzensport*, 2001, S. 43 (55). A.A. z.B. *J. Kühl/Latz* (Fn. 78), S. 160.

⁸⁴ Vgl. z.B. *Cherkeh* (Fn. 79), S. 73 ff., 110 ff., 172. Hingegen will *Kargl*, *NStZ* 2007, 489 (493) auf die Vermögensverfügung des getäuschten und irrenden Preisgerichts abstellen.

kämpfe.⁸⁵ Dem Preisspender wird aber i.d.R. kein Schaden entstehen, denn der Wettbewerb stellt ein Preisausschreiben i.S.v. § 661 BGB dar. Nach § 661 Abs. 2 S. 2 BGB ist der Preisspender nur einmal zur Auszahlung des Preises verpflichtet. Nur bei massivsten Widersprüchen der Preisentscheidung, nicht aber bei einem schlichten Dopingfall, könnte der Nachplatzierte seinen Anspruch auf den ausgelobten Preis gerichtlich geltend machen.⁸⁶

Ein Vermögensschaden wird z.T. aber auch in der Zweckverfehlung der Preisvergabe gesehen, denn der Preisspender wolle den fairen Sport und nicht den gegen die Auslobungskriterien verstößenden Sportler fördern.⁸⁷ Der Preisspender setzt aber ohne Verpflichtung einen Preis aus und vergibt ihn ohne Erhalt einer Gegenleistung an den entsprechend Platzierten. Diese Konstellation gleicht derjenigen beim Spendenbetrug. Dort soll nach der herrschenden Zweckverfehlungslehre wegen der bewussten Selbstschädigung ein Schaden nur dann vorliegen, wenn der mit der Spende verfolgte soziale Zweck verfehlt werde.⁸⁸ Ähnlich stellt die neuere Rechtsprechung zur Schadensbegründung auf ein fehlendes kompensierendes Äquivalent, in Form des vom Opfer angestrebten sozialen und mittelbar wirtschaftlichen Zwecks, ab.⁸⁹ Der Preisspender setzt den Preis zum Zweck der Sportförderung aus, wobei es ihm nicht auf die Förderung eines konkreten Sportlers ankommt. Häufig wird er zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht einmal wissen, welche Sportler am Wettkampf teilnehmen werden. Er will i.d.R. den Sport allgemein fördern. Und diesen Zweck erreicht er auch: durch seine Preisspende werden talentierte Sportler und mit ihnen mehr Zuschauer zur Veranstaltung gelockt. Der Preisvergabe durch den Preisspender liegt also nur ein Motivirrtum zugrunde. Ein Schaden entsteht ihm nicht.⁹⁰

Allerdings ist eine Schadensentstehung dann denkbar, wenn der gedopte Sportler nach dem Wettkampf und seiner Disqualifikation den errungenen Preis nicht mehr zurückgeben kann. Dieser steht dann nämlich dem in der Rangfolge nachrückenden Sportler zu. In Praxi sind solche Fälle dann denkbar, wenn zwischen der Preisverleihung an den gedopten Sportler und dessen Disqualifikation ein längerer Zeitraum liegt.⁹¹

(e) Betrug zum Nachteil des Konkurrenten

Der gedopte und einen Preis gewinnende Sportler täuscht seinen nachplatzierten Konkurrenten nicht schlüssig. Seiner Wettkampfteilnahme kann in Konkurrentenkreisen nicht der Wert beigemessen werden, er werde regelkonform kämpfen.

⁸⁵ So *Cherkeh* (Fn. 79), S. 207 f.; *Cherkeh/Momsen*, NJW 2001, 1745 (1748); Ähnl. *Schild* (Fn. 55), S. 166.

⁸⁶ *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 263 Rn. 56; *Heger*, JA 2003, 76 (80 f.). A.A. *Cherkeh* (Fn. 79), S. 139 ff.; *Schild* (Fn. 55), S. 166.

⁸⁷ Vgl. *Cherkeh* (Fn. 79), S. 206 f.; *Otto*, SpuRt 1994, 10 (15); *Rössner* (Fn. 83), S. 55; *Kargl*, NStZ 2007, 489 (493).

⁸⁸ *Cramer/Perron* (Fn. 81), § 263 Rn. 102; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 263 Rn. 55 f.

⁸⁹ BGH NJW 1992, 2167; NStZ 1995, 289.

⁹⁰ Im Ergebnis ebenso z.B. *Momsen-Pflanz* (Fn. 23), S. 224 f.

⁹¹ Siehe hierzu auch *Heger*, JA 2003, 76 (81).

Beide Sportler treten in Konkurrenz zueinander parallel, aber getrennt zum Wettkampf an. Gerade die geltenden Dopingregeln führen dem Konkurrenten vor Augen, dass ein Regelverstoß nicht völlig unwahrscheinlich ist.⁹² Letztlich würde es auch an der Stoffgleichheit fehlen, denn der gedopte Sportler will sich um den ausgelobten Preis und nicht um den Anspruch des nachplatzierten Konkurrenten bereichern.⁹³

(f) Betrug zum Nachteil des Zuschauers

Teilweise wird eine konkludente Täuschung der Zuschauer durch die Wettkampfteilnahme des gedopten Sportlers angenommen.⁹⁴ Eine entsprechende geschäftstypische Verkehrsauffassung, welche eine solche Annahme rechtfertigen würde, besteht aber nicht. Der Sportler erklärt mit seinem Antritt gegenüber den Zuschauern überhaupt nichts. Er zeigt lediglich den zum Wettkampf kommenden Zuschauern seine Leistung.⁹⁵

Zudem könnte den Zuschauern auch kein Vermögensschaden entstehen, denn sie dürfen für ihr Eintrittsgeld den Wettkampf sehen.⁹⁶

(g) Betrug zum Nachteil des prämienauszahlenden Sponsors und Ausrüsters

Bisher hat sich aufgrund der Vielzahl der möglichen Sponsoringobjekte (Verein, Veranstaltung, Sportler, Mannschaft) kein typischer Sportsponsoringvertrag herausgebildet. Deshalb hängt eine mögliche Betrugsstrafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB von der konkreten rechtlichen Ausgestaltung des jeweiligen Sponsorship ab. Nachfolgend wird auf die Fallkonstellationen des Betruges zum Nachteil des prämienauszahlenden Sponsors sowie des Ausrüsters eingegangen.⁹⁷

Bei Sportveranstaltungen loben Sponsoren oft für die Bestplatzierten als Prämie Geld- oder Sachpreise aus. Diese prämienauszahlenden Sponsoren unterscheiden sich vom reinen Preisspender dadurch, dass ihre Sportförderung zumindest auch ökonomisch motiviert ist. Dennoch gleichen sich beide Sachverhalte so wesentlich, dass auf die Ausführungen zur Fallkonstellation des Betruges zum Nachteil des Preisspenders entsprechend verwiesen werden kann (vgl. oben V. 2. c) cc) (1) (d)). Insoweit macht sich der gedopte Sportler i.d.R. also nicht eines Betruges schuldig.⁹⁸

Fragwürdig ist, ob der Sportler im Zusammenhang mit Doping seinen Ausrüster betrügen kann. Ein Ausrüstervertrag

⁹² Im Ergebnis ebenso *Reinhart* (Fn. 56), 8/144; *Dury* (Fn. 71), S. 23; *Gutheil* (Fn. 76), S. 173; *Schild* (Fn. 63), S. 28. A.A. *Mestwerdt* (Fn. 55), S. 64 f.

⁹³ Vgl. *Rössner* (Fn. 83), S. 55. A.A. z.B. *Schneider-Grohe*, Doping, 1979, S. 148; Siehe auch *Mestwerdt* (Fn. 55), S. 64 f.

⁹⁴ So *Cherkeh* (Fn. 79), S. 78. Ähnl. *Otto*, SpuRt 1994, 10 (15).

⁹⁵ So auch *Reinhart* (Fn. 56), 8/146.

⁹⁶ Vgl. *Schild* (Fn. 55), S. 168; *Schneider/Grohe* (Fn. 93), S. 148 f. Einschr. *Ulmen* (Fn. 53), S. 115.

⁹⁷ Zur Fallkonstellation „Eventsponsor“ vgl. *Reinhart* (Fn. 56), 8/140; *Grotz*, SpuRt 2005, 93 (96 f.).

⁹⁸ Vgl. hierzu *Reinhart* (Fn. 56), 8/141; *Grotz*, SpuRt 2005, 93 (94 f.).

stellt i.d.R. ein Dauerschuldverhältnis dar, bei dem der Ausrüster den Sportler zumindest mit seinen Produkten ausstattet. Der Ausrüster darf dafür den Namen und das Bild des Sportlers vermarkten. Der bereits bei Vertragsschluss gedopte Sportler täuscht seinen Ausrüster jedenfalls konkludent darüber, dass er noch ungedopt für diesen werben könne.⁹⁹ Dopt sich der Sportler hingegen erst nach Vertragsschluss, täuscht er seinen Ausrüster durch Unterlassen. Das dem Ausrüstervertrag innewohnende besondere Vertrauensverhältnis begründet die Garantenstellung mit der Aufklärungspflicht des Sportlers. Der Ausrüster ist während der Vertragsdauer in höchstem Maße auf die Vertragstreue des Sportlers angewiesen und muss sich auf dessen Einhaltung der Dopingregeln verlassen. Dem steht auch die extrem gewinnorientierte Ausrichtung des Ausrüstervertrags nicht entgegen, allenfalls verstärkt sie beim Ausrüster das durch ihn aufzubringende Vertrauen.¹⁰⁰ Die erforderliche Modalitätenäquivalenz i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB ist gegeben.

Der irrende Ausrüster verfügt im Fall des von Anfang an gedopten Sportlers durch den Vertragsschluss über sein Vermögen, im Fall des sich erst später dopenden Sportlers durch Erbringung seiner Leistung.

Nach h.M. soll der Sponsor auch in beiden Fallkonstellationen einen Vermögensschaden erleiden.¹⁰¹ Der um Affektionsinteressen bereinigte Marktpreis eines in bestimmten Ligen spielenden Sportlers ist in gedoptem Zustand geringer als in ungedoptem, da dem Sponsor ein negativer Imagetransfer droht. Dieser Schaden könnte jedoch durch eine zeitgleich zufließende Gewinnerwartung, infolge künftiger Werbemaßnahmen des Sportlers, kompensiert werden. Der Ausrüster wird i.d.R. bereits den Vertragsschluss mit dem Sportler öffentlich bekannt machen und damit die erste absatzsteigernde Möglichkeit zur Werbung nützen. Zudem handelt es sich bei einem Ausrüstervertrag generell um ein höchstspekulatives Geschäft. Der ökonomische Erfolg des Sponsorship ist z.B. von der Wahl des Ausrüsters für ein unternehmens- oder produktbezogenes Sponsoring sowie der richtigen Sportart (Imageaffinität) abhängig. Auch bestehen bis heute keine hinreichend gesicherten Meßmethoden für den wirtschaftlichen Erfolg eines Sponsorship. Daher wird sich in der Praxis ein Vermögensschaden grundsätzlich nicht mit der erforderlichen Gewissheit nachweisen lassen. Hingegen ist bei der Begründung von Arbeits- und Beamtenverhältnissen ein Betrug zum Nachteil des Sponsors denkbar, wenn es nur durch die früheren, durch Doping errungenen Wettkampferfolge des Sportlers zum Vertragsschluss kommt.¹⁰²

⁹⁹ Vgl. Schild (Fn. 55), S. 168; Cherkeh (Fn. 79), S. 79 ff.; Grotz, SpuRt 2005, 93 (95); Tröndle/Fischer (Fn. 52), § 263 Rn. 20.

¹⁰⁰ Ähnl. z.B. Kargl, NStZ 2007, 489 (493). A.A. Mestwerdt (Fn. 55), S. 130; Schild (Fn. 55), S. 168; Momsen-Pflanz (Fn. 23), S. 235 f.

¹⁰¹ So z.B. Cherkeh/Momsen, NJW 2001, 1745 (1748 f.). Vgl. auch Schild (Fn. 55), S. 168 f.

¹⁰² Vgl. Grotz, SpuRt 2005, 93 (96 f.).

(h) Weitere Delikte des Kernstrafrechts

Birgt das Doping von unter 16-jährigen Sportlern die konkrete Gefahr einer erheblichen Schädigung der physischen Entwicklung, kommt eine Strafbarkeit der Fürsorge- und Aufsichtspflichtigen nach § 171 StGB in Betracht.¹⁰³ Sofern Dritte, z.B. Ärzte oder Funktionäre den Sportler zum Doping zwingen, begehen sie eine Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB.¹⁰⁴ Dopt ein Arzt einen gesunden gesetzlich versicherten Sportler einvernehmlich und macht er die Kosten gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung geltend, so begehen beide einen mittäterschaftlichen Betrug. Löst der gesunde gesetzlich versicherte Sportler ein Rezept über ein Dopingmedikament ein und rechnet der ahnungslose Apotheker dieses gegenüber der Krankenkasse ab, betrügt er letztere in mittelbarer Täterschaft. Gegebenenfalls ist eine Beteiligung des rezeptierenden Arztes oder des Apothekers denkbar. Ist der Sportler hingegen privat versichert und stellt er in den beiden vorgenannten Fallkonstellationen die Heilkosten seiner privaten Krankenversicherung in Rechnung, betrügt er diese.¹⁰⁵ Häufig dürfte auch die Bestrafung organisierter Dopinghändler wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB sachgerecht sein.¹⁰⁶

(i) Nebenstrafrechtliche Delikte

Beim Doping mit Betäubungsmitteln kommt eine Strafbarkeit der Mitwirkenden v.a. wegen Erwerbs (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) und Besitzes (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) von Betäubungsmitteln in Betracht. Finden dabei Arzneimittel Verwendung, die zugleich Betäubungsmittel i.S.d. BtMG sind, gehen die §§ 29 ff. BtMG den Regeln des AMG als *lege speciali* vor. Der Eigenkonsum ist straffrei.¹⁰⁷

Zudem ist es seit 1998 nach § 6a Abs. 1 AMG verboten, Arzneimittel, die einen nach § 6a Abs. 2 AMG a.F. i.V.m. dem Anhang zum Übereinkommen gegen Doping des Europarates vom 16.11.1989¹⁰⁸ aufgeführten Wirkstoff enthalten, zu Dopingzwecken im Sport in den Verkehr zu bringen, zu rezeptieren oder bei anderen anzuwenden. Der vorsätzliche Verstoß wurde durch § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG, der fahrlässige nach § 95 Abs. 4 AMG strafbewehrt und § 95 Abs. 3 AMG a.F. benannte strafscharfende Regelbeispiele. Durch diese Novellierung wurde Eigendoping nicht unter Strafe gestellt.¹⁰⁹

¹⁰³ Siehe Ahlers (Fn. 55), S. 196 f.; Rain (Fn. 52), S. 84 f.; Heger, JA 2003, 76 (79).

¹⁰⁴ Siehe Winkler, DAZ 2000, 459 (460 f.); Reinhart (Fn. 56), 8/116.

¹⁰⁵ Ähnl. Ulmen (Fn. 53), S. 116 f.; Kohlhaas, NJW 1970, 1958 (1959); Turner, MDR 1991, 569 (572); Linck, MedR 1993, 55 (57).

¹⁰⁶ So Körner (Fn. 44), § 95 AMG Rn. 196 f.

¹⁰⁷ Siehe hierzu Ahlers (Fn. 55), S. 198 f.; Mestwerdt (Fn. 55), S. 133 f.; Schild (Fn. 55), S. 172 f.; Otto, SpuRt 1994, 10 (15).

¹⁰⁸ Vgl. BGBl. 1994 II, S. 334 ff. Siehe zur vorhergehenden Rechtslage Ahlers (Fn. 55), S. 199 ff.; Klug (Fn. 52), S. 239 ff.

¹⁰⁹ Vgl. Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2007, § 6a AMG Rn. 1 ff., § 95 AMG Rn. 23 ff., 67; Heger, SpuRt 2001, 92.

(j) Genügen die bestehenden strafrechtlichen Vorschriften?

Im Zusammenhang mit Doping sind bisher wenige auf dem Kernstrafrecht basierende Verurteilungen bekannt geworden,¹¹⁰ was auf seine entsprechende Ungeeignetheit schließen lässt. Auch das BtMG taugt wenig zur Dopingbekämpfung, denn viele der Dopingmittel sind keine Betäubungsmittel. Laut dem Bericht über die Vollzugserfahrungen des § 6a Abs. 1 AMG wurde u.a. gegen 14 Ärzte und zahlreiche Personen aus dem Umfeld von Fitnessstudios ermittelt. Lediglich drei Personen aus dem Bodybuilding-Milieu wurden rechtskräftig verurteilt. Vergleichsweise dünn sind die Nachweise in der Literatur.¹¹¹ Das Dunkelfeld bei Dopingdelikten soll über 95% betragen.¹¹² Daher durfte der Gesetzgeber mit der h.M. davon ausgehen, dass § 6a Abs. 1 AMG für eine effektive Dopingbekämpfung ungeeignet ist¹¹³, auf Strafschärfungen brauchte er sich nicht beschränken.

(2) Zivilrechtliche Möglichkeiten zur Dopingbekämpfung

I.d.R. wird ein erstmaliger Dopingverstoß mit einer zweijährigen und ein wiederholter mit einer lebenslangen Wettkampfsperre bestraft.¹¹⁴ Die Kontrolldichte ist bei ca. 4000 Dopingkontrollen außerhalb von Wettkämpfen, gemessen an der Zahl der Kaderathleten, gering.¹¹⁵ In Dopingverdachtsfällen haben die Sportverbände bzw. die NADA zudem kein Recht, Durchsuchungen oder Beschlagnahmen durchzuführen. Die zahlreichen Dopingfälle und das teilweise Versagen des Dopingkontrollsystems haben gezeigt, dass die verbandsrechtliche Dopingverfolgung einer staatlichen keinesfalls überlegen ist.¹¹⁶ Gegenüber Sportlern, die nicht an die Dopingregeln gebunden sind, versagt das Dopingkontrollsystem völlig.

In der Literatur werden für den Fall eines festgestellten Dopingverstoßes zahlreiche Ersatzansprüche von Vereinen, Veranstaltern, Sponsoren, Konkurrenten, Zuschauern und Teamkollegen gegen gedopte Sportler sowie am Doping mitwirkende Personen nach §§ 280, 283, 311a Abs. 2 BGB, aus einem Vertragsverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Drit-

ter, §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB diskutiert.¹¹⁷ Ein Dopingverstoß stellt i.d.R. einen Grund zur außerordentlichen Beendigung von Vertragsverhältnissen dar.¹¹⁸ Im Falle des Fremddopings sind Ansprüche des Sportlers gegen die das Dopingmittel verabreichenden Personen und gegen seinen Verein möglich.¹¹⁹ Ärzte und Apotheker müssen im Zusammenhang mit Doping ergänzend mit standesrechtlichen Folgen rechnen.¹²⁰ Im kommerzialisierten Profisport können Konkurrenten gegen den gedopten und besserplatzierten Sportler Schadenersatzansprüche aus § 9 UWG zustehen.¹²¹

Bisher sind keine entsprechenden zivilrechtlichen Verurteilungen bekannt geworden. Das dürfte häufig an der schwierigen Beweislage betreffend der Schadensverursachung und -höhe sowie am Interesse der möglichen Anspruchsinhaber an einer diskreten Behandlung des Dopingfalls liegen. Auch ist das Zivilrecht in der weit überwiegenen Zahl der Dopingfälle im Freizeit- und Breitensport wegen des Fehlens geltender Dopingregeln i.d.R. unanwendbar. Es ist somit zur Eindämmung des Dopings ungeeignet.

(3) Öffentliches Recht

In zweifelhafter Weise wird in einer möglichen Rückforderung von Fördermitteln ein probates Mittel gesehen, die Sportverbände zur effektiven Durchsetzung der Dopingregeln anzuhalten.¹²² Die finanzielle Förderung der Sportverbände knüpft der Bund in seinen Bewilligungsbescheiden regelmäßig an die Bedingung i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG, dass diese dem Dopingkontrollsystem der NADA bzw. der World Anti-Doping Agency (WADA) anzugehören bzw. deren Anti-Dopingbestimmungen anzuwenden haben.¹²³ Eine Rückforderung wäre aber nur im seltenen, schwer beweisbaren Fall des kollusiven Zusammenwirkens zwischen Verbandsvertretern und z.B. dopenden Sportlern rechtmäßig. In der Praxis ist sie wohl auch deshalb bisher nie erfolgt.¹²⁴

Offenbar machten bisher auch die gesetzlichen Krankenkassen gegenüber ihren, durch freiverantwortliches Selbstdo-

¹¹⁰ Vgl. BGH NJW 2000, 1506; Körner (Fn. 44), AMG Anhang D II Rn. 94 ff.

¹¹¹ Nach Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Bericht zum Verbot von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (§6a Arzneimittelgesetz), S. 2 ff. (unveröffentlicht); Jahn (Fn. 45), S. 39 f.; Dury, SpuRt 2005, 137 (139).

¹¹² Vgl. Körner, Kriminalistik 2003, 49 (51); Jahn (Fn. 111), S. 41.

¹¹³ Vgl. Hauptmann/Rübenstahl, HRRS 2007, 143 (147); Prokop, SpuRt 2006, 192; Heger, SpuRt 2007, 153; König, JA 2008, 573 (574 f.). A.A. z.B. Jahn (Fn. 111), S. 40 ff.; Einschr. Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht, MedR 2007, 326.

¹¹⁴ Vgl. Art. 11.3.1 NADA-Code. Nach Lagodny (Fn. 17), S. 364, scheidet das Zivilrecht per se als Maßstab der Geeignetheit aus.

¹¹⁵ So Digel, in: ders./Dickhuth, Doping im Sport, 2002, S. 1 ff. (26 f.); Haug (Fn. 65), S. 98 f.

¹¹⁶ Siehe auch Heger, SpuRt 2007, 133. A.A. Dury, SpuRt 2005, 137 (139 f.); Mestwerdt, SpuRt 1997, 119 (122).

¹¹⁷ Vgl. Sievers, Die zivilrechtliche Haftung des Sportlers wegen Dopings, 1996, S. 64 ff.; Schröder/Bedau, NJW 1999, 3361.

¹¹⁸ Vgl. Mertens, SpuRt 2006, 177 (178 f.); Teschner, NZA 2001, 1233 (1234 ff.); Humberg, JR 2005, 271 (272 f.).

¹¹⁹ Vgl. Turner, in: Hadding (Hrsg.), Festgabe Zivilrechtslehrer, 1999, S. 669 ff.; Bergermann, Doping und Zivilrecht, 2002, S. 181 ff.

¹²⁰ Siehe Mestwerdt (Fn. 55), S. 135 ff.

¹²¹ Abschlussbericht der Rechtskommission des Sports gegen Doping, 2005, S. 29 ff.; Frisinger/Summerer, GRUR 2007, 554 (555 ff.).

¹²² So Schneider-Grohe (Fn. 93), S. 169; Linck, NJW 1987, 2545 (2551); Ahlers (Fn. 55), S. 209 f.; Kargl, NStZ 2007, 489 (496).

¹²³ Vgl. Humberg, Die Förderung des Hochleistungssports durch den Bund, 2006, S. 305 ff. A.A. z.B. Steiner, NJW 1991, 2729 (2735) und Mestwerdt (Fn. 55), S. 192 die von einer entsprechenden Auflage ausgehen.

¹²⁴ Ähnl. Steiner, NJW 1991, 2729 (2735). A.A. Humberg, GewArch 2006, 462 (465).

ping erkrankten Versicherten keinen Gebrauch von ihrem Recht zur Leistungsbeschränkung nach § 52 SGB V.

Abschließend kann festgestellt werden, dass das vor Erlass des § 6a Abs. 2a AMG geltende Recht zur Dopingbekämpfung sowie dem Schutz der Volksgesundheit und der Sicherheit des Arzneimittelverkehrs unzureichend war. Andere, gleich wirksame Mittel, standen dem Bund ersichtlich nicht zur Verfügung. Der Erlass des § 6a Abs. 2a AMG war erforderlich.

dd) Angemessenheit

Eine Strafnorm ist nur angemessen, wenn die von der Pönalisierung verursachten Grundrechtseingriffe den Normadressaten nicht übermäßig belasten. Unangemessen ist sie, wenn die von ihr ausgehenden Beeinträchtigungen der Grundrechte den durch sie gewonnenen Rechtsgüterschutz deutlich überwiegen.¹²⁵ Bereits der Besitz nicht geringer Mengen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport begründet die abstrakte Gefahr der unkontrollierten Weitergabe derselben an Dritte. Diese Gefahr besteht auch dann, wenn der Täter die nicht geringe Menge von Arzneimitteln zum Eigendoping im Sport besitzt. Aufgrund der weiten Dopingverbreitung und der damit verbundenen Gefahren für die geschützten Rechtsgüter ist es aus generalpräventiven Gründen angemessen, den Arzneimittelbesitz nach § 6a Abs. 2a AMG zu verbieten. Hierdurch wird der Handel mit diesen Stoffen zumindest erschwert.¹²⁶ Zudem erstreckt sich der Eingriff in angemessener Weise nicht auf den Konsum der entsprechenden Mittel. Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG durch § 6a Abs. 2a AMG ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

3. Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG

§ 6a Abs. 2a AMG könnte jedoch den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzen.

a) Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG

Für den Gesetzgeber enthält Art. 3 Abs. 1 GG das Verbot, wesentlich Gleiches ungleich zu regeln und das Gebot, wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln.¹²⁷

b) Eingriff in den Schutzbereich

Nach *Kudlich* soll, entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG zur Belastungsgleichheit im Steuerrecht, eine Ungleichbehandlung in der durch die typische Verfolgungsstruktur (Kontrolldelikt) vorprogrammierten Belastungsgleichheit der Normadressaten eines Dopingmittelbesitzver-

botes liegen.¹²⁸ Art. 3 Abs. 1 GG unterliegt aber stets einer bereicherspezifischen Exegese. Die im Steuerrecht durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Belastungsgleichheit der Steuerpflichtigen lässt sich nicht ins materielle Strafrecht übertragen. Letzteres muss nicht per se die Gewähr seiner regelmäßigen Durchsetzbarkeit in sich selbst tragen. Selbst wenn die behauptete „Belastungsungleichheit“ bestehen sollte, stellt sie mithin keinen Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG dar.¹²⁹

Dagegen liegt eine Ungleichbehandlung durch § 6a Abs. 2a AMG insoweit vor, als Besitzer nicht geringer Mengen an Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport bestraft werden, während Besitzer nicht geringer Mengen an Arzneimitteln zu Dopingzwecken außerhalb des Sports straflos bleiben.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nach der „neuen Formel“ des BVerfG ist eine Ungleichbehandlung zweier Gruppen verfassungsgemäß, wenn zwischen beiden Gruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Die rechtfertigenden Gründe müssen dabei umso schwerwiegender sein, je gravierender die Ungleichbehandlung ist.¹³⁰ Der Prüfungsumfang des BVerfG reicht dabei von einer reinen Willkürprüfung bei sachverhaltsbezogenen Ungleichbehandlungen bis hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei personenbezogenen Ungleichbehandlungen. Damit die Legislative der vielgestaltigen Lebensverhältnisse Herr werden kann, hat sie bei der Differenzierung von Sachverhalten eine weite Einschätzungsprärogative. Der Gesetzgeber muss insoweit nur die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit einhalten und nicht zwingend die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden haben.¹³¹

Die Ungleichbehandlung des Besitzes von Arzneimitteln in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport gegenüber demselben zu Dopingzwecken außerhalb des Sports ist sachverhaltsbezogen. Ob diese durch sachliche Gründe gerechtfertigt wird, scheint fraglich.

Allgemein wird unter Doping umgangssprachlich eine Manipulation der menschlichen Leistungskraft durch die Anwendung von Mitteln verstanden.¹³² Um den Anforderungen im Berufs- und Schulleben zu genügen, dopen sich Menschen z.B. mit Antidepressiva und Aufputzmitteln. Nach *Glaeske* sollen sogar 1% der Berufstätigen medikamentensüchtig

¹²⁵ BVerfGE 90, 145 (183 ff.); *Paulduro*, Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, 1992, S. 195 ff.; *Appel* (Fn. 17), S. 179 ff.

¹²⁶ Entsprechend BVerfGE 90, 145 (187); krit. dazu z.B. *Vogel*, StV 1996, 110 (114).

¹²⁷ BVerfGE 47, 109 (124 f.); 50, 142 (161 f.); 90, 145 (195 f.); *Paulduro* (Fn. 125), S. 250; *Kudlich*, JA 2007, 90 (92).

¹²⁸ So *Kudlich*, JA 2007, 90 (92, 94), unter Berufung auf BVerfGE 84, 239 (271 ff.). Von einem ähnlichen Ansatzpunkt ausgehend spricht z.B. *Hassemer*, StV 1995, 483 (486) von symbolischem Strafrecht.

¹²⁹ Im Ergebnis ebenso *König*, JA 2007, 573 (576), der bereits den Ansatz *Kudlichs* als falsch ablehnt.

¹³⁰ BVerfGE 99, 367 (388 f.); 107, 27 (45 f.); *Jarass* (Fn. 30), Art. 3 Rn. 17 ff.; *Michael*, JuS 2001, 148 (152 ff.).

¹³¹ Vgl. BVerfGE 47, 109 (124); 75, 329 (344); *Paulduro* (Fn. 125), S. 251 m.w.N.

¹³² Vgl. z.B. *Prokop*, Die Grenzen der Dopingverbote, 2000, S. 75.

sein.¹³³ Im schulischen Bereich nahmen nach einer Studie 7,9% der Schüler Speed und 5,3% Ecstasy.¹³⁴ Bis zu 30% der Heranwachsenden sollen ihre Befindlichkeit und Leistungskraft medikamentös steigern.¹³⁵ Zudem wird an der Entwicklung konzentrations- und gedächtnissteigernder Medikamente (Cognition Enhancers) verstärkt gearbeitet. Auch der Medikamentenabusus außerhalb des Sports birgt diverse und erhebliche Gesundheitsgefahren. Doping ist also ein gesamtgesellschaftliches Problem. Insoweit war es dem Gesetzgeber durch Art. 3 Abs. 1 GG zwar nicht grundsätzlich geboten, den strafwürdigen Arzneimittelbesitz zu Dopingzwecken im Sport straffrei zu lassen, weil der entsprechende Besitz zu Dopingzwecken im Beruf und der Schule von § 6a Abs. 2a AMG nicht erfasst wird. Obwohl valide Studien zum Doping im Sport ebenso wie außerhalb desselben fehlen, wird aber augenscheinlich durch § 6a Abs. 2a AMG nur eine Minderheit des strafwürdigen Verhaltens pönalisiert. Diese Differenzierung bedarf eines sachlichen Grundes.¹³⁶

Ein Grund für die Ungleichbehandlung war für den Gesetzgeber der Erhalt sportethischer Werte sowie die besondere Vorbildfunktion des Spitzensports. Beide sah er durch Doping mit der Folge negativer Auswirkungen auf die Volksgesundheit verletzt.¹³⁷ Die Dopingregeln, als Manifestation der sportethischen Werte der Fairness und Chancengleichheit, werden durch Doping nur selten verletzt. Außerhalb des Spitzensports finden die Dopingregeln in „Dopingfällen“ häufig keine Anwendung, da sie nicht wirksam in Vereinssatzungen aufgenommen wurden oder der Sportler kein Vereinsmitglied ist bzw. er sich den Dopingregeln nicht vertraglich unterworfen hat.¹³⁸ Gegen eine sachliche Differenzierung spricht aber v.a., dass gerade Spitzensportlern Doping kaum wesentlich erschwert wird.¹³⁹ Diese lassen im Hinblick auf die Besitzverbote der verbandsrechtlichen Dopingregeln bereits jetzt ihre Dopingmittel z.B. von Betreuern und Ärzten aufbewahren. Das Eigendoping des Sportlers hingegen wird nicht durch § 6a Abs. 2a AMG verboten. Insoweit ist die Gesamtkonzeption des Gesetzgebers unstimmig und willkürlich, sie verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁴⁰

¹³³ Glaeske, zitiert nach Schulz, NZZ v. 29.12.2004, S. 16. Nach Glaeske, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V. (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2007, S. 70, wird die Gesamtzahl der Arzneimittelabhängigen in Deutschland auf 1,3-1,9 Mio. geschätzt.

¹³⁴ Vgl. Thönneßen, Doping in der Schule?, 2000, S. 84 ff., 99 ff.

¹³⁵ So Sacksofsky/Müller, Starke Schüler, vergnügte Lehrer, 1998, S. 113, zitiert nach Singler/Treutlein, Doping, Teil 2, 2001, S. 175.

¹³⁶ Siehe allgem. hierzu BVerfGE 68, 237 (253); 81, 156 (207); 81, 228 (236 ff.); Appel (Fn. 17), S. 587 f.

¹³⁷ Vgl. BT-Drs. 16/5526, S. 1.

¹³⁸ Siehe hierzu Prokop (Fn. 132), S. 99 f.; Adolphsen, Internationale Dopingstrafen, 2003, S. 47 ff., 112.

¹³⁹ Diese Einschätzung wird geteilt von Bannenberg, SpuRt 2007, 155 (156).

¹⁴⁰ Vgl. auch Jahn, ZIS 2006, 57 (61) der auf das unterschiedliche Gefährdungspotential von Dopingmitteln abstellt.

4. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB

Vor Inkrafttreten des im AMG normierten Dopingmittelbesitzverbotes wurde gegen den in der BR-Drs. 223/07 abgedruckten Gesetzesentwurf der Bundesregierung von Parzeller/Rüdiger u.a. der Vorwurf erhoben, die §§ 95 Abs. 1 Nr. 2b, 6a Abs. 2a AMG-E seien zu unbestimmt. Der Gesetzgeber verweise von § 95 Abs. 1 Nr. 2b AMG-E über § 6a AMG-E auf den Anhang des Übereinkommens des Europarates gegen Doping von 1989. Dieser enthalte aber keine fixe Liste der verbotenen Dopingwirkstoffe und -methoden. Vielmehr werde der Anhang durch eine beobachtende Begleitgruppe nach Art. 2 Abs. 1, 2, 11 Abs. 1b des Übereinkommens regelmäßig aktualisiert.¹⁴¹ Da der AMG-E insoweit wortgleich mit den §§ 95 Abs. 1 Nr. 2b, 6a Abs. 2a AMG¹⁴² übereinstimmt, wird auf die Kritik der Autoren eingegangen.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass § 6a Abs. 2a S. 1 AMG nicht auf das Europäische Übereinkommen gegen Doping, sondern auf den zugehörigen AMG-Anhang verweist. In diesem werden wörtlich die verbotenen pharmazeutischen Wirkstoffe aufgelistet.¹⁴³ Somit ist für die Normadressaten zumindest das Risiko erkennbar, ob der Besitz entsprechender Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport strafbar ist. Der Gesetzgeber hat dem Gebot des nulla poena sine lege certa damit hinreichend Genüge getan.¹⁴⁴

Selbst wenn das Bundesministerium für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern nach Anhörung von Sachverständigen und mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung nach § 6a Abs. 2a S. 3 Nr. 1 AMG künftig weitere Stoffe in den Anhang aufnehmen sollte, könnte zwar die Übersichtlichkeit der verbotenen Stoffe leiden, doch bleibt das Verbot hinreichend bestimmt.¹⁴⁵

VI. Resümee

Dem Bund stand nach Art. 74 Nr. 19 GG die Regelungskompetenz zum Erlass der §§ 95 Abs. 1 Nr. 2b, 6a Abs. 2a AMG zu. Soweit der Gesetzgeber den Gesetzeserlass mit dem Schutz des völlig konturenlosen Rechtsguts der Volksgesundheit begründet, bestehen hiergegen erhebliche Bedenken. Dagegen verletzt das normierte und hinreichend konkret bestimmte Besitzverbot mangels objektiv berufsregelnder Tendenz nicht die Berufsfreiheit der Berufssportler. Die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch § 6a Abs. 2a AMG ist gerechtfertigt. Hingegen ist das Besitzverbot mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Doping ist ein gesamtgesellschaftliches Problem und außerhalb des Sports augenschein-

A.A. Hauptmann/Rübenstahl, HRRS, 2007, 143 (150 f.); Viereg, SpuRt 2004, 194 (196).

¹⁴¹ So Parzeller/Rüdiger, ZRP 2007, 137 (139 f.). Ähnl. zu § 6a AMG a.F. Schild (Fn. 55), S. 139 f., Rössner (Fn. 76), S. 51 f.

¹⁴² Vgl. BGBl. 2007 I, S. 2510 ff.

¹⁴³ Vgl. BT-Drs. 16/5526, S. 2 f., Anhang zu § 6a Abs. 2a und entsprechend BGBl. 2007 I, S. 2511 f.

¹⁴⁴ Allgem. zu dessen Anforderungen BVerfGE 75, 329 (340 f.); Paulduro (Fn. 125), S. 363 ff.; Kudlich, JA 2007, 90 (91 f.).

¹⁴⁵ Allgemein Freund (Fn. 109), Vor §§ 95 ff. AMG Rn. 55.

lich weiter verbreitet, als in demselben. Jedoch wird nur der Besitz von Arzneimitteln in nicht geringer Menge zu Zwecken des Dopings im Humansport pönalisiert, während er zu Zwecken außerhalb des Sports straflos bleibt. Sportethische Gründe und die Vorbildfunktion des Spitzensports rechtfertigen als sachliche Gründe diese Ungleichbehandlung v.a. deshalb nicht, da Sportlern das freiverantwortliche Eigendoping weder wesentlich erschwert noch verboten wird.

Ergänzend sei erwähnt, dass auch der durch § 6a Abs. 2a GG hervorgerufene Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Vereinigungsfreiheit der Sportvereine zum Schutz der angestrebten Rechtsgüter verhältnismäßig ist. Insbesondere erforderte das zwischen Staat und Sport bestehende Subsidiaritätsprinzip, welches ersterem ein Eingreifen nur dann erlaubt, falls die Eigenmittel des Sports zur Dopingbekämpfung nicht mehr genügen, angesichts der unzureichenden Dopingbekämpfung der Sportverbände kein weiteres Zuwarten.¹⁴⁶

Der Gesetzgeber hat somit bei Erlass des Besitzverbotes nach § 6a Abs. 2a AMG zwar elegant die im Zusammenhang mit der Pönalisierung des Eigendopings bzw. des Schutzes des Sportwettbewerbs bestehenden verfassungsrechtlichen Hürden gemieden, aber diejenige des allgemeinen Gleichheitssatzes hat er dafür gerissen.

¹⁴⁶ Ebenso *Haug* (Fn. 65), S. 210 f., 225. Vgl. auch *Lenz* (Fn. 31), S. 126; *Cherkeh* (Fn. 79), S. 242; *Haas*, FAZ v. 27.2.2004, S. 36; *Prokop*, Der Spiegel 37/2006, S. 118. A.A. z.B. *Jahn* (Fn. 111), S. 56 f. Einschr. *Steiner* (Fn. 26), S. 127, 128 f.

Anstiftung oder Täterschaft? „Organisationsherrschaft“ in Wirtschaftsunternehmen

Von Privatdozent Dr. Joerg Brammsen, cand. iur. Simon Apel, Bayreuth

I. Einleitung und Überblick

Als der BGH 1962 erstmals einen vollverantwortlich-eigenhändig handelnden Täter zum bloßen Gehilfen und seine Hintermänner im „Machtapparat“ (des KGB) zu eigentlichen Haupttätern der vom Vordermann ausgeführten Tötungsdelikte erklärte, ahnte wohl niemand, welche Bedeutung die damit konstruierte mittelbare Täterschaft Jahrzehnte später bekommen sollte: Das „*Staschynski-Urteil*“¹ wurde zum Vorbild einer Entwicklung, die sich schrittweise von der staatlichen Provenienz ihrer Ausgangssituation entfernte und sich zunehmend einem Transfer auch auf das Wirtschaftsleben zuwandte. Ihre maßgeblichen Impulse erhielt sie von den „Mauerschützen-Fällen“², in denen gleich mehrfach neben den – unmittelbar verantwortlichen – Grenzsoldaten die Mitglieder des nationalen Verteidigungsrates als (organisationssteuernde Hintermänner und mittelbare) Täter erachtet wurden. Hauptsächlich identifizierte der BGH zwar die Ratsmitglieder als Teil des für Sicherheitsmaßnahmen in der DDR zuständigen Zentralorgans,³ die sich der Verwirklichung ihrer rechtswidrigen Befehle durch den von ihnen beherrschten Apparat der Grenztruppen sicher sein konnten,⁴ bemerkte in einem nicht näher begründeten Nebensatz aber auch, dass die Konstruktion einer solchen „Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats“ möglicherweise ebenso auf wirtschaftliche Unternehmen anzuwenden sei.⁵ 1997 beließ das Gericht in einem Betrugsverfahren gegen zwei faktische Geschäftsführer einer Holzverarbeitungsfirma deren Einstufung als unmittelbare Täter unbeanstandet, da beide Angeklagten jedenfalls mittelbare Organisationstäter sein könnten.⁶ Eine ausdrückliche Bezeichnung des Hintermannes in einem wirtschaftlichen Unternehmen als Täter kraft Organisationsherrschaft ist lange nur umschrieben worden,⁷ liegt nunmehr aber vor.⁸

¹ BGHSt 18, 87 ff. Der KGB-Agent *Bogdan Staschynski* hatte, genau instruiert, ausgerüstet und ausgebildet von seinen Führungsoffizieren, zwei in der BRD lebende Sowjetbürger umgebracht.

² BGHSt 40, 218 ff. Gründe für die Einbeziehung der Wirtschaftsunternehmen in das Urteil benennt *Nack*, GA 2006, 342 (343 f.).

³ BGHSt 40, 218 (237 f.).

⁴ So formuliert nur in BGH JZ 1995, 45 (48).

⁵ BGHSt 40, 218 (236) und BGH NStZ 2008, 89 (90); Ebenso BGH NJW 2000, 448; NJW 2003, 522 (525) spricht nur noch von „Befehlshierarchien verschiedenster Art“; BGH JR 2006, 245 (246), davon, dass der Täter „bestimmte Rahmenbedingungen durch Organisationsstrukturen“ schaffe, um diese zur Verwirklichung der Tat auszunutzen; kritisch *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 13 (16 ff.); *ders.*, JR 2006, 248 ff.

⁶ BGH NJW 1999, 769.

⁷ Im sog. „Lederspray-Fall“ (BGHSt 37, 106 ff.) und dem „Abfallbeseitigungs-Fall“ (BGHSt 43, 219 ff.) sowie bei der „Weinverschnitt-Entscheidung“ (BGH NJW 1995, 293 ff.)

Nachhaltig gefördert wurde die Verbreitung der neuen Rechtsfigur durch *Claus Roxin*, dessen Erklärungsansatz nachfolgend kurz dargestellt wird (II.).⁹ Im Anschluss daran werden Lösungen aufgezeigt, die auf die Annahme eines „Täters hinter dem Täter“ (III.) zurückgreifen oder eine Zuordnung zur Mittäterschaft (IV.) oder zur Anstiftung (V.) präferieren. Ihnen folgt nach Auseinandersetzung mit allen Ansichten und unter Zentrierung der besonderen Strukturen in Wirtschaftsunternehmen der eigene Ansatz (VI.). Eine Zusammenfassung und ergänzende Schlussbemerkungen beschließen die Ausführungen (VII.).

II. Die Hauptfigur der Organisationstäterschaft: Die mittelbare Täterschaft qua organisatorischer Macht

1. Vorbemerkungen zum Ausgangspunkt

Nach § 25 Abs. 1 StGB wird als Täter bestraft, wer „die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht“. Dabei beschreibt die zweite Alternative mit dem Begehen der Tat „durch jemand anderen“ die sog. mittelbare Täterschaft.¹⁰ Gemeinhin werden der „durch“ den anderen Handelnde als Hintermann und der „andere“ als Werkzeug oder Tatmittler bezeichnet. Der Hintermann kontrolliert gewissermaßen den Tatmittler durch einen bei diesem vorliegenden Defekt,¹¹ der nunmehr ihm die Täterschaft zuweist: Kraft Nötigungsherrschaft bei Drohung oder Gewalt, kraft Ausnutzung eines nicht schuldfähigen Menschen (durch dessen fehlende Einsichtsfähigkeit) und kraft überlegenen Wissens bei fehlerhaften Vorstellungen über die Wirklichkeit.¹² Alle drei Varianten fundieren eine der Handlungsherrschaft des Ausführenden übergeordnete Willensherrschaft des Hintermannes.

Fraglich ist, ob es daneben eine Konstellation gibt, in der ein rechtswidrig und schuldhaft handelnder unmittelbarer

verurteilt der BGH zwar Geschäftsführer bzw. leitende Angestellte als Täter, allerdings ohne sich ausdrücklich auf das Kriterium der Tatherrschaft kraft organisatorischen Machtapparates zu berufen. Er folgt vielmehr einer „normativ-sozialen Betrachtungsweise“, vgl. *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft – ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004, S. 49 ff.

⁸ Vgl. BGH JR 2004, 245 (246) mit krit. Anm. *Rotsch* im Bezug auf Vorgänge in einer „streng hierarchische[n] Organisation“ in einer Tierarztpraxis, welche wohl als wirtschaftliches Unternehmen einzustufen ist. Nach *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (262 f.) hat der BGH im Laufe der Jahre eine eigene, neue Form strafrechtlicher Beteiligung entwickelt.

⁹ *Roxin*, GA 1963, 193 ff.

¹⁰ *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 25 Rn. 6; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 25 Rn. 4.

¹¹ *Bloy*, GA 1996, 424 (437).

¹² Vgl. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 21 Rn. 69 f.

Täter einen strafgesetzlichen Tatbestand verwirklicht und gleichwohl als Tatmittler für einen die Tat lenkenden Hintermann eingestuft werden muss, so dass nunmehr letzterer als mittelbarer Täter anzusehen ist.¹³

2. Das Grundmodell der mittelbarer Organisationstäterschaft

Roxin als spiritus rector dieser Täterfigur war aufgrund seiner Konzeption der Mittäterschaft zu einer solchen Annahme gezwungen: Seiner Vorstellung nach bedarf es zwingend eines Mitwirkens aller Beteiligten bei Ausführung der Haupttat – von Versuchsbeginn bis zur Vollendung¹⁴ –, um eine Mittäterschaft begründen zu können. Eine bloße Beteiligung im Vorbereitungsstadium genügt hingegen nicht,¹⁵ so dass ihm für die Täterstrafe der Hintermänner nur ein Rekurs auf eine mittelbare Täterschaft verbleibt. Einen solchen rechtfertigt er mit der Zugehörigkeit der Protagonisten zu einem staatlich organisierten Apparat,¹⁶ da dort die jeweiligen Vorgesetzten sich auf Grund ihrer Organisation sicher sein könnten, dass die von ihnen befohlenen Verbrechen mit Gewissheit ausgeführt werden.¹⁷ Bei dieser Konstellation einer „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ handele es sich auch um eine eigene Kategorie der mittelbaren Täterschaft, weil weder Nötigungs- noch Irrtumsherrschaft vorliege.¹⁸

Anders als bei der Anstiftung sind für *Roxin* die Hintermänner als Täter einzustufen, da NS-Schreibtischtäter oder Geheimdienstleiter einen anderen Einfluss auf den Taterfolg haben.¹⁹ Grundsätzlich verbleibt nämlich die Entscheidung über den Tatentschluss bei der Anstiftung allein beim ausführenden Täter, der die Tat damit im Sinne der Tatherrschaftslehre in Händen hält, wobei der Anstifter die Tat gerade als Tat eines anderen will, dem er auch die Tatherrschaft überlässt. In „Machtapparaten“ trifft hingegen der die Anweisung zur Deliktsbegehung gebende Vorgesetzte eine endgültige Entscheidung über das „Ob“ der Tat. Außerdem kann er sich darauf verlassen, dass, wenn eines der ihm untergeordneten Organe der Organisation die Tat verweigert, sogleich ein anderes an dessen Stelle treten wird.²⁰ Die Organisation ist

demnach vom einzelnen Mitglied unabhängig und der Anweisende der eigentliche Inhaber der Tatherrschaft.²¹ Eine die Tatherrschaft des Anweisenden begründende Organisation bedarf jedoch eines festen Gefüges und nicht nur persönlicher Beziehungen der Mitglieder untereinander: Nur dann liegt eine als „Fungibilität“ zu bezeichnende, typische organisationsbedingte Austauschbarkeit des unmittelbaren Täters vor.²²

Um von Fungibilität reden zu können, muss die betreffende Organisation außerhalb der Rechtsordnung „rechtsgelöst“ wirken – zumindest was den konkret zu verwirklichenden Straftatbestand betrifft.²³ Sie darf sich also in Bezug auf zumindest ein Ziel nicht mehr an das geltende Recht gebunden fühlen, da innerhalb grundsätzlich im Einklang mit dem geltenden Recht stehender Organisationen die Anordnung einer rechtswidrigen Tat nicht mit Sicherheit zur Verwirklichung führt.²⁴ Vielmehr muss das ausführende Organ erst für den Tatplan gewonnen werden, so dass von einem Handeln nur durch Bewegung des Apparates nicht die Rede sein kann. Als rechtsgelöste und hinsichtlich der Fungibilität der Mitglieder ausreichend straff gegliederte Organisationen kommen gesamtstaatliches Unrecht oder Organisierte Kriminalität in Betracht.²⁵

3. Organisationstäterschaft in Wirtschaftsbetrieben

Die Literatur befürwortet nur teilweise, dass auch Wirtschaftsunternehmen der *Roxin*schen Definition genügen.²⁶ Danach ergeben sich Fungibilität und Rechtsgelöstheit der Organisationsmitglieder von Wirtschaftsunternehmen aus ihrer Zugehörigkeit zu einem hierarchisch organisierten Sys-

¹³ *Roxin*, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 549 (550).

¹⁴ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198 f.

¹⁵ *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 198; anders in soweit etwa *Joecks*, in: ders./Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 25 Rn. 169 ff. mwN.

¹⁶ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 242 f.; *ders.*, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (550).

¹⁷ *Roxin*, GA 1963, 193 (200); *ders.*, Täterschaft (Fn. 16), S. 245 f.

¹⁸ *Roxin*, Täterschaft (Fn. 16), S. 243 mit dem Hinweis, dass Nötigungs- und Irrtumsherrschaft „auch sonst bei typischen Konstellationen solcher Art“ nicht vorliegen werden.

¹⁹ *Roxin*, GA 1963, 193 (200); ähnlich jüngst *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (5 f.).

²⁰ *Roxin*, in: Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 173 (192 ff.); *ders.*, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (550).

²¹ In concreto für NS-Verbrecher *Roxin*, GA 1963, 193 (200).

²² *Roxin*, GA 1963, S. 200; zust. *Ambos*, GA 1998, 226 (245).

²³ Der Begriff der Rechtsordnung meint inner- und überstaatliche Rechtsordnung (z.B. Völkerrecht, naturrechtliche Grundsätze); vgl. *Roxin*, Täterschaft (Fn. 16), S. 250. Für Rechtsgelöstheit als notwendiges Kriterium auch *Rudolphi*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 863 (871); zum Kriterium kritisch *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 606 ff.

²⁴ *Roxin*, GA 1963, 193 (204); konkretisierend *ders.*, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (556); zust. *Maier*, ZStW 107 (1995), 41 (149).

²⁵ *Roxin*, Täterschaft (Fn. 16), S. 250; *ders.*, GA 1963, 193 (205) nennt beispielhaft Mafia und Ku-Klux-Klan; zust. für „organisiertes Verbrechen“: *Joecks*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 132; *Muñoz-Conde*, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 608 (618).

²⁶ Etwa von *Jung*, JuS 1995, 173 (174); *Kuhlen*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Teilnahmeverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 71 (82 f.); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 25 Rn. 2; *Rogall*, ZStW 98 (1986), 573 (617 f.); im Grundsatz auch *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, 2004, S. 216; einschränkend *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 73b f.

tem weisungsbefugter Vorgesetzter und befolgungspflichtiger Mitarbeiter/Untergebener.²⁷ Deren Weisungen würden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit befolgt, da der Arbeitsmarkt aktuell extrem gespannt sei und selbst für spezialisierte Arbeitskräfte zeitnah Ersatz gefunden werden könne.²⁸ „De facto und de iure“ sei deshalb eine Befehls- und Organisationsherrschaft des Vorgesetzten gegeben, soweit im Innenverhältnis eine Weisungsbefugnis und eigene Verantwortung für den betroffenen Bereich gewährt werden.²⁹ Ebenso könnten Unternehmen außerhalb der Rechtsordnung stehen und damit das Kriterium der Rechtsgelöstheit erfüllen. Dazu genüge bereits ein teilweise rechtsgelöstes Agieren, da sich Subsystem und Gesamtsystem zueinander verhielten wie System und Außenwelt.³⁰ Einen den konkreten Tatmittler in seiner Freiheit beeinträchtigten und daher steuernden Druck bewirkten Unternehmen durch Mobbing oder Kündigungsdrohung,³¹ was eine Erstreckung der mittelbaren Organisationstäterschaft und damit eine doppelte Verantwortungszuweisung auch bei Wirtschaftsunternehmen rechtfertige.³²

III. Das vorsatzzentrierte Alternativmodell: Der Täter hinter dem tatbereiten Täter

Ebenfalls (mittelbare) Einzeltäterschaft erkennt dem Hintermann innerhalb einer Organisation die Lehre vom sog. „Täter hinter dem Täter“³³ zu. Dieses Alternativmodell knüpft die Täterschaft des Hintermannes an das Erfordernis einer bereits vor seiner Aufforderung beziehungsweise Einwirkung prinzipiell vorliegenden Tatentschlossenheit des Vordermannes, so dass die späteren Anweisungen nur noch auslösende Bedingung für das Tätigwerden des Vordermannes sind.³⁴ Außerdem muss der Hintermann um diese prinzipiell ungehemmte Tatbereitschaft des Vordermannes wissen und diese bewusst in sein Handeln mit einbeziehen.³⁵ Damit ergibt sich eine Täterschaft des im Apparat übergeordneten Hintermannes letztlich daraus, dass in einer Organisation stets tatbereite Personen zur Verfügung stehen, deren Existenz dem in der Hierarchie weiter oben stehenden Hintermann bekannt ist.³⁶ Täterschaftsbegründend ist also im Unterschied zum Anstifter, dass diesem das Risiko des Nichteintritts des Erfolgs verbleibt, während hier der Hintermann durch Benutzung eines vollkommen Tatentschlossenen sich in höherem Maße

des Erfolgeintritts sicher sein kann.³⁷ Die strikte Anbindung an die stets vorliegende Tatbereitschaft des Vordermannes begrenzt die Anwendbarkeit dieser Konzeption zwingend auf verbrecherische Organisationen: An der Rechtsordnung orientierte Organisationen werden nämlich eine schon vor Einwirkung bestehende Tatbereitschaft ihrer Mitglieder regelmäßig nicht herausbilden können.³⁸

IV. Der Kooperationsansatz: Die Mittäterschaft

Im Gegensatz zu den mittelbar-täterschaftlichen Haftungsmodellen vertreten einige Literaturstimmen, dass der Hintermann und der konkret handelnde Ausführungstäter wegen der Eigentümlichkeit ihres Zusammenwirkens als Mittäter zu qualifizieren sind.³⁹ Die Begehung der Straftat weise mit dem gemeinsamen Tatplan zwischen „Hintermann“ und Täter und einem jeweils haupttatförderlichem Verhalten der Beteiligten nämlich alle Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB auf.

4. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft

a) Der gemeinsame Tatplan

Die hierarchisch innerhalb eines organisierten Machtapparates über dem unmittelbar ausführenden Täter stehende Person, die eine rechtswidrige Tat anordnet und hierfür den Apparat in Richtung des unmittelbaren Täters in Bewegung setzt, gibt mit dem konkreten Tatplan das „Ob“ und „Wie“ der Tat zumindest anteilig fest vor.⁴⁰

Faktisch kann die gemeinsame Tatplanung in zwei Weisen erfolgen. Im ersten Fall wird der Tatplan vom anweisenden Hintermann unvollständig dem Ausführenden kundgegeben, so dass dieser ihn ergänzen muss. Seine Ergänzung ist dann der Tatplanbeitrag des Handelnden, der sich mit der Ausrichtung seiner eigenen Planungen an den Vorgaben des Anweisenden dessen Tatplan zu Eigen macht. Der Anweisende ist Mitplaner, da er dem Ausführenden einzelne Teile

²⁷ Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (616).

²⁸ Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (616); Urban (Fn. 26), S. 228 f.

²⁹ Urban (Fn. 26), S. 233 f. nennt als Beispiele die Firmen *Flowtex* und *Comroad*.

³⁰ Schlösser (Fn. 7), S. 153.

³¹ Schlösser (Fn. 7), S. 155; Urban (Fn. 26), S. 239 ff.

³² Im Ergebnis auch BGHSt 40, S. 218 (236), freilich ohne sich mit *Roxins* Kriterien auseinanderzusetzen; hierauf verweist *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (17).

³³ Grundlegend *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 107 ff.; in der Rechtsprechung etwa BGHSt 40, 218 (237); BGH JR 1999, 205 (208).

³⁴ *Schroeder*, JR 1995, 177 (178).

³⁵ *Schroeder*, JR 1995, 177 (178).

³⁶ *Schroeder* (Fn. 33), S. 168.

³⁷ *Schroeder*, JR 1995, 177 (178).

³⁸ *Schroeder* bezieht sich daher nur auf „verbrecherische Organisationen“, (Fn. 33), S. 168.

³⁹ *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 147; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, 27. Kap. Rn. 40; *Haas*, ZStW 119 (2007), 534 ff. (542 f.); *Jakobs*, NStZ 1995, 26 (27); *Jeschek/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II 8; *Lampe*, ZStW 119 (2007), 492 ff. (508 ff.); *Otto*, Jura 2001, 753 (759); für Wirtschaftsunternehmen *Schünemann*, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 401 (412); *ders.*, in: Jähnke u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Bd. 1, § 25 Rn. 132.; ähnlich auch *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, § 4 Rn. 241; siehe auch BGH NStZ 2008, 89 (90).

⁴⁰ Im *Staschynski*-Fall wurden diese Fragen allein von den KGB-Oberern entschieden, s. Fn. 1. Ohne derartige Vorgaben bleibt von vornherein nur der Rekurs auf eine Anstiftung, da der Ausführende in einem solchen Fall alleine das „Wie“ der Tat festlegt.

zur Ausarbeitung überlässt. Mittäter müssen nämlich die Handlungen des jeweils anderen nicht bis in jede Einzelheit kennen.⁴¹

Im zweiten Fall wird der Tatplan vollständig an den Ausführenden übermittelt. Hier scheint der vorgegebene Tatplan nicht gemeinsam gefunden, was jedoch für unschädlich gehalten wird, da nicht der Gehorsam des Ausführenden, sondern die „Vermittlerfunktion“ des funktionierenden Apparates das die Tat manifestierende Element darstelle.⁴² Die Eingliederung des Ausführenden in den Apparat macht ihn zu dessen Bestandteil und dessen Ziele abstrakt zu den eigenen.⁴³ Die Anweisung zum kriminellen Handeln transformiert dann gewissermaßen die abstrakte Bereitschaft der Zielförderung in einen konkreten Tatentschluss, der identisch mit dem des Anordnenden ist.⁴⁴ Ein unmittelbarer oder persönlicher Kontakt zwischen den Mittätern ist hierbei entbehrlich.⁴⁵ Allerdings muss der Apparat nach dieser Auffassung zumindest hinsichtlich der konkreten Handlung rechtsgelöst agieren;⁴⁶ andernfalls erscheint das Mitglied des Apparates hinsichtlich des rechtswidrigen Handelns nicht hinreichend organisationskonform überzeugt.

b) Die gemeinsame Tatförderung

Der Ausführungsbeitrag des unmittelbaren Täters besteht in der faktisch-tatbestandlichen Vollziehung der geplanten Straftat. Hinsichtlich des Anordnenden wird von den Vertretern der subjektiv akzentuierten Täterlehre jeder auch im Vorfeld getätigte Tatbeitrag als ausreichend angesehen, solange er von Täterwillen getragen ist.⁴⁷ Eine solche Handlung kann etwa wie in den Mauerschützen-Fällen im Bereitstellen der deliktseröffnenden Infrastruktur bestehen. Nach der mehr objektiv akzentuierten Tatherrschaftslehre reichen bloße Vorbereitungshandlungen nicht, es bedarf vielmehr der Setzung eines wesentlichen Tatbeitrages im Ausführungsstadium.⁴⁸ Im Rahmen der organisierten Machtapparate wird der Tatbeitrag des Hintermannes gerade darin gesehen, dass dieser den Apparat benutzt.⁴⁹ Aber dieser Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium ist ein wesentlicher, wenn sein Gewicht für die Tatverwirklichung derart groß ist, dass der unmittelbare Täter mit seinem Handeln nur als Teilleistender der Gesamttat erscheint.⁵⁰

⁴¹ Statt vieler *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 196; *Otto* (Fn. 12), § 21 Rn. 60.

⁴² *Otto*, Jura 2001, 753 (758).

⁴³ *Otto* (Fn. 12), § 21 Rn. 92.

⁴⁴ *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 21/103; *Otto*, Jura 2001, 753 (759).

⁴⁵ *Bottke*, JuS 2002, 320 (323); *Jakobs*, NStZ 1995, 26 (27).

⁴⁶ *Otto*, Jura 2001, 753 (759).

⁴⁷ *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 39), § 29 Rn. 147; *Jescheck/Weigend* (Fn. 39), § 63 III 1.

⁴⁸ *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 198 f.

⁴⁹ So *Otto*, Jura 2002, 753 (759); ähnlich *Jescheck/Weigend* (Fn. 39), § 62 II 8.

⁵⁰ *Otto*, Jura 2002, 753 (759).

V. Das Motivurhebermodell: Die Anstiftung

1. Die Anweisung: Teilnehmerschaftlicher Bestimmungsakt ?

Das Gesetz qualifiziert die Beeinflussung eines vollverantwortlich handelnden Haupttäters als Anstiftung, § 26 StGB.⁵¹ Anweisungen innerhalb von Organisationen, die den Tatentschluss beim Haupttäter auslösen, genügen diesen Anforderungen problemlos. Generell wird es als ausreichend angesehen, dass der Ausführende den Anweisenden kennt und letzterer weiß, aus welchem Personenkreis der Täter stammt.⁵² Das Gesetz macht das Vorliegen eines Bestimmungsakts weder von einer lückenlosen Kenntnis des internen Organigramms noch von einer solchen der gesamten beteiligten Personenkette abhängig.⁵³

Für die Anstiftung wird darüber hinaus angeführt, dass sich die Anweisenden in den Mauerschützen- oder den NS-Fällen der Verwirklichung der von ihnen gewollten Taten durch die Handelnden gerade nicht sicher sein konnten.⁵⁴ Vielmehr hätten sowohl die Grenzposten als auch die Lagerkommandanten die Möglichkeit gehabt, die Flüchtenden nicht zu erschießen bzw. die zur Vernichtung vorgesehenen Menschen nach eigenem Gutdünken zu retten.⁵⁵ In dieser frei verantworteten Entscheidung des Täters über das „Ob“ der Tat realisiert sich damit genau dasjenige typische Mehr an „Risiko“, das der Anstifter im Gegensatz zum mittelbaren Täter trägt und das ihn als Teilnehmer kennzeichnet.

2. Anweisungen in und außerhalb von Machtapparaten

Für die bisherigen Vertreter des „Anstiftungsmodells“⁵⁶ ist maßgeblich, dass nach ihrer Auffassung Anstifter wie Anweisende die Tat im Sinne der Tatherrschaftslehre „aus der Hand“ geben. Der Apparat der Organisation und ihrer Hierarchie sind deshalb für den Anordnenden das, was die zum Delikt aufgeforderte Einzelperson für den Anstifter ist – ein Medium zur Tatbegehung, das ein Stück weit unberechenbar ist.⁵⁷ Eine solche identische Sachlage muss aber einheitlich behandelt werden. Dazu bieten sich als Möglichkeiten an:

⁵¹ Zur Auslegung des „Bestimmens“ in § 26 StGB eingehend *Amelung*, Schroeder-FS (Fn. 39), S. 147 ff.

⁵² BGHSt 6, 359; *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 26 Rn. 3a; *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 26 Rn. 5.

⁵³ Vgl. BGHSt 6, 359 (361 f.); *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 26 Rn. 8 mwN; a.A. (wohl enger) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969, S. 117 oder (weiter) *Dreher*, in: *Lackner u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 307 (321 f.).

⁵⁴ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (39); *Rotsch*, NStZ 117 (2005), 13 (14 f.); *ders.*, NStZ 1998, 491 (493).

⁵⁵ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (39 f.).

⁵⁶ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (39 f.); *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 510 f.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 89 ff.; *Rotsch*, NStZ 1998, 491 (492 f.); *ders.*, ZStW 112 (2000), 518 ff.; *ders.*, NStZ 2005, 13 ff.; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414).

⁵⁷ *Herzberg*, in: *Amelung* (Fn. 26), S. 33 (47 f.).

Einerseits kann der Hintermann bei einem verantwortlich handelnden unmittelbaren Täter in beiden Fällen (mittelbarer) Täter sein. Dadurch wird die Organisationsherrschaft aber zu einem inhaltsleeren Differenzierungskriterium, weil sie in Fällen „organisationsfreier“, d.h. klassisch-einpersonaler Tatveranlassung, gar nicht vorliegen kann. Außerdem wird das Institut der Anstiftung ausgehöhlt, wenn der Anstifter bei einem Einwirken auf einen hochverlässlichen Täter zum mittelbaren Täter werden muss.⁵⁸

Andererseits kann in beiden Konstellationen organisatiionsfreier und organisationszentrierter Einwirkung nur Anstiftung angenommen werden, da jeweils immer vorsätzlich und eigenverantwortlich handelnde Personen den strafbaren Erfolg bewirken.⁵⁹ Anders als der (mittelbare) Täter hat der Anstifter aber weder Tatherrschaft⁶⁰ noch einen Täterwillen (im Sinne der subjektiven Lehren). Die Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden beseitigt folglich die Tatherrschaft des Hintermannes⁶¹ und deshalb ist von einer Anstiftung sowohl im Falle des „Hintermannes im Organisationsapparat“⁶² als auch in der klassischen Anstiftersituation auszugehen.

VI. Kritik und eigener Ansatz

1. Der Ausschluss der Beihilfe

Prinzipiell auszuschneiden aus dem Kreis der möglichen Einordnungsansätze hat die Beihilfe i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB. Dies ergibt sich aus der Eigenart dieser gesetzlich nachgeordneten Zurechnungsfigur: Der Gehilfe leistet dem Haupttäter Hilfe durch Rat, Tat oder „psychischen Beistand“.⁶³ Zwar weist er durchaus eine Nähe zum Mittäter des § 25 Abs. 2 StGB auf, doch fehlt ihm aus Sicht der Tatherrschaftslehre die Tatherrschaft und aus Sicht der subjektiven Lehren der Täterwille.⁶⁴ Anders als die Täter i.S.d. § 25 StGB vollzieht der Gehilfe die Tat weder selbst noch durch einen anderen, noch will er sie als eigene.⁶⁵ Da er auch nicht zur Tat veran-

lasst wie der Anstifter, bleibt ihm immer nur eine „Nebenrolle“⁶⁶ in einem fremdgesteuerten Geschehen. Zur Lösung der Organisationsherrschaftsfrage ist er damit nicht qualifiziert.

2. Die Unstimmigkeiten mittelbar-täterschaftlicher Organisationsherrschaft

a) Generelle Schwächen

aa) Die Fungibilität

Obwohl die „mittelbare Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats“ in der Sache national⁶⁷ wie international⁶⁸ breite und teils uneingeschränkte Befürwortung gefunden hat, stehen ihr gleich mehrere grundlegende Bedenken entgegen. Diese setzen bereits bei dem maßstabsetzenden Kriterium der Fungibilität,⁶⁹ d.h. der beliebigen Austauschbarkeit des Tatmittlers an. Dieser Fungibilität ist vorzuwerfen, dass sie beim voll verantwortlichen Tatmittler praktisch versagt, da die Entscheidung über die Tat immer beim in concreto unersetzbaren Ausführenden verbleibt.⁷⁰ Das Kriterium wird denn auch von verschiedenen Stimmen im Kern zutreffend als „vordergründig“, „schlicht“ oder „schwammig“ bezeichnet.⁷¹

Es verwundert daher nicht, wenn von dritter Seite wiederholt Verbesserungsvorschläge gemacht wurden, die allerdings keine nennenswert gesteigerte Prägnanz und Praktikabilität gewähren.⁷² Dies gilt etwa für den Rekurs auf tatherr-

lediglich Hilfe zu leisten; vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 27 Rn. 20 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 27 Rn. 7.

⁶⁶ In dieser sieht den Gehilfen *Otto* (Fn. 12), § 21 Rn. 7.

⁶⁷ Exemplarisch *Cramer/Heine*, in: Sch/Sch (Fn. 10), § 25 Rn. 25a; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (244); *Küpper*, GA 1998, 519 (524); *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 25 Rn. 2; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (743); *Muñoz-Conde*, Roxin-FS (Fn. 25), S. 608 (618); *Nack*, GA 2006, 342 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, § 13 Rn. 541.

⁶⁸ Nachweise bei *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 7 Rn. 29 ff.; *ders.*, Völkerstrafrecht (Fn. 23), S. 590 ff.; *Roxin*, AT II (Fn. 14), § 25 Rn. 109; *Schünemann*, in: LK-StGB (Fn. 39), § 25 Rn. 126 mit Fn. 280; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 432 f.; kritisch zur völkerstrafrechtlichen Bedeutung und Perspektive *Kreß*, GA 2006, 304 (305 ff.).

⁶⁹ In seiner ursprünglichen Form befürwortet es *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (555); wohl auch *Hefendehl*, GA 2004, 575 (578).

⁷⁰ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 236; *Schlösser* (Fn. 7), S. 150; ähnlich *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 90.

⁷¹ Vgl. nur *Schroeder* (Fn. 33), S. 168 und *Urban* (Fn. 26), S. 214; gegen das Kriterium auch *Ambos*, Völkerstrafrecht (Fn. 23), S. 598; für „untauglich“ hält es *Radtke*, GA 2006, 350 (355 f.).

⁷² *Roxin* selbst hält nunmehr die „wesentlich erhöhte Tatbereitschaft des Ausführenden“ im Apparat für den die Täterschaft des Hintermannes ausmachenden Umstand, vgl. *Roxin*, ZIS 2006, 293 (298); *ders.*, Schroeder-FS (Fn. 39), S. 387 (397); *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (15 ff.); Diese Kategorie

⁵⁸ *Herzberg*, in: Amelung (Fn. 26), S. 33 (48 f.).

⁵⁹ *Herzberg*, in: Amelung (Fn. 26), S. 33 (48): „Hitler, Himmler und Honecker haben die Tötungsdelikte, die sie befahlen, nicht als Täter begangen, sondern als Anstifter veranlasst. Denn zwischen Befehl und Erfolg eingeschoben war die vorsätzliche und eigenverantwortliche Begehung durch andere“; ähnlich *Schlösser* (Fn. 7), S. 359; zust. zur das Anstifterverhältnis begründenden Vollverantwortlichkeit des Ausführenden *Köhler* (Fn. 56), S. 519 f.

⁶⁰ *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 7. Aufl. 2007, § 26 Rn. 2.

⁶¹ *Herzberg*, in: Amelung (Fn. 26), S. 33 (51); diametral noch *ders.*, Jura 1990, 16 (23).

⁶² Für Anstiftung als Vorinstanz zu BGHSt 40, 218 ff. das LG Berlin JR 1994, 205 (208) - die Gründe hierfür gehen aus der Fundstelle aber nur unzureichend hervor.

⁶³ Im Einzelnen umstritten, vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 27 Rn. 11 f. mwN; *Geppert*, Jura 1999, 266 ff.

⁶⁴ *Joecks*, StGB (Fn. 60), § 27 Rn. 1

⁶⁵ Sein Vorsatz beläuft sich zwar auf den objektiven Tatbestand der Haupttat, aber auch auf die eigene Rolle, zu dieser

schaftsfundierende vertikal-hierarchische Organisationsstrukturen, die dem Handelnden neben eigener Handlungsverantwortung nun gleich auch noch die Verantwortung für das Wirken des Apparates zuweisen sollen.⁷³ Unwesentlich konturenreicher sind Hinweise auf „motivierende Kräfte“, die in einem Machtapparat durch Integration auf den unmittelbaren Täter wirken und deren Ausnutzung den Hintermann verantwortlich machen⁷⁴ oder Präzisierungen wie eine „Willensherrschaft des Hintermannes durch das Bereithalten von Ersatzursachen für den herbeizuführenden Erfolg“.⁷⁵ Die offensichtliche Fragwürdigkeit der apostrophierten faktischen Austauschbarkeit des Handelnden bleibt damit grundsätzlich erhalten.⁷⁶ Hat der unmittelbar Handelnde zudem ein eigenes Interesse an einem alternativen Geschehensverlauf, wie etwa ein flüchtendes Familienmitglied bei dessen Grenzübertritt nicht zu verletzen, ist seine Verlässlichkeit mehr als zweifelhaft und kaum zu prognostizieren. Berechenbarkeit, „Motivationskraft“ und dergleichen sind ob ihrer subjektiven Natur kaum jemals problemlos beweisbar und deshalb kein geeignetes Konstituens für eine mittelbare Täterschaft der involvierten Organisationsmitglieder. Die Gefahr einer Ausdehnung der ohnehin keineswegs scharf konturierten mittelbaren Täterschaft ist unverkennbar und nur durch strikte inhaltliche Begrenzung zu vermeiden.

bb) Die Rechtsgelöstheit

Wenig Zustimmung hat auch das Kriterium der Rechtsgelöstheit erfahren. Einerseits generell für untauglich und deshalb gänzlich irrelevant erklärt,⁷⁷ wird es andererseits zwar beibehalten, jedoch in den Anforderungen seiner konkreten Ausformung arg uneinheitlich gehandhabt. Als Leitbild dient dabei seit jeher der empirisch glücklicherweise recht seltene Idealfall einer ebenso großen wie verbrecherischen Organisation, die sich selbst als „Staat im Staate“⁷⁸ oder, anders gewendet, als Unrechtsstaat implementiert und dabei mehr als nur punktuell vom Recht gelöst hat. Eine solche – in ihrer Sinnhaftig- wie Tragfähigkeit hier erneut ausdrücklich offen gelassene – „Rechtsgelöstheit“ lässt sich nur für einen Staats- und Gesellschaftsapparat konstatieren, der das Recht gleichsam in genere pervertiert hat. Ist das Unrecht aber erst einmal vielgestaltig an Stelle des Rechts gesetzt, etwa durch Befehl oder formale Legislativ- oder Administrativakte, wird äußerst

ähnelt der von Schroeder (o. III.) und überzeugt in dieser Pauschalität nicht; kritisch zu ihr Rotsch, ZIS 2007, 260 (261).

⁷³ Bloy, GA 1996, 424 (440 f.).

⁷⁴ Korn, NJW 1965, 1206 (1208 f.).

⁷⁵ Joecks, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 130; diesem scheint dieser Schritt selbst zu weit zu gehen, da er die Durchbrechung des Verantwortungsprinzips scheut: Letztlich möchte er die Figur nur auf Fälle anwenden, in denen dem Ausführenden „empfindliche Sanktionen“ drohen.

⁷⁶ Ähnlich auch Radtke, GA 2006, 350 (355).

⁷⁷ Gropp, JuS 1996, 13 (16); Urban (Fn. 26), S. 229.

⁷⁸ Joecks, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 132; Roxin, in: Jähnke u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, Bd. 1, § 25 Rn. 129.

fragwürdig, ob sich die machtunterworfenen Ausführungskräfte eines solchen (möglicherweise seit Jahrzehnten existenten) Unrechtssystems noch der materiellen Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens bewusst sind bzw. überhaupt werden können. Diese allenfalls in casu zu klärende Frage nimmt dem Kriterium der Rechtsgelöstheit letztendlich seine Tauglichkeit als auch nur bereichsspezifisch (mittelbar-täterschaftliches) allgemeingültiges Täterschaftskonstituens.

cc) Die unaufgedeckte Wertung

Bedenken begegnet die Konstruktion einer mittelbartäterschaftlichen Verantwortungsposition schließlich auch von einer häufig apodiktisch ausgesprochenen Notwendigkeit einer ansonsten nur verbleibenden, im Ergebnis aber völlig unangemessenen Einordnung des Hintermannes als bloßer „Teilnehmer“.⁷⁹ Damit wird implizite der Eindruck erweckt, dass der Hintermann bzw. der „Schreibtischtäter“ andernfalls „ungeschoren“ oder „viel zu billig“ davonkäme.⁸⁰ Er ist jedoch immer noch zumindest als Anstifter – nach demselben Strafrahmen! – zu bestrafen.⁸¹ Da zudem die Bewertung der Anweisung etc. als mittelbare Täterschaft bei voll verantwortlichen Tatmittlern als eindeutige Durchbrechung des Verantwortungsprinzips zu identifizieren und folglich alles andere als zweifelfrei ist,⁸² bedarf eine solche Festsetzung einer die maßgeblichen Gesichtspunkte und ihre Gewichtigkeit aufdeckenden Begründung. Das gänzliche Fehlen benannter Wertungsfaktoren und maßstabsetzender Leitprinzipien erweckt den Eindruck einer allein rechtspolitisch motivierten Ergebnisorientierung, die das ausgewogene Beteiligungssystem des StGB mit dem kategorienweiternden Ausbau der mittelbaren Täterschaft der Gefahr beliebiger Interpretierbarkeit aussetzt.⁸³

b) Besondere Schwächen (bei der Integration von Wirtschaftsunternehmen)

aa) Keine Begründung für die Einbeziehung

Offenbart die mittelbare Organisationstäterschaft mithin schon in ihrer Grundkonstruktion gleich mehrere gravierende

⁷⁹ Ebert, in: ders. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 501 (534); Gropp, JuS 1996, 13 (17); Joecks, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 25 Rn. 129; Roxin, GA 1963, 193 (200).

⁸⁰ So erneut unter der ausdrücklichen Bezugnahme auf den umgangssprachlichen Begriff des „Schreibtischtäters“ Roxin, ZStR 125 (2007), 1 (8). Dass der Begriff des „Schreibtisch-anstifters“ von den Vertretern der Anstiftungslösung nicht verwendet wird, wie Roxin dort hintergründig anmerkt, wird freilich eher daran liegen, dass der umgangssprachliche Begriff gerade nicht auf eine strafrechtliche Beteiligungsform als vielmehr auf eine nicht näher bestimmte aktive Beteiligung aus dem Hintergrund verweist.

⁸¹ Bloy, GA 1996, 424 (439).

⁸² Vgl. nur Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 39), § 29 Rn. 147; Köhler (Fn. 56), S. 510; Zaczyk, GA 2006, 411 (414).

⁸³ Ebenso Schulz, JuS 1997, 109 (111); ähnlich auch Zaczyk, GA 2006, 411 (414 f.).

Schwächen, treten nun bei ihrer Erstreckung auf private Wirtschaftsunternehmen weitere Unstimmigkeiten hinzu. So ist auffällig, dass der BGH die von ihm angenommene Täterstellung weder rechtsmethodisch korrekt im Wege der klassischen Subsumtion einzelner Entstehungsmerkmale ermittelt noch sachlich konkrete Argumente oder zumindest Hinweise auf weitergehende Begründungszusammenhänge anführt.⁸⁴ Er apostrophiert einfach ein Vorliegen dieser Täterform⁸⁵ – und hat damit gleich in der Literatur Nachfolge gefunden.⁸⁶ Angesichts der eigentlich kaum bestreitbaren Konkretisierungsbedürftigkeit so konturenarmer Kriterien wie „Fungibilität“ oder „Rechtsgelöstheit“ ist ein derartig selbstverständlich gehandhabtes Festsetzen zentraler Verantwortungspositionen extrem ungewöhnlich und arg bedenklich – immerhin wird eine gemeinhin dem Erfolgseintritt räumlich wie zeitlich eher fern stehende Person allein qua status strafrechtlicher Täterhaftung unterworfen.

bb) Keine Fungibilität im privaten Recht- und Wirtschaftsleben

Vergegenwärtigt man sich, dass eine eigentlich dem „Staatsunrecht“ zugeordnete Besonderheit mit ihrer Umformung in eine allgemeine Haftungsposition sachlich umgewandelt wird, verschärfen sich die vorgebrachten Bedenken. Anders als in einer Verbrecherorganisation oder einem Unrechtsstaat kann bei Privatunternehmen nämlich nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Einzelne einem ihm übermächtigen Apparat gegenübersteht, der jeden Widerstand durch anderweitig gewährleisteten Ersatz von vornherein immer zu einem sinnlosen Unterfangen werden lässt. Vielmehr erwartet die Rechtsordnung gerade umgekehrt eine Widerstandsleistung betriebsangehöriger Mitarbeiter gegen angesonnene deliktische Vorhaben,⁸⁷ eröffnet sie doch gegen rechtswidrige Anweisungen oder damit verbundene Drohungen den jederzeitigen Zugriff auf das vielgestaltige Instrumentarium eingriffskompetenter Strafverfolgungsbehörden. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass eine Strafanzeige gegen den eigenen Arbeitgeber ein wichtiger Kündigungsgrund i.S.v. § 626 BGB⁸⁸ und damit ein zweischneidiges Schwert sein kann: Zum einen mutet die Rechtsordnung dem Einzelnen gelegentlich sogar deutlich schärfere Eingriffe zu – etwa die Hinnahme von körperlichen Eingriffen bei gem.

⁸⁴ Dies überrascht nicht, da das Gericht „vom Ergebnis her“ gedacht hat, vgl. *Nack*, GA 2006, 342 (343 f.); ausdrücklich hiergegen *Roxin*, ZStrR 125 (2007), 1 (17 ff.).

⁸⁵ Vgl. beispielhaft BGH NJW 1998, 767 (769) oder NSStZ 2008, 89 (90).

⁸⁶ Z.B. *Kuhlen*, in: Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 647 (671); *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 26), § 25 Rn. 2.

⁸⁷ *Roxin*, JZ 1995, 45 (51).

⁸⁸ Ausgangspunkt ist, dass eine Strafanzeige des Mitarbeiters gegen den Arbeitgeber das Vertrauen zwischen den Parteien zerstört. Sie kann daher ein wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sein, vgl. *Fuchs*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2008, Bd. 2, § 626 Rn. 18; BAG NZA 2007, 502.

§ 34 Abs. 1 StGB hinzunehmendem Interessenvorrang Dritter.⁸⁹ Eine Drohung mit dem Verlust des Arbeitsplatzes ist deshalb auch nicht schon „per se“ „empfindliches Übel“ i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB, wenn man einmal von einer denkbaren Ausnahme für anerkannt schlechte Vermittlungschancen in vergleichbare Anstellungen und gleichzeitig sehr hohe Verschuldung absieht.⁹⁰ Zum anderen ist das Nichtausführen rechtswidriger Anweisungen bzw. dahingehender Widerstand selbst unter den heute angespannten Arbeitsmarktverhältnissen kein fragloser Kündigungsgrund, weshalb der Ausführungsadressat normalerweise nicht zu einer rechtswidrigen Tat bereit sein wird. Gelingt allerdings seine „Überredung“, liegt eine klassische Anstiftung vor, da der Tatentschluss erst in ihm hervorgerufen werden musste. Aus Sicht des Anordnenden kann er dann aber eigentlich kein „sicherer Faktor im Tatplan“ gewesen sein. Der Rekurs auf eine (angeblich täterschaftsvermittelnde) Fungibilität ist im heutigen modernen Wirtschaftsleben eher fiktiv.

Handelt der Ausführende, ohne sich der Strafbarkeit seines Verhaltens bewusst zu sein – sein Tatbeitrag ist gering oder der Tatablauf im Unternehmen extrem komplex –, ist der vorsätzlich Anweisende mittelbarer Täter kraft überlegenen Wissens. Die apostrophierte Tatherrschaft kraft organisatorischen Machtapparates ist dann aber nur ein Unterfall des anerkannten Defekts und deshalb letztlich überflüssig.⁹¹ Eine Übertragung der Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen ist prinzipiell abzulehnen.

c) Anhang: Der Täter hinter dem Täter

Für die Konstruktion des „Täters hinter dem Täter“ im Sinne *Schroeders* gelten aufgrund ihrer Ähnlichkeit keine Besonderheiten: Den prinzipiell schon vor Aufforderung zur Tat entschlossenen Vordermann und den diese Bereitschaft bewusst in sein Handeln einbeziehenden Hintermann als Täter hinter dem Täter *in diesem Sinne* zu bezeichnen, scheidet gleichfalls an den gegen eine „Organisationstäterschaft“ im Wirtschaftsleben sprechenden Bedenken.

2. Die Unstimmigkeiten der Mittäterschaft

a) Allgemeine Schwächen

Dem Rechtsleben seit langem bekannt und in ihren Grundvoraussetzungen unbestritten, ist die Annahme der Mittäterschaft von irgendeiner Fungibilität des Ausführenden prinzipiell unabhängig: Als unmittelbar handelnder Delinquent ist der Mittäter ein vollverantwortlicher Täter. Wie die mittelbare Täterschaft kennzeichnen aber auch die Mittäter-Lösung Unstimmigkeiten. Diese betreffen mit der „gemeinsamen Tatplanung“ und der „gemeinsamen Tatausführung“ gleich beide Erfordernisse dieser Täterschaftsform.

⁸⁹ Zur schweren Körperverletzung im Zusammenhang mit § 34 StGB nur *Fischer*, StGB (Fn. 10), § 226 Rn. 16.

⁹⁰ Näher dazu *Urban* (Fn. 26), S. 248.

⁹¹ Wie hier auch *Urban* (Fn. 26), S. 225.

aa) Beim Tatentschluss

Gegen den gemeinsamen Tatentschluss ist wiederholt eingewandt worden, dass dem bereits eine durchgängig vorzufindende räumliche und persönliche Entfernung zwischen Hintermann und weisungsbefolgendem Ausführenden unüberwindbar entgegenstehe: „Eine Weisung ist geradezu das Gegenteil eines gemeinsamen Tatentschlusses“.⁹² Dem ist von Seiten der Mittäter-Lösung entgegnet worden, dass die Mitgliedschaft des Tatmittlers in der rechtsgelösten Organisation quasi die antizipierte Annahme des Tatplans voraussetze⁹³ – er sich also das Vorhaben des Hintermannes bereits zuvor zu Eigen gemacht habe.

Eine solche Kenntnis fingierende Ausdeutung eines „Systembeitritts“ vermag nicht zu überzeugen, da sie das allenfalls bestehende abstrakte Wissen um eine mögliche eigene zukünftige „Mitwirkungschance“ in einer Unrechtsorganisation dem für einen mittäterschaftlichen Tatentschluss notwendigen konkreten Wissen ohne Not gleichsetzt. Zu einer derart weitreichenden Nivellierung wissensmäßiger Unterschiede besteht aber kein sachlicher Anlass, wie bereits ein einfacher Vergleich mit der gleichgelagerten Problematik beim *dolus eventualis* zeigt: Auch dort bedarf es zur Begründung der haftungseröffnenden Täterstellung keineswegs nur eines bloß auf abstrakte Gefahrenlagen beschränkten Täterwissens. Den fiktiven Gehalt der „beitrittsgestützten“ Tatplan- und Tatentschlussannahme (korrekter: Vorwegnahme) verdeutlicht folgendes Beispiel: Ein Buchhalter verwaltet in einer Verwaltungseinheit eines Unrechtsregimes die Materialkasse und den Bestand an Schreibmaterial der Abteilung. Sein vorgesetzter Offizier weist ihn eines Tages an, für einen erkrankten Kollegen aus der „Sonderabteilung“ einen Telefonanruf zu erledigen, in dessen Verlauf er die Anweisung übermitteln soll, mit den Gefangenen V und Z sei „wie üblich“ zu verfahren. Für diese Aufgabe sei er wegen seiner besonderen Zuverlässigkeit in seinem angestammten Arbeitsbereich ausgewählt worden. Dem Buchhalter sei ferner bewusst, dass das „übliche Verfahren“ die Exekution der betreffenden Personen bedeutet. Bislang hat der Buchhalter innerhalb der Organisation einen rechtlich korrekten bzw. neutralen Bereich betreut. Die Abteilung ist identisch und auch der Anweisende ist jene Person, die ihm immer den Bürobedarf meldet. Unter diesen Umständen ist eine allein bereits mit seinem Eintritt in die „neutrale“ Aufgabenposition des Buchhalters faktisch erfolgte Antizipation des Tatplanes des Unrechtsapparates sachlich nicht begründbar.

bb) Bei der Tatausführung

Die Existenz einer gemeinsamen Ausführungshandlung von anweisendem und ausführendem „Systemmitglied“ wird damit bestritten, dass Handlungen wie beispielsweise Anweisungen gemeinhin allein im Vorbereitungsstadium stattfinden und deshalb keinen wirksamen Tatbeitrag im Sinne der mittä-

terschaftlichen Begehung bewirken.⁹⁴ Tatsächlich ist es mehr als zweifelhaft, ob bereits das schlichte „In-Gang-Setzen“ des Apparates in genere immer schon als haftungsbegründender Tatbeitrag einzustufen ist.⁹⁵ Genügt es als Tatbeitrag, wenn ein Offizier eines Abends Grenzposten per Telefon oder per schriftlichen Befehl ermutigt, gegebenenfalls auf Flüchtlinge zu schießen? Eine bejahende Antwort ist letztendlich nur normativ begründbar und damit gegenüber unaufgedeckten Wertungen ebenso offen wie etwa die „Fungibilität“. Nach seiner Ausgestaltung deutet ein solches Vorgehen eher auf eine klassische Anstiftung hin – was leichter erkennbar wird, wenn man beachtet, dass Anraten oder Befehlen rein intellektuelle Kontaktaufnahmen zwischen zwei Individuen darstellen; Kommunikationsform wie Kommunikationshandlung, ja selbst die Art der Verkörperung der Anweisung sind also identisch angelegt, lediglich ihr geistiger Gehalt ist unterschiedlich. Der intellektuelle Kontakt durch kommunikative Beeinflussung ist nun aber gerade dasjenige Element, das die Anstiftung kennzeichnet.⁹⁶ Das bloße „Bewegen“ des Machtapparates durch eine Anweisung ist für sich genommen kein Handeln im Sinne der Mittäterschaft.

b) Wirtschaftsspezifische Schwächen

Für Anweisungen in privaten Wirtschaftsunternehmen gelten keine Besonderheiten. Die vorgetragenen Mängel sowohl hinsichtlich des gemeinsamen Tatplanes als auch hinsichtlich der gemeinsamen Ausführungshandlung betreffen auch Mitarbeiter, die in einem aus ihrer Sicht legal operierenden Unternehmen ihre Arbeit aufnehmen und dort rechtskonforme Tätigkeiten verrichten. Sollte ihnen dann einmal ein rechtswidriges Agieren angesonnen werden, werden sie, wie bereits erläutert, regelmäßig die Ausführung verweigern. Andernfalls ist der Hintermann entweder Anstifter oder im Falle seines entsprechenden Mitwirkens an den Tathandlungen der Haupttat als Mittäter zu qualifizieren.⁹⁷ Zwar würde dann der Vordermann durch sein an die Anweisung des Hintermannes anknüpfendes Verhalten dessen Tatplan übernehmen, von einer „automatischen“ Antizipation kann dabei allerdings nicht ausgegangen werden. Zur Haftungs begründung in legalen Wirtschaftsunternehmen ist die Mittäterschaft weder eine zweckmäßig-praktikable noch eine dogmatisch tragfähige Lösung.

3. Das probate Instrument: Die Anstiftung

Wer einen vollverantwortlich handelnden Täter zur Deliktsbegehung anweist, ist zumeist problemlos als Anstifter i.S.d.

⁹² Roxin, Grünwald-FS (Fn. 13), S. 549 (553); s. auch Küpper, GA 1996, 519 (524).

⁹³ Otto (Fn. 12), § 21 Rn. 92.

⁹⁴ Vgl. etwa Bloy, GA 1996, 424 (434, 443).

⁹⁵ Erwägend für ein „In-Bewegung-Setzen“ als ausreichend komplexe Handlung auch Schroeder (Fn. 33), S. 169.

⁹⁶ Statt vieler Cramer/Heine, in: Sch/Sch (Fn. 10), § 26 Rn. 4; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 26), § 26 Rn. 2; Wessels/Beulke (Fn. 67), § 13 Rn. 568.

⁹⁷ So in concreto zutreffend in BGH NSTZ 2008, 89 (90).

§ 26 StGB zu identifizieren.⁹⁸ Anweisungen sind nämlich eine äußerlich eindeutige Form manipulativer Einwirkung, die im Erfolgsfalle beim Ausführenden jenen angesonnenen Tatentschluss hervorrufen (kann), um dessen rechtswidrig-vorsätzliche Verwirklichung es dem Ansinnenden geht.

Diese Einordnung hat aber vor allem zwei offenkundige Nachteile, die denn auch nach hiesigem Dafürhalten der eigentliche Grund für alle weitergehenden Täterkonstruktionen sind: Zum einen die gemeinhin hinzunehmende Straflosigkeit einer missglückten Begehung der Haupttat, sofern diese Vergehen zum Gegenstand hat. Erfolgreiche Verleitungen zu einer Straftat sind regelmäßig nur bei Verbrechen strafbar, §§ 30, 12 Abs. 1 StGB.⁹⁹ Zum anderen die Behandlung der Beteiligten bei den Sonderdelikten gem. § 28 StGB, da deren drittseitige Verwirklichung nach dem Gesetz ausgeschlossen ist.¹⁰⁰ Beide Konsequenzen lassen sich jedoch verkraften. Die Anwendungsfälle der „Organisationstäterschaft“ betreffen durchweg projektierte Verbrechen und auf solche sollten sie auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität beschränkt werden. Zumindest sollte die Haupttat in das Versuchsstadium gelangt sein, so dass auch Delikte erfasst wären, deren Versuch strafbar ist. Aktuell sind nämlich keine nennenswert gewichtigen Gründe ersichtlich, warum misslungene Anstiftungen zu Vergehen in „organisatorischen Machtapparaten“ oder anderen (privatwirtschaftlichen) Organisationen nun unbedingt strafbedürftiger sein sollten als außerhalb derartiger Vereinigungen. Seltene Ausnahmefälle sind hinzunehmen. Außerdem ermöglicht die Anstiftung dadurch, dass sie ebenso wie die Haupttat gemeinschaftlich begangen werden kann,¹⁰¹ auch die Erfassung von Anweisungen zu rechtswidrigen Taten, die mehrere Angehörige privatwirtschaftlicher Entscheidungsgremien (z.B. Vorstand, Geschäftsführung, Aufsichtsrat) getroffen haben. Die Haftung des Hintermannes als Anstifter ist systematisch wie inhaltlich überzeugend zu begründen. Auf komplizierte Konstruktionen zweifelhafter Täterstellungen kann verzichtet werden.

VII. Zusammenfassung und Schlusswort

Die Figur der „mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates“ verdient in der Wirtschaft wie auch

sonst Anerkennung nur, wenn die Organisationstäterschaft als Nötigungsherrschaft über einen eingeschränkt verantwortlichen Ausführenden zu qualifizieren ist. Dann aber stellt sie lediglich einen Unterfall der allgemein anerkannten Nötigungsherrschaft dar, hat mithin keinerlei eigenständige Bedeutung. Der Rückgriff auf die Mittäterschaft scheidet am fehlenden gemeinsamen Tatentschluss von Hintermann und Ausführungstäter sowie der gleichfalls mangelnden gemeinsamen Tatausführung: Das „In-Bewegung-Setzen“ des Apparates genügt keiner gesetzlichen Tathandlung. Anweisungen sind vielmehr intellektuelle Beeinflussungen eines Haupttäters, die auch innerhalb von Wirtschaftsunternehmen problemlos und sachgerecht der Anstiftung unterfallen.

Der BGH hat sich bei seiner Behandlung der Hintermänner organisatorischer Machtapparate von jedwedem festen Schema gelöst.¹⁰² Dies nährt den Verdacht, dass es um die rechtspolitische Befriedung eines Risikobereiches geht, der als bedrohliche Gefahrenquelle angesehen wird.¹⁰³ Dass Menschen oder Kollektive mit Organisationen eine Möglichkeit haben, deren integrative Wirkung und relative Anonymität vermeintlich sicher zu Straftaten zu nutzen. Die Organisation dient als Werkzeug zur Verwirklichung krimineller Zwecke.¹⁰⁴ Diese Furcht war hinsichtlich der Verbrechen des NS-Staates und des SED-Regimes ob wiederholt langer Ermittlungs- und Verfahrensdauer vielleicht nicht ganz unbegründet, inzwischen jedoch sind diese Fälle weitgehend abgearbeitet und sanktioniert. Es steht daher zu vermuten, dass künftige Fälle voraussichtlich eher den Bereich der Unternehmenskriminalität betreffen werden. Der BGH sollte dann seine Vorstellung konkretisieren, warum und in welchem Rahmen genau Anweisende in Wirtschaftsunternehmen als mittelbare Täter haften (sollen).

⁹⁸ Ebenso *Schlösser* (Fn. 7), S. 359; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414). Bereits zuvor in diesem Sinne *Herzberg* (Fn. 54), S. 48; *Rotsch*, NStZ 1998, 491; *ders.*, ZStW 112 (2000), 562.

⁹⁹ Freilich zeigen Ausnahmen wie § 159 StGB (Versuch der Anstiftung zur Falschaussage), dass die Rechtsordnung durchaus die erfolglose strafbare Anstiftung zu einem Vergehen kennt und § 30 StGB daher kein undurchbrechbares Prinzip des Systems der Beteiligtenstrafbarkeit definiert, vgl. *Lenckner*, in: *Sch/Sch* (Fn. 10), § 159 Rn. 1/2. Auch die Geheimnisschutzdelikte des UWG verdeutlichen dies: § 19 Abs. 1 UWG unterwirft das erfolglose Bestimmen eines anderen zum Verrat von Geschäftsgeheimnissen (§ 17 UWG) oder einer „Vorlagenfreibeuterei“ (§ 18 UWG) als eigener Deliktstatbestand gesonderter Vergehensstrafe.

¹⁰⁰ Vgl. das Beispiel von *Joecks*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 15), § 29 Rn. 51.

¹⁰¹ Vgl. *Kühl* (Fn. 26), § 20 Rn. 194.

¹⁰² Ähnlich *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (561); *ders.*, JR 2004, 248.

¹⁰³ Für eine Reform des Täterschaftssystems als Lösung der Kontroverse um die „richtige“ Behandlung der organisatorischer Machtapparate *Botke*, JuS 2002, 320 (323 f.); eine Abkehr von den bisher herrschenden Mustern regt an *Wolf*, *Schroeder-FS* (Fn. 39), S. 415 (418 ff., 429 f.).

¹⁰⁴ Diesen Vergleich zieht auch *Bosch* (Fn. 70), S. 235, der den Apparat bildlich mit einer Pistole vergleicht.

Zum Merkmal des Betroffens bei § 252 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Thorsten Schwarzer**, Kiel

Die problematischen Fallkonstellationen des räuberischen Diebstahls bleiben oftmals nicht ohne Auswirkungen auf das Merkmal „betroffen“, das in der Strafrechtswissenschaft auf unterschiedliche Weise gedeutet wird.

Im Kern geht es in diesem Beitrag um die problematische Situation des nötigenden Täters, der nur rein visuell als Person wahrgenommen wurde, zusätzlich aber irrig von seiner Wahrnehmung als Täter oder Tatverdächtiger ausgeht. Die diesbezüglich vorzunehmende Definition des Merkmals „betroffen“ hat jedoch auch Auswirkungen auf die Konstellation des Täters, der durch die Nötigung seinem Entdecktwerden als Individuum zuvorkommt.

I. Einleitung

Als räuberischer Dieb gem. § 252 StGB wird bestraft, wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten.

Soweit der Wortlaut der Vorschrift, der natürlich in seiner konkreten Anwendung das Potential für diverse Streitigkeiten birgt. Zentraler Streitpunkt ist die Auseinandersetzung um das Merkmal des Betroffens. Im Wesentlichen sind hier drei verschiedene Konfrontationsmöglichkeiten des Täters mit seinem Opfer möglich¹. In der unstrittigen Variante, die in jedem Fall ein Betroffen darstellt, trifft der Täter auf ein Opfer, das den kompletten Sachverhalt überschaubar, also vom Diebstahl des Täters weiß und ihn aufhalten will. Dem quasi gegenüber steht die bekannte und problematische Konstellation, dass der Täter auf ein Opfer trifft, das weder den Diebstahl noch den Täter als Individuum überhaupt wahrgenommen hat oder wahrnimmt. Der Täter kommt seiner Entdeckung durch die qualifizierte Nötigung zuvor. Die letzte Variante schließlich stellt sich gleichsam als Mischung der ersten beiden dar: Der Täter trifft auf ein Opfer, das zwar den Täter als Individuum, nicht aber den Diebstahl wahrgenommen hat².

Die erste Variante gestaltet sich dabei als völlig unproblematisch, da das Opfer hier von der Tätoreigenschaft des Diebes ausgeht.

Beispielsfall 1:

T ist in die Wohnung des O eingebrochen und hat seine Tasche bereits mit den vorgefundenen Wertsachen bepackt, als er plötzlich vom heimkehrenden Eigentümer überrascht wird. T versucht, durch den Hinterausgang zu entkommen, um seine Beute nicht zu verlieren, was ihm aber erst gelingt, als er den ihn verfolgenden O, der seine Wertsachen zurückholen will, niederschlägt.

Alle Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls sind erfüllt, insbesondere ist T in jedem Fall „betroffen“.

Problematisch sind nur die zweite und dritte Variante, wobei der zweiten Konstellation bereits verstärkte Aufmerksamkeit in der Rechtswissenschaft zugekommen ist³. Hier stellt sich die Frage, ob ein Täter auch dann betroffen ist, wenn er seinem Bemerkwerden durch schnelles Zuschlagen zuvorkommt.

Beispielsfall 2 (BGHSt 26, 95):

T hat einen Wohnungseinbruchsdiebstahl begangen und stellt plötzlich – noch am Tatort – fest, dass der Eigentümer O nach Hause kommt. Er versteckt sich hinter der Tür und schlägt, um seine Beute nicht zu verlieren, O nieder, als dieser den Raum betritt.

In diesem Fall sind alle weiteren Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls erfüllt. Es liegt ein Diebstahl als Vortat vor, die Frische der Tat ist durch den räumlich-zeitlichen Zusammenhang gegeben und T weist auch Besitzerhaltungsabsicht auf. Einzig strittig ist das Vorliegen des Merkmals „betroffen“, das der h.M. zufolge aber gegeben sein soll.

Im Folgenden soll jedoch verstärkt auf die dritte Variante eingegangen werden, der eine solch rege Bearbeitung bisher versagt blieb (freilich ist dies wohl zumindest zum Teil darauf zurückzuführen, dass der Meinungsstand zu dieser Variante durch den zur zweiten Konstellation teilweise überlagert wird. Dies resultiert daraus, dass eine Bejahung des Betroffens in der zweiten Variante zwangsläufig in Bezug auf die hier zu stellende Frage auch nur zu einem positiven Ergebnis kommen kann. Denn wer die These aufstellt, dass jemand völlig unbemerkt betroffen sein kann, muss konsequenterweise natürlich ebenfalls sagen, dass dieser dann erst recht nicht als Tatverdächtiger gelten muss. Aufgrund der beschriebenen Überlagerung der hier behandelten Konstellation wird darauf aber oft gar nicht eingegangen. In Anbetracht dessen ist eine isolierte Betrachtung der hier in den Focus rückenden Variante nicht angeraten, sodass im Folgenden auch auf die andere Fallkonstellation Bezug genommen wird). Die Frage, die sich in Anbetracht der dritten Fallkonstellation zwangsläufig stellt, ist, ob das Merkmal „betroffen“ auch eine Verdachtsbildung seitens des Opfers erfordert. Mit anderen Worten: Ist bereits betroffen, wer vom Opfer nur visuell als anwesend wahrgenommen, jedoch nicht als Tatverdächtiger angesehen wird? Oder verlangt das Merkmal zusätzlich, dass der Täter vom Opfer nicht nur als Individuum sondern auch als Täter oder zumindest Tatverdächtiger des Diebstahls ertappt wird? Dieses Problem wird, wie bereits angedeutet, in Fallkonstellationen relevant, in denen ein vom Opfer gar nicht realisierter Diebstahl vorliegt, der Dieb aber in der irrigen Annahme, das Opfer wolle den verlorenen Besitz zurücklangen, im räumlich-zeitlichen Zusammenhang zu diesem Diebstahl mit den qualifizierten Nötigungsmitteln des § 252 StGB reagiert.

Beispielsfall 3:

T hat nach einem Wohnungseinbruchsdiebstahl mit der Beute in seiner Tasche die Wohnung verlassen. Im Hausflur kommt ihm der Eigentümer O entgegen, der gerade auf dem

¹ So auch *Schünemann*, JA 1980, 393 (398).

² In Anbetracht der Ablehnung der Forderung nach einem „hinzukommenden“ Opfer kann der Täter auch seit längerer Zeit mit dem Opfer zusammen sein.

³ Vgl. nur *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2004, 26. Problem.

Heimweg ist und T auch wahrnimmt. O hält T für einen neuen Nachbarn und mustert ihn eingehend, weswegen T sich irrig für entdeckt glaubt und O daher niederschlägt, um seine Beute nicht zu verlieren.

Auch in diesem Fall ist vom Vorliegen aller übrigen Erfordernisse des räuberischen Diebstahls auszugehen. Ein Diebstahl bildet die Vortat, die Frische der Tat ist noch gegeben und T weist Besitzerhaltungsabsicht auf⁴. Einzig fraglich ist, ob T auch betroffen ist, da O aufgrund seiner mangelnden Kenntnis des Diebstahls T zwar visuell als Individuum, aber eben nicht als Tatverdächtigen oder Täter wahrgenommen hat. Ob dies ausreicht, um die Frage nach dem Betreffen positiv zu bescheiden, ist nunmehr zu eruieren.

II. Entbehrlichkeit der Verdachtsbildung

Die h.M. in der Rechtswissenschaft hält ein Betreffen auch dann für gegeben, wenn eine Verdachtsbildung seitens des Opfers nicht vorliegt, der Täter also nur als Individuum visuell wahrgenommen wird. Die Mehrheit der hier zu nennenden Autoren nimmt dieses Ergebnis jedoch ohne weitere Ausführungen oder Begründungen an⁵. *Eser* geht ebenfalls ohne weitere Erklärung von der Entbehrlichkeit der Verdachtsbildung aus, scheint das Merkmal „betroffen“ aber aus der Sicht des Täters zu definieren, wohl also gar nicht von einer „Verdachtsbildung“ durch das Opfer, sondern eher durch den Täter auszugehen.⁶

Daneben wird diese Auffassung nur von wenigen Autoren mit Begründungen versehen. So hält etwa *Schünemann* eine Verdachtsbildung deshalb nicht für notwendig, weil sich bei Gegenüberstellung der drei möglichen Fallvarianten keine Gründe fänden, § 252 StGB auf eine oder zwei der Varianten zu beschränken. Dies würde zu Ungleichbehandlungen führen, da die kriminelle Energie identisch sei. Bedenken, mit dieser Auslegung gegen den Wortlaut zu verstoßen, räumt er mit dem Hinweis beiseite, „betroffen“ könne auch als „begegnet“ verstanden werden.⁷ Dem schließt sich *Rengier* an, der „betroffen“ aus der Sicht des Täters als „zusammentreffen“ interpretiert.⁸

Desgleichen geht auch *Geilen* davon aus, dass die alleinige Visualisierung des Täters als Individuum bereits für das Betreffen ausreicht. Er weist darauf hin, dass das Merkmal

⁴ Dass ihm tatsächlich gar keine Entziehung seiner Beute drohte, ist in diesem rein subjektiven Tatbestandselement natürlich irrelevant.

⁵ So bei *Sander*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 252 Rn. 9; *Seelmann*, JuS 1986, 201 (206); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 252 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 368, der zumindest anführt, die subjektive Verdachtsbildung stelle unter dem Blickwinkel der Selbstbegünstigung sogar einen eher mildernden Aspekt dar.

⁶ *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 252 Rn. 4.

⁷ *Schünemann*, JA 1980, 393 (398).

⁸ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 10 Rn. 6 f.

keine Hinweise auf eine subjektive Komponente enthalte und plädiert für die rein objektive Gestaltung des Betreffens.⁹

Auch die Rspr. scheint vorwiegend dieser Auffassung zugeneigt zu sein. So konstatierte bereits das Reichsgericht im Jahre 1939, „betroffen“ bedeute nicht mehr als „wahrnehmen“ oder „bemerken“¹⁰. Der BGH vertiefte dieses Verständnis (im zweiten Beispielfall) dahingehend, dass auch das reine raumzeitliche Zusammentreffen unabhängig von der tatsächlichen Wahrnehmung bereits ein Betreffen darstelle.¹¹ Die Begründung des BGH baut ebenfalls auf einem Vergleich der verschiedenen möglichen Tatsituationen auf. Es sei nicht mit dem Sinn des § 252 StGB vereinbar, den Täter deswegen nicht nach dieser Vorschrift zu bestrafen, weil er dem Bemerkwerden durch schnelles Zuschlagen zuvorgekommen sei. Zwar bezieht sich diese Rechtsprechung auf den zweiten Beispielfall und damit auf die Frage, ob ein „betroffen“ auch beim Zuvorkommen des Bemerkwerdens zu bejahen ist, da dann aber erst recht keine Verdachtsbildung nötig ist, können die dabei vorgetragenen Argumente auch hier herangezogen werden.¹²

Daher sprechen für diese Ansicht auch die gesamten Argumente, die ein „betroffen“ schon beim Zuvorkommen des Bemerkwerdens bejahen. Diese beziehen sich hauptsächlich auf die Erwägung, den Täter, der in spiegelbildlicher Entsprechung zum Raub den ungesicherten Gewahrsam nach der Wegnahme mit Raubmitteln verteidigt, auch gleich einem Räuber zu bestrafen.¹³ Dass quasi ein spiegelbildlicher Raub vorliege, wird auch immer wieder mit dem doch recht fragwürdigen Argument vertreten, der Täter hätte naheliegenderweise auch genötigt, wenn er vor Vollendung des Diebstahls bemerkt worden wäre. Wer zudem seinem Bemerkwerden durch die qualifizierte Nötigung zuvorkomme, zeige seine besondere Gefährlichkeit und verwirkliche mehr Unrecht, als wenn er erst danach handle (in der hier zu prüfenden Situation des bereits erblickten Täters, der ja sogar bereits von seiner Entdeckung ausgeht, müsste dann entsprechend von einem zumindest identischen Unrechtsgehalt ausgegangen werden)¹⁴.

III. Notwendigkeit der Verdachtsbildung

Dem gegenüber steht die Ansicht, die eine Verdachtsbildung für das Merkmal „betroffen“ als unerlässlich erachtet. Die Zahl ihrer Vertreter ist zwar nicht so hoch, jedoch werden von ihnen zumeist tiefgehende Begründungen geliefert.

⁹ *Geilen*, Jura 1980, 43.

¹⁰ RGSt 73, 343 (346).

¹¹ BGHSt 26, 95 (96).

¹² Siehe oben S. 265.

¹³ *Bach*, MDR 1957, 402.

¹⁴ *Günther*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 43. Lieferung, Stand: April 1998, § 252 Rn. 13; *Hauf*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, Vermögensdelikte, 2. Aufl. 2002, S. 64; *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte, 14. Aufl. 2005, § 3 Rn. 211; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 252 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 8), § 10 Rn. 6.

So ist hier zunächst *Schnarr* zu nennen, der das Betreffen aus der Opfersicht definiert und aus dem Wortlaut schließt, dass die sprachliche Verknüpfung zwischen dem Wort „Diebstahl“ und dem Merkmal „betroffen“ eine Wahrnehmung als Täter intendiere.¹⁵ Zur Erhärtung dieser These führt er das Beispiel des Taschendiebes ins Feld. Nach der Gegenansicht wäre dieser von allen Menschen betroffen, die mit ihm Sichtkontakt aufnahmen, was sich „weder mit dem Wortlaut noch mit der Stellung des Merkmals im Tatbestand des § 252 StGB vereinbaren“ lasse¹⁶.

Diesem Wortlautargument schließt sich auch *Lask* an, der ebenfalls eine diesbezüglich verstärkte Verknüpfung zwischen dem Diebstahl und dem Betreffen konstatiert.¹⁷

In diesem Zusammenhang ist zudem *Haas* zu nennen, der in einer Kombination von historischem und Wortlautargument feststellt, dass zur Zeit der Schaffung des § 252 StGB das Merkmal „betroffen“ als „treffen, betreten, ergreifen, ertappen“ zu verstehen war.¹⁸ Zwar falle das Ergebnis der teleologischen Auslegung aus verschiedenen Gründen gegenteilig aus¹⁹; da sich aber das Verständnis des Wortes „betroffen“ gegenüber dem 19. Jahrhundert nicht geändert habe, würde der Verzicht auf die Verdachtsbildung einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG bedeuten.²⁰ Die durch diesen Befund zu befürchtenden Strafbarkeitslücken könne allein die lege ferenda der Gesetzgeber ausräumen.²¹

Auch *Joecks* konstatiert, dass „der Begriff des Betroffenseins letztlich nichts anderes als Entdeckung der Tat meint“, hält also ebenfalls den Wortlaut für eindeutig.²²

Schließlich sind auch im Rahmen dieser Auffassung Autoren zu nennen, die ohne weitere Argumentation eine Verdachtsbildung voraussetzen, wie etwa *Geppert*²³, *Otto*²⁴ oder *Samson*. *Samson* kritisiert zusätzlich die von *Eser* u.a.²⁵ vorgenommene Definition des Merkmals „betroffen“ aus der Tätersicht. Da dieses eindeutig ein objektives Tatbestandsmerkmal darstelle, sei eine solche Subjektivierung unzulässig²⁶.

Nicht ganz eindeutig lässt sich die Auffassung *Herdegens* in dieses Schema einordnen. Denn einerseits fordert er, dass

der Dieb nicht nur als Person, sondern als Straftatverdächtiger bemerkt worden sein muss. Gleichzeitig hält er aber daneben fest, ein „betroffen“ sei auch gegeben, wenn der Täter aus einem raumzeitlichen Zusammentreffen nur folgere, als Tatverdächtiger wahrgenommen zu sein, was doch zumindest in einem gewissen Grad auf die Entbehrlichkeit einer Verdachtsbildung hindeutet²⁷.

IV. Stellungnahme

Zu beginnen ist an dieser Stelle mit dem Gesetzeswortlaut, da die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung die äußerste Grenze der Gesetzesauslegung darstellt. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip, dass eine Auslegung, die nicht mehr mit dem Wortlaut der Vorschrift zu vereinbaren ist, gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB verstoßen würde.

Zunächst lässt sich möglicherweise schon allein aus der Existenz des Merkmals „betroffen“ die Schlussfolgerung ziehen, dass zumindest ein bloßes raumzeitliches Zusammentreffen (wie im zweiten Beispielfall) nicht mehr vom Wortlaut der Norm umfasst ist. Denn käme es lediglich auf das raumzeitliche Zusammentreffen an, wäre das Merkmal „betroffen“ sinnentleert und damit überflüssig. Dieses Ergebnis lässt sich anschaulich in einem hypothetischen Hinwegdenken des Merkmals „betroffen“ darstellen. Dann würde § 252 StGB lauten: „Wer bei einem Diebstahl auf frischer Tat, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen“. Unter Zugrundelegung dieses Gesetzeswortlautes würden jedoch immer noch alle Fälle, die ein rein raumzeitliches Zusammentreffen zwischen Täter und Opfer beschreiben, als räuberischer Diebstahl erfasst. Daher lässt sich festhalten, dass bereits das bloße Vorhandensein des Merkmals „betroffen“ ein Beleg dafür ist, dass seine Bedeutung über ein einfaches raumzeitliches Zusammentreffen hinausgeht, vielmehr von einem „wahrnehmen“ auszugehen ist²⁸.

Gegen diese These spricht evtl. die Überlegung, dass auch in anderen Vorschriften sinnentleerte und daher eigentlich überflüssige Tatbestandsmerkmale vorkommen. So stellt nach ganz h.M. das Merkmal „rechtswidrig“ (bzw. sein Synonym) in §§ 123, 290, 303, 305, 305a StGB kein Tatbestandsmerkmal, sondern einen eigentlich überflüssigen Hinweis auf das ohnehin zu prüfende allgemeine Verbrechenmerkmal der Rechtswidrigkeit in der selbständigen Deliktsebene dar.²⁹ Je-

¹⁵ *Schnarr*, JR 1979, 314 (315).

¹⁶ *Schnarr*, JR 1979, 314 (316).

¹⁷ *Lask*, Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), 1999, S. 113.

¹⁸ *Haas*, in: Momsen u.a. (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur Strafrechtsvergleichung (für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung), 2003, S. 168.

¹⁹ *Haas* (Fn. 18), S. 173 f.

²⁰ *Haas* (Fn. 18), S. 176 f.

²¹ *Haas* (Fn. 18), S. 184.

²² *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 7. Aufl. 2007, § 252 Rn. 5.

²³ *Geppert*, Jura 1990, 554 (556).

²⁴ *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 46 Rn. 55.

²⁵ Siehe Fn. 31.

²⁶ *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 14), 4. Aufl., 20. Lieferung, Stand: September 1986, § 252 Rn. 5.

²⁷ *Herdegen*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 252 Rn. 12, was wie bei der Auffassung *Eser*s eine Definition des Merkmals betreffen aus der subjektiven Sicht des Täters voraussetzt.

²⁸ So auch *Lask* (Fn. 17), S. 114; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 31.

²⁹ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 16 Rn. 14; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), vor § 13 Rn. 65;

doch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die dennoch vorgenommene Verwendung eines solchen im Grunde sinnentleerten Merkmals in diesen Vorschriften mit dem Zweck begründet werden kann, besonders auf das Eintreten hier nahe liegender Rechtfertigungsgründe zu achten. Ein entsprechend guter Grund, ein eigentlich überflüssiges und sinnentleertes Element in den Wortlaut des § 252 StGB aufzunehmen, ist im Gegensatz dazu hier aber nicht ersichtlich.

Somit kann konstatiert werden, dass bereits der Wortlaut von § 252 StGB ein Verständnis des Merkmals „betroffen“ als bloßes raumzeitliches Zusammentreffen von Täter und Opfer unmöglich macht. Da das Merkmal ansonsten eine nicht begründbare sinnentleerte und überflüssige Redundanz darstellen würde, ist es zumindest als „wahrnehmen“ zu deuten, wovon im Folgenden auch ausgegangen werden soll. Im zweiten Beispielfall wäre T also mangels Betroffenheit nicht wegen räuberischen Diebstahls zu bestrafen.

Fraglich ist nunmehr noch, ob dem Wortlaut daneben auch das Bedürfnis einer Verdachtsbildung entnommen werden kann, die vorläufige Identifizierung als „wahrnehmen“ also nicht weitgehend genug ist. *Lask* und *Schnarr* nehmen dies, wie erwähnt, mit der Begründung an, dass das notwendigerweise auf die Opfervorstellung bezogene Merkmal „betroffen“ sich sprachlich auf den Diebstahl beziehe („[...] bei einem Diebstahl [...] betroffen [...]"). Wenn aber die Vorstellung des Opfers entscheidend sei, müsse sich diese Vorstellung aufgrund der sprachlichen Verknüpfung auch auf den Diebstahl beziehen, sodass die Verdachtsbildung bereits durch den Wortlaut der Norm gefordert werde.³⁰ Dem ist aber aus nachstehenden Gründen nicht zu folgen:

Zunächst lässt sich allerdings festhalten, dass die These, das Merkmal „betroffen“ sei nur aus der Opfervorstellung zu betrachten, uneingeschränkte Zustimmung verdient. Wer demgegenüber wie *Eser* auf die Vorstellungen des Täters abstellt und das Merkmal „betreffen“ danach beurteilt, was dieser wahrnimmt³¹, versubjektiviert ein objektives Tatbestandsmerkmal. Solche Erwägungen sind aber naturgemäß erst im subjektiven Tatbestand relevant und vom objektiven Tatbestand fernzuhalten (dieses vermeintliche Bedürfnis ergibt sich wohl aus der Verwandtschaft des räuberischen Diebstahls mit dem Raub, da dort mit der Finalität ein sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfassendes Tatbestandsmerkmal enthalten ist. Um die Vergleichbarkeit mit § 249 StGB zu wahren, wird daher recht häufig im Rahmen des Betreffens ebenfalls auf subjektive Erwägungen eingegangen. Die Entsprechung der Finalität bei § 252 StGB liegt aber einerseits objektiv in der Frische der Tat, andererseits subjektiv in der Besitzerhaltungsabsicht, das Merkmal „betreffen“ findet dagegen bei § 249 StGB keine Entsprechung. Es wäre daher falsch, das objektive Merkmal des Betreffens derart auszulegen, um die Vergleichbarkeit mit § 249 StGB zu wahren, da diese insoweit bereits besteht). Daher kann festgehalten wer-

den: Die Betroffenheit des Täters ist ein rein objektives Tatbestandsmerkmal, das allein aus der Sicht des Opfers festzustellen ist. Auf dieser Prämisse aufbauend beziehen *Lask* und *Schnarr* die Sicht des Opfers auch auf den mit dem Merkmal „betroffen“ verknüpften Diebstahl. Wie bereits erwähnt müsste das Opfer dann auch den Diebstahl erkannt haben, weswegen bereits der Wortlaut eine Verdachtsbildung fordere und „betroffen“ nicht nur mit „wahrgenommen“ zu übersetzen sei. Der Bezug dieses Merkmals auch auf den Diebstahl ist jedoch nicht so eindeutig feststellbar. Denn auch wenn ein gewisser Bezug auf den Diebstahl nicht von der Hand gewiesen werden kann, kann hier noch nicht von der Notwendigkeit eines Wissenselementes gesprochen werden. Vielmehr bezieht sich das Betreffen auf das „wer“, das Opfer muss also den Täter tatsächlich wahrnehmen. Die Verbindung zum Diebstahl ist nun dergestalt, dass die Wahrnehmung des Täters bei dem Diebstahl geschehen muss (wobei das „bei“ noch näher von der „Frische der Tat“ erläutert wird), es geht jedoch nicht um die Wahrnehmung des Täters und des Diebstahls. Das Opfer muss lediglich eine Person wahrnehmen, die einen Diebstahl begeht bzw. gerade begangen hat, der Wortlaut intendiert hingegen nicht, dass es zusätzlich auch den Diebstahl wahrnimmt. Die Deutung des Merkmals „betreffen“ als bloßes „wahrnehmen“ ohne jede Verdachtsbildung auf der Opferseite würde daher also gerade keinen Verstoß gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege“ gem. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB bedeuten. Vielmehr ist der Wortlaut ebenso offen für die hier bevorzugte Deutung des Merkmals „betroffen“ im Sinne von „als Person wahrgenommen“.

Für diese Auslegung sprechen zudem folgende Gründe:

Eine differenzierte Behandlung von Fällen, in denen der Täter ein argloses, ihn nicht verdächtigendes (sondern nur als Person wahrnehmendes) Opfer nötigt (dritter Beispielfall), und solchen Fällen, in denen der Täter ebenso mit einem Opfer verfährt, das ihn bereits als Täter oder Tatverdächtigen erkannt hat (erster Beispielfall), ließe sich nur begründen, wenn der Unrechtsgehalt der Taten unterschiedlich wäre. Gerade das intendiert die eine Verdachtsbildung fordernde Ansicht. Denn ihr zufolge wäre im dritten Beispielfall der objektive Tatbestand nicht erfüllt, da T nicht „ertappt“ und damit eben nicht „betroffen“ war. Das konsequente Ergebnis wäre dann ein versuchter räuberischer Diebstahl, da T ja gerade davon ausgeht, ertappt zu sein und auch ansonsten alle erforderlichen subjektiven Tatbestandsmerkmale sowie ein unmittelbares Ansetzen vorliegen³². Da der Versuch aber gegenüber dem vollendeten Delikt dadurch gekennzeichnet ist, dass ein zumindest verminderter Erfolgsunwert vorliegt, geht diese Ansicht tatsächlich davon aus, dass der Unrechtsgehalt der Tat insgesamt geringer ist, wenn das genötigte Opfer keinen Verdacht in Bezug auf den Täter geschöpft hat. Es ist aber fraglich, ob hier tatsächlich von geringerem Unrechtsgehalt ausgegangen werden kann. Der Unrechtsgehalt einer Tat wird im Wesentlichen bestimmt durch die Verletzung der durch die jeweilige Norm geschützten Rechtsgüter. § 252 StGB schützt gleichrangig einerseits das Eigentum, andererseits

Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 135.

³⁰ *Lask* (Fn. 17), S. 120; *Schnarr*, JR 1979, 314 (315).

³¹ *Eser* (Fn. 6), § 252 Rn. 4; *Herdegen* (Fn. 27), § 252 Rn. 12; wohl auch *Schünemann*, JA 1980, 393 (398).

³² So denn auch *Joecks* (Fn. 22), § 252 Rn. 6; *Sander* (Fn. 5), § 252 Rn. 11.

auch die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit³³. Daneben wird vermehrt die Auffassung vertreten, auch das Notrecht der Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB sei von § 252 StGB erfasstes Schutzgut³⁴. Es ist also der Fall eines in Besitzerhaltungsabsicht nötigenden, vom Opfer als Täter oder Tatverdächtigen identifizierten Diebes (erster Beispielfall) dem eines in Besitzerhaltungsabsicht nötigenden, vom Opfer aber nur als Person erkannten Diebes (dritter Beispielfall) dahingehend gegenüberzustellen, ob sie gleichermaßen die soeben dargestellten, von § 252 umfassten Schutzgüter verletzen.

In Bezug auf das geschützte Rechtsgut Eigentum ist das Ergebnis leicht zu erkennen. In beiden Fällen ist ein Diebstahl (bzw. Raub) essentielle Prämisse des § 252 StGB, sodass das Eigentum beiderseits verletzt ist. Stets hat der Täter eine Sache in Zueignungsabsicht weggenommen und damit die aus dem Eigentumsrecht gem. § 903 S. 1 BGB entspringenden Rechte des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, verletzt. Denn aufgrund seines Enteignungsvorsatzes zeigt der Täter, dass er sich an die Stelle des Eigentümers setzen will und diese ihm nicht zustehenden Rechte damit für sich beansprucht. Der tatsächliche Eigentümer kann sie nicht mehr wahrnehmen und ist daher in seinem Eigentumsrecht verletzt. Da diese Verletzung in beiden Fällen gegeben ist, ist der Unrechtsgehalt insoweit identisch.

Des Weiteren ist nach der Verletzung des ebenfalls geschützten Rechtsgutes der Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit zu fragen. Im ersten Beispielfall des den Täter als solchen erkennenden Opfers ist er spätestens darin zu erblicken, dass der Täter durch die Nötigung dem Opfer seinen Willen aufzwingt, ihn nicht weiter zu verfolgen. Im dritten Beispielfall kann der Täter seinem Opfer einen solchen Willen aber nicht aufzwingen, denn das Opfer will ihn mangels Tatverdacht ja gar nicht verfolgen. Da das Opfer seine Willensfreiheit, den Täter zu stellen, also gar nicht wahrnimmt, könnte hier möglicherweise auch nicht von einer Verletzung dieser Freiheit ausgegangen werden. Jedoch darf der Begriff der Willensfreiheit hier nicht nur darauf bezogen werden, seinen Willen, dem Dieb die Sache wieder wegzunehmen, durchzusetzen. Vielmehr liegt sie wie bei § 240 StGB auch hier darin, frei von Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit bzw. frei von allgemeinen Zwängen zu sein. Würde der Täter im dritten Beispielfall seinem Opfer nur drohen, es solle sich auf den Boden legen und ihn nicht verfolgen, würde die Beeinträchtigung der Willensfreiheit deutlich sichtbar, wenn das Opfer täte wie ihm geheißt, auch wenn es nicht wüsste, warum. Im Rahmen des Niederschlagens ist das Ergebnis kein anderes. Die bloße Tatsache, dass das Opfer die Motive des Täters nicht kennt, ändert daran nichts. Auch das Schutzgut der Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit ist daher in beiden Fällen gleichermaßen verletzt, der Unrechtsgehalt also auch insoweit identisch (auch die Verbindung zwischen diesen verletzten Rechtsgütern ist in beiden Beispielfällen gegeben. Die Verletzung der

Willensbetätigungsfreiheit erfolgt nicht unabhängig von der Verletzung des Eigentums, sondern ist in beiden Fällen das Mittel zum Zweck. Der Täter verletzt die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit, um die Verletzung des Eigentumsrechts aufrecht zu erhalten).

Somit ist als letzte Möglichkeit zur Feststellung eines unterschiedlichen Unrechtsgehalts auf die Verletzung des Schutzgutes des Notrechts auf Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB einzugehen. Im ersten Beispielfall eines den Dieb als Täter oder Tatverdächtigen wahrnehmenden Opfers ist die Verletzung dieses Rechts eindeutig zu erkennen. Da es versucht, dem Täter dessen Beute wieder abzunehmen, nimmt es gerade die in § 859 Abs. 2 BGB aufgeführten Rechte wahr. Der Besitzkehr auf Seiten des Opfers steht die Besitzerhaltung auf Seiten des Täters spiegelbildlich gegenüber. Durch die Besitzerhaltung, die der Täter mittels Nötigung durchsetzt, verhindert er die Ausübung des Rechts auf Besitzkehr und verletzt es damit. Fraglich ist, ob dieser Befund nun schließlich auch im gegenübergestellten dritten Beispielfall des nur als Person wahrgenommenen nötigenden Täters gestellt werden kann. Zwar ist die Situation hier im wesentlichen identisch, der Unterschied, der möglicherweise zu einer anderen Wertung zwingt, könnte aber darin liegen, dass das Opfer vorliegend gar nicht daran denkt, sein bestehendes Recht auf Besitzkehr wahrzunehmen, da es den Diebstahl ja überhaupt nicht wahrgenommen hat. Mit der h.M., die vom Erfordernis des subjektiven Rechtfertigungselementes ausgeht³⁵, könnte daher aufgrund der mangelnden Kenntnis des Opfers von der rechtfertigenden Lage das Notrecht der Besitzkehr gar nicht erst zur Entstehung gekommen sein³⁶. Damit könnte das Opfer auch nicht in der Ausübung dieses Rechts verletzt werden, womit der Erfolgswert im dritten Beispielfall vermindert und damit der Unrechtsgehalt insgesamt geringer wäre. Da die Besitzerhaltungsabsicht als bloße überschießende Innentendenz aber lediglich die Verwirklichung von Handlungsunrecht fordert, ist diesem Befund folgendes entgegenzuhalten: Indem der Besitzkehr auf Seiten des Opfers die Besitzerhaltung auf Seiten des Täters gegenübersteht, würde der Täter das Recht auf Besitzkehr unstreitig verletzen, wenn er selbst im Besitz der Sache bleibt. Aufgrund der rein subjektiven Ausgestaltung der Besitzerhaltung als Absicht genügt es aber zu dieser Rechtsgutsverletzung auch, wenn der Täter nur versucht, im Besitz der Sache zu bleiben. Wenn das Opfer also sein Recht auf Besitzkehr durchzusetzen vermag, liegt dennoch ein vollendeter räuberischer Diebstahl vor, da der Täter in Besitzerhaltungsabsicht handelte. Der Täter muss also gar nicht erfolgreich das Recht auf Besitzkehr vereiteln, es genügt, wenn er dies versucht. So liegt es aber auch hier, wo der Täter ja ebenfalls den Versuch unternimmt, die vermeintliche Besitzkehr des Opfers zu vereiteln. Es darf nun keinen Unterschied machen, ob dieser Versuch daran scheitert, dass das Opfer sein Recht durchsetzt oder dass ein solches Recht objektiv gar nicht besteht bzw. entstanden ist. Die

³³ Eser (Fn. 6), § 252 Rn. 1; Herdegen (Fn. 27), § 252 Rn. 3; Joecks (Fn. 22), § 252 Rn. 1; Rengier (Fn. 8), § 10 Rn. 1.

³⁴ Haas (Fn. 18), S. 175; Lask (Fn. 17), S. 216.

³⁵ Joecks (Fn. 22), vor § 32 Rn. 11; Lackner/Kühl (Fn. 14), § 32 Rn. 7; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), vor §§ 32 ff. Rn. 13; Tröndle/Fischer (Fn. 5), § 32 Rn. 14 m.w.N.

³⁶ So auch Haas (Fn. 18), S. 175.

Besitzerhaltungsabsicht und damit im Umkehrschluss auch das Recht auf Besitzkehr beinhaltet mithin gar kein Erfolgsonrecht, sondern ist als rein subjektives Merkmal allein vom Handlungsunrecht geprägt. Dieses Handlungsunrecht hat der Täter aber bereits dadurch vollständig verwirklicht, dass er wie hier in der Absicht handelte, sich im Besitz der gestohlenen Sache zu halten. Somit lässt sich schließlich festhalten, dass auch das Schutzgut der Besitzkehr in beiden Fällen auf identische Weise verletzt ist³⁷.

Damit ist abschließend festgestellt, dass der Unrechtsgehalt der beiden gegenübergestellten Fälle identisch und daher eine differenzierte Behandlung nicht vorzunehmen ist.

Daneben führt die Ansicht der Notwendigkeit einer Verdachtsbildung auch zu Widersprüchen. Wer nämlich zusätzlich eine Verdachtsbildung auf Seiten des Opfers fordert, überlässt die Strafbarkeit des Täters allzu oft Zufälligkeiten. In allen Fällen des dritten Beispielsfalls, in denen das Opfer den Diebstahl selbst nicht gesehen hat, käme es auf die intellektuelle Fähigkeit des Opfers an, das Geschehen überhaupt zu realisieren, danach die Zusammenhänge schnell zu erfassen und damit zu einer Verdachtsbildung zu kommen. Stellt man dabei beispielhaft Opfer gegenüber, bei denen diese Fähigkeit unterschiedlich stark ausgeprägt ist, kann es dabei zu widersprüchlichen Ergebnissen kommen. Der Täter, der sich gerade ein intellektuell eher schwerfälliges oder auch nur unaufmerksames Opfer, das trotz zahlreicher deutlicher Hinweise zu keiner Verdachtsbildung gelangt, ausgesucht hat, wäre im Hinblick auf § 252 StGB in Vollendung straflos, es läge lediglich ein Versuch vor. Dem entgegen wäre der Täter, der sich einem besonders aufmerksamen und intelligenten oder auch nur misstrauischen Opfer, das bereits bei nur geringen Verdachtsmomenten blitzschnell den Diebstahlscharakter erkennt bzw. zu erkennen glaubt (was für eine Verdachtsbildung natürlich ausreichend ist), gegenübersteht, nach § 252 StGB zu bestrafen. Dieser Widerspruch hält sich durch den versuchten räuberischen Diebstahl mit seiner nur fakultativen Strafmilderung zwar in Grenzen, ist aber dennoch messbar und kann aufgrund des identischen Unwertgehaltes in beiden Situationen nicht erklärt werden. Er folgt mithin lediglich aus der reinen Zufälligkeit, welches Opfer dem Täter gegenübersteht bzw. wie (und wie schnell) dieses die Situation einschätzt.

V. Zusammenfassung

Der Wortlaut des § 252 StGB fordert bereits aufgrund der bloßen Existenz des Merkmals „betroffen“, es zumindest mit „wahrnehmen“ zu übersetzen. Damit ist ein Betreffen in Fällen, in denen der Täter seinem Bemerkwerden durch schnelles Zuschlagen bzw. sonstiges qualifiziertes Nötigen zuvorkommt, stets abzulehnen. Wem dieses Ergebnis unbillig erscheint, kann sich nur der Forderung *Haas* nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers anschließen³⁸. Eine weitergehende Eingrenzung des Merkmals „betroffen“ in Form einer Verdachtsbildung ist durch den Wortlaut jedoch nicht inten-

diert. Dieser ist hier vielmehr offen, sodass der teleologisch vorzugswürdigen Ansicht, eine Verdachtsbildung auf der Seite des Opfers sei entbehrlich, zu folgen ist. Daher muss im Rahmen des § 252 StGB der Täter vom Opfer nicht als Täter bzw. Tatverdächtiger, sondern nur (dies aber zwingend!) als Person wahrgenommen worden sein.

³⁷ Mit anderer Begründung, aber identischem Ergebnis *Haas* (Fn. 18), S. 175 f.

³⁸ *Haas* (Fn. 18), S. 184.

Übungsfall: Die Spritschleuder

Von Wiss. Mitarbeiter **Ole Sachtleber**, Kiel*

Der nachfolgende Fall behandelt schwerpunktmäßig zwei kontrovers diskutierte Probleme des modernisierten Kaufrechts, die Gegenstand von Entscheidungen des EuGH bzw. des BGH waren. Die Bearbeiter haben sich dabei sowohl mit den europarechtlichen Hintergründen des Deutschen Kaufrechts als auch mit Fragen der Methodenlehre auseinandergesetzt. Daneben werden Probleme des Allgemeinen Teils berührt.

A. Sachverhalt

S möchte sich nach der bestandenen Ersten Juristischen Staatsprüfung ein neues Auto gönnen. Als Akademiker ist er sich dabei seiner Verantwortung gegenüber nachfolgenden Generationen bewusst, so dass für ihn nur ein sparsames Auto in Frage kommt.

Eines Tages sieht er in der Werbepause seiner Lieblingssendung („Richter Alexander Hold“) einen aufwändig produzierten Spot der Öko-Fahrzeuge AG, in der ein neues umweltschonendes Fahrzeug – der ÖkoStar 2000 – angepriesen wird, welches nur 2 l/100 km Kraftstoff verbrauche. Bereits im Vorfeld informierte die Öko-Fahrzeuge AG voller Stolz ihr Händlernetz über diesen Werbe-Feldzug.

Kurz entschlossen sucht S den Kieler Vertragshändler der Öko-Fahrzeuge AG auf, das Autohaus A & B-OHG. Deren Gesellschafter A hatte vor kurzem – ohne Wissen seines Mitgesellschafter B – den langjährigen und verdienten Angestellten P zum Prokuristen ernannt. Zur Eintragung ins Handelsregister wurde dies nicht angemeldet. Dem P wurde in einer internen Unterredung aufgegeben, Preisnachlässe allenfalls bis zu einer Höhe von 1000 € zu gewähren – keinesfalls darüber hinaus.

S interessiert sich sehr für einen im Showroom ausgestellten ÖkoStar 2000. Dieser Neuwagen soll 15.000 € kosten – dies entspricht dem Wert eines solchen Fahrzeugs.

S macht deutlich, dass er diesen ausgestellten Wagen haben möchte, um möglichst rasch über ein Fahrzeug zu verfügen. Zwar käme für ihn kein anderer Hersteller in Betracht und würde er notfalls auch die Lieferzeit für einen Neuwagen in Kauf nehmen, doch sei er froh, wenn er den Wagen gleich mitnehmen könne.

Weil S dennoch wegen des für ihn zu hohen Preises zögert, macht P ihm das Angebot, eben dieses Fahrzeug für 12.500 € zu verkaufen. P freut sich insgeheim über die Gelegenheit, seinem Arbeitgeber „eines auszuwaschen zu können“ – seiner Meinung nach wurde ihm viel zu spät die notwendige Anerkennung für seine langjährige und aufopferungsvolle Arbeit zuteil. Der Kraftstoffverbrauch des Wagens kommt in den Verhandlungen zwischen S und P nicht zur Sprache.

Erfreut nimmt S das Angebot an und fährt euphorisch nach Hause. Bereits am nächsten Tag fährt er mit dem Auto nach Barcelona, um seine geliebte Freundin zu besuchen, die dort gerade ein ERASMUS-Jahr verbringt. Dabei bemerkt er, dass der Verbrauch des Wagens 8 l/100 km beträgt. Wieder in Kiel angekommen, stellt sich heraus, dass der Wagen einen singulären, aber unbehebaren Fabrikationsfehler aufweist, der einen erhöhten Kraftstoff-Verbrauch zur Folge hat.

Empört wendet sich S an die A & B-OHG und verlangt die Lieferung eines neuen ÖkoStar, der tatsächlich nur 2 l/100 km verbraucht.

Diese verweigert jedoch jegliche Ansprüche des S, weil sie sich nicht an den Vertrag gebunden fühlt. Einerseits habe sich P nicht an die Anweisungen gehalten, andererseits gingen alle Beteiligten auf der Seite der A & B-OHG selbst davon aus, dass der Wagen nur 2 l/100 km verbrauche.

Überdies könne man gar keinen anderen ÖkoStar 2000 liefern, da man einerseits nur den konkret ausgestellten Wagen verkauft und andererseits seinen Händlervertrag zwischenzeitlich gelöst habe und nur noch ausländische Fabrikate verkaufe. Um einen baugleichen Wagen zeitnah anderweitig zu beschaffen, müsse man 17.000 € aufwenden.

Jedenfalls aber fordert die A & B-OHG – der Höhe nach gerechtfertigt – 2000 € von S, weil er mit dem Auto schließlich nach Spanien und wieder zurück gefahren sei.

S ist zwar zur Rückgabe des gekauften Wagens bereit, weitere Zahlungen möchte er jedoch nicht leisten. Da er sein Examen größtenteils mit Hilfe seines Kurzzeitgedächtnisses bestritten hat, wendet er sich an Sie, da Sie „mitten im Stoff“ stehen.

Kann S die Lieferung eines neuen ÖkoStar 2000 ohne weitere Zahlungen verlangen?

Auszug aus der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.):

„Ebenso wie bisher § 480 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 467 Satz 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll. Von

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Lehrstuhl Frau Prof. Dr. Dorothee Einsele). Der Autor dankt Frau Prof. Dr. Dorothee Einsele für wertvolle Hinweise bei der Erstellung der Klausur. Die Klausur wurde in leicht abgewandelter Form im Examenübungsklausurenkurs der Universität Kiel im WS 2006/2007 ausgegeben. 32% der Bearbeiter erfüllten die Anforderungen nicht, 12% konnten ein Prädikat erzielen. Die Ausführungen gehen an einigen Stellen aus didaktischen Gründen über das hinaus, was von einer Klausurlösung erwartet werden kann.

Bedeutung ist die Nutzungsherausgabe ohnehin nur in den Fällen, in denen der Käufer die Sache trotz der Mangelhaftigkeit noch nutzen kann. Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar.“

Auszug aus der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie):

„Art. 3

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6.

(3) ¹Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. [...] ³Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muß innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

(4) Der Begriff ‚unentgeltlich‘ in den Absätzen 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.“

Erwägungsgrund 1 der o.g. Richtlinie lautet:

„Nach Artikel 153 Absätze 1 und 3 des Vertrags leistet die Gemeinschaft durch die Maßnahmen, die sie nach Artikel 95 des Vertrags erläßt, einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus.“

Erwägungsgrund 15 der o.g. Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist. ²Die Regelungen über die Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung können im innerstaatlichen Recht festgelegt werden.“

Lösungsvorschlag

Anspruch des S auf Lieferung eines mangelfreien ÖkoStar 2000 aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2. Alt, 434, 433 BGB

Ein Anspruch des S gegen die A & B-OHG auf Lieferung eines mangelfreien ÖkoStar 2000 könnte sich aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2. Alt, 434, 433 BGB ergeben.

I. Rechtsfähigkeit der A & B-OHG

Die Fähigkeit der A & B-OHG, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ergibt sich aus §§ 124 Abs. 1, 105 Abs. 1 HGB.

II. Kaufvertrag zwischen S und der A & B-OHG

Zunächst müsste zwischen S und der A & B-OHG ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein, vgl. §§ 145 ff. BGB.

1. Willenserklärung des S

Eine auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung des S liegt vor.

2. Vertretung der A & B-OHG durch P

Fraglich ist, ob die Willenserklärung des P der OHG nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zuzurechnen ist.

P hat eine eigene Willenserklärung im Namen der A & B-OHG abgegeben („unternehmensbezogenes Geschäft“, vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB). Daneben müsste er im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben.

a) Prokura, §§ 48 ff. HGB

Die Vertretungsmacht könnte sich aus einer Prokura ergeben, § 167 BGB i.V.m. §§ 48 ff. HGB.

Die Erteilung der Prokura durch A ohne Wissen des B ist möglich, wie sich aus §§ 48 Abs. 1, 105 Abs. 1, 6 Abs. 1, 125 Abs. 1, 126 Abs. 1 HGB ergibt. § 116 Abs. 3 S. 1 HGB betrifft aufgrund seiner systematischen Stellung nur das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander.¹ Der Wirksamkeit der Bestellung steht auch die fehlende Eintragung ins Handelsregister nicht entgegen; § 53 Abs. 1 S. 1 HGB kommt lediglich deklaratorische Bedeutung zu.²

b) Grenzen der Zurechnung

Fraglich ist, ob der durch den P gewährte Preisnachlass i.H.v. 2.500 € die Zurechnung der Willenserklärung des P nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB entfallen lässt. Immerhin hat A dem P aufgegeben, allenfalls Preisnachlässe bis zu 1.000 € zu gewähren. Damit ginge eine Beschränkung der Innenvollmacht (vgl. § 167 Abs. 1, 1. Alt BGB) einher, die es dem P verbieten würde, ein solches Geschäft wie dasjenige mit S im Namen der A & B-OHG abzuschließen.

Die Prokura jedoch ist eine Vollmacht (und keine gesetzliche Vertretungsmacht!), deren Inhalt durch § 49 HGB gesetzlich festgelegt ist. Eine limitierende Verabredung zwi-

¹ *Mayen*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Kommentar, 2008, § 116 Rn. 22.

² Vgl. nur *Weber*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Kommentar, 2008, § 53 Rn. 9. Dies lässt sich etwa aus einem Vergleich mit § 873 BGB herleiten. Während dort „zur Übertragung“ des Eigentums u.a. eine Eintragung in das Grundbuch nötig ist, ordnet § 53 HGB lediglich an, dass „die Erteilung“ der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist.

schen der A & B-OHG und P ist dem S gegenüber grundsätzlich unwirksam, § 50 Abs. 1 HGB.

Zu einem anderen Ergebnis käme man nur, wenn man in diesem Fall die Grundsätze über den „Missbrauch der Vertretungsmacht“ anwenden würde. Da aber grundsätzlich der Vertretene das Risiko eines abredewidrigen Verhaltens seines Prokuristen zu tragen hat (arg. § 50 HGB), ist das Entfallen der Vertretungsmacht nur in zwei Fallgruppen anerkannt, wengleich dies in den Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Einzelnen umstritten ist.

Unstreitig ist jedenfalls, dass der Vertretene an das Vertretergeschäft nicht gebunden ist, wenn der Vertreter und der Geschäftspartner bewusst zum Zwecke der Schädigung des Vertretenen zusammenwirken (sog. *Kollusion*).³

Zwar wollte P seinem Arbeitgeber „eines auswischen“ und damit auch die A & B-OHG durch den erhöhten Preisnachlass schädigen, doch fehlt es an einem Zusammenwirken von S und P. S war sich des schädigenden Verhaltens des P nicht bewusst. Ein Fall der Kollusion liegt somit nicht vor.

Daneben ist die Fallgruppe der sog. „*Evidenzfälle*“ anerkannt. Die Rechtsprechung⁴ fordert dabei – jedenfalls für die Fälle der gesetzlich unbeschränkten Vertretungsmacht – auf Seiten des Vertreters ein bewusstes Überschreiten der Bindungen im Innenverhältnis, während in der Literatur⁵ vielfach davon ausgegangen wird, dass ein objektiv unrechtmäßiges Handeln genügt. P handelte bewusst gegen die Vereinbarung mit der A & B-OHG.

Auf Seiten des Geschäftsgegners fordert die Rechtsprechung, dass der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, so dass beim Geschäftsgegner begründete Zweifel entstehen müssen.⁶ In der Literatur finden sich Stimmen, die die Vertretungsmacht dann entfallen lassen, wenn der Missbrauch für den Geschäftsgegner „evident“, also offensichtlich, ist.⁷

Der Nachlass von 2.500 € ist im Verhältnis zum regulären Kaufpreis kein Rabatt, der bei S hätte Zweifel wecken müssen, ob P noch pflichtgemäß handelt. P hat den Rabatt auch erst gewährt, nachdem S gezögert hat, den Vertrag zu schließen. Von der internen Abrede zwischen P und der A & B-OHG und der (stillen!) Freude des P über diese Gelegenheit musste S nichts wissen. Es handelt sich um ein Geschäft, welches keinerlei Anlass bot, an der Seriosität des P zu zweifeln.

³ *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 164 Rn. 14; *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 164 Rn. 107. I.d.R. ist das Vertretergeschäft nach § 138 BGB nichtig; jedenfalls kann der Vertretene gegen Ansprüche aus diesem Geschäft die Arglistrede geltend machen, §§ 853, 826 BGB.

⁴ Etwa BGHZ 50, 112 (114); BGH NJW 1990, 384 (385).

⁵ Etwa *Schramm* (Fn. 3), § 164 Rn. 113.

⁶ BGH NJW 1966, 1911; in der Literatur wird dies dahin gedeutet, dass grobfahrlässige Unkenntnis des Geschäftsgegners von der Überschreitung der internen Abreden erforderlich sei, *Schramm* (Fn. 3), § 164 Rn. 115.

⁷ Etwa *Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 116.

Somit liegt nach allen Ansichten kein Fall des „Missbrauchs der Vertretungsmacht“ vor. P handelte im Rahmen seiner Vertretungsmacht.

c) Zwischenergebnis

Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen S und der A & B-OHG ist (zunächst) zustande gekommen.

3. Anfechtung durch die A & B-OHG, § 142 Abs. 1 BGB

Möglicherweise hat sich die A & B-OHG durch eine Anfechtung von dem Vertrag gelöst, § 142 Abs. 1 BGB.

In der Erklärung, man fühle sich nicht an den Vertrag gebunden, weil man selbst von der Ordnungsmäßigkeit des verkauften Wagens ausgegangen sei, ist eine Anfechtungserklärung i.S.d. § 143 Abs. 1 und 2 BGB zu erblicken. Das Wort „anfechten“ muss dabei nicht gebraucht werden.⁸

Da P (vgl. § 166 Abs. 1 BGB) davon ausgegangen ist, dass das verkaufte Auto nur 2 l/100 km verbraucht, hat er sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft dieses Wagens geirrt, vgl. § 119 Abs. 2 BGB.

Es stellt sich aber die Frage, ob das Anfechtungsrecht der A & B-OHG ausgeschlossen ist, weil der Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB eröffnet ist.

a) Mangelhaftigkeit der Sache

Eine Sache ist mangelhaft, wenn Sie im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Beschaffenheitsvereinbarung zwischen S und der A & B-OHG hinsichtlich des Kraftstoffverbrauchs liegt nicht vor. Ebenso liegt keine Verwendungsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vor.

Trotz des erhöhten Verbrauchs eignet sich der verkaufte ÖkoStar 2000 zur gewöhnlichen Verwendung, nämlich zum Fahren, vgl. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 1. Alt BGB.

Hier könnte der verkaufte Wagen jedoch eine Beschaffenheit aufweisen, welche im Vergleich zu Sachen gleicher Art unüblich ist und nicht vom Käufer erwartet werden musste, vgl. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt BGB. Somit muss bestimmt werden, welcher Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist.

aa) Sachen der gleichen Art

Hierunter fallen Stücke der gleichen Gattung, also etwa solche des gleichen Herstellers und Typs.⁹ Somit ist auf die anderen Wagen des Fabrikats ÖkoStar 2000 abzustellen, die – jedenfalls im Regelfall – nur 2 l/100 km verbrauchen.

bb) Üblichkeit

Entscheidend für die Üblichkeit ist der Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers.¹⁰ Aufgrund der Werbe-Spots seitens der Öko-Fahrzeuge AG darf der durchschnittliche Auto-Käufer davon ausgehen, dass ein solches Fahrzeug nur 2 l/100 km verbraucht. Man könnte zwar daran

⁸ Vgl. nur *Heinrichs* (Fn. 3), § 143 Rn. 3.

⁹ *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 8, Stand: 1.1.2008, § 434 Rn. 58.

¹⁰ *Faust* (Fn. 9), § 434 Rn. 57.

zweifeln, ob der Verkäufer sich über das Kriterium der „Üblichkeit“ auch (werbende) Äußerungen Dritter zurechnen lassen muss, doch zeigt § 434 Abs. 1 S. 3 BGB, dass auch dies der Fall sein kann. Dessen Voraussetzungen sind erfüllt.

cc) Erwartung des Käufers

Unter dem Eindruck der Werbung konnte S erwarten, dass der gekaufte Wagen nur 2 l/100 km verbraucht. Neben der Üblichkeit der Beschaffenheit kommt diesem Kriterium i.d.R. keine eigenständige Bedeutung zu.¹¹

dd) Tatsächliche Beschaffenheit

Der Wagen verbraucht 8 l/100 km und erfüllt damit nicht die Voraussetzungen nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt BGB. Die „Erheblichkeit“ des Kraftstoffmehrverbrauchs ist für die Frage der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs irrelevant.¹² Somit ist der gekaufte Wagen mangelhaft.

b) Konkurrenz zwischen § 119 Abs. 2 BGB und §§ 437 ff. BGB

Nun stellt sich die Frage, ob sich die A & B-OHG mit einer Anfechtung vom Vertrag lösen kann. Anders als der Käufer¹³ kann der Verkäufer zwar grundsätzlich auch nach Gefahrübergang (vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB) nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten – eine generelle Vorrangigkeit der §§ 437 ff. BGB besteht insoweit nicht. Doch soll auch er sich nicht – wenn auch mit der Folge einer Pflicht aus § 122 BGB – von seiner Gewährleistungspflicht befreien und somit dem Käufer den Boden für einen Anspruch nach §§ 437 ff. BGB entziehen können. Daher ist eine Anfechtung dann rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB), wenn eine solche zur Folge hätte, dass er sich dem Gewährleistungsrecht entzieht.¹⁴

So liegt es hier. S hat seine Mängelrechte bereits geltend gemacht. Mit einer Anfechtung würde sich die A & B-OHG aus dem System der §§ 437 ff. BGB befreien. Damit ist eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

4. Zwischenergebnis

Zwischen S und der A & B-OHG ist ein Kaufvertrag über den ÖkoStar 2000 zustande gekommen.

¹¹ Vgl. *Faust* (Fn. 9), § 434 Rn. 72.

¹² Die Frage der „Erheblichkeit“ stellt sich dann, wenn der Käufer vom Vertrag zurücktreten möchte, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Nach Ansicht des BGH ist ein Rücktritt dann ausgeschlossen, wenn der tatsächliche Kraftstoffverbrauch die Herstellerangaben um weniger als 10% überschreitet, BGH NJW 2007, 2111.

¹³ Dazu etwa *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 119 Rn. 33.

¹⁴ BGH NJW 1988, 2597 (2598) („Duveneck/Leibl“); *Matusche/Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 437 Rn. 31; *Faust* (Fn. 9), § 437 Rn. 201; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 437 Rn. 55.

III. Mangelhaftigkeit der Kaufsache

Dass der verkaufte ÖkoStar 2000 mangelhaft war (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt BGB), wurde bereits oben dargelegt.

IV. Möglichkeit der Nacherfüllung in Form der Nachlieferung

Eine Nacherfüllung in Form der Nachbesserung (§ 439 Abs. 1, 1. Alt BGB) kommt nicht in Betracht. Der Fabrikationsfehler ist unbehebbar, § 275 Abs. 1 BGB.

Daher kommt von vornherein allenfalls die von S begehrte Nachlieferung (§ 439 Abs. 1, 2. Alt BGB) in Betracht.

Problematisch könnte aber sein, dass es sich beim vorliegenden Fall um einen Stückkauf handelt; S und P haben den Kaufgegenstand nicht anhand allgemeiner Kriterien (vgl. § 243 Abs. 1 BGB: „der Gattung nach bestimmte Sache“) bestimmt. Vielmehr haben sie sich auf den Verkauf des konkret ausgestellten ÖkoStar 2000 geeinigt. Zwar wird teilweise vertreten, dass ein solcher „Stückkauf über eine vertretbare Sache“ sich ohne weiteres als Gattungskauf einordnen lasse,¹⁵ doch wird man dies hier – selbst wenn man dieser Prämisse im Ansatz zustimmen möchte¹⁶ – unter Zugrundelegung der Parteivereinbarung nicht annehmen können:

S hat in den Verhandlungen mit P deutlich gemacht, dass er den ausgestellten Wagen mitnehmen möchte, um möglichst zeitnah über einen Wagen verfügen zu können. Somit kam der A & B-OHG keinerlei Auswahlrecht zu. Erfüllen konnte sie nur mit eben diesem verfügbaren Wagen, weil S möglichst nicht auf die Lieferung eines anderen Wagens warten wollte. Dieses Auswahlrecht ist jedoch maßgebliche Rechtsfolge eines Gattungskaufs, vgl. § 243 Abs. 1 BGB. Es ist sinnwidrig, in einem solchen Fall ohne Auswahlrecht einen Gattungskauf anzunehmen. Somit liegt ein Stückkauf vor.

Ob dem Käufer im Falle eines Stückkaufs ein Anspruch auf Nachlieferung i.S.d. § 439 Abs. 1, 2. Alt BGB zusteht, ist umstritten.

1. Nachlieferung unmöglich

Teilweise wird generell eine Nachlieferungspflicht mit der systematisch-teleologischen Begründung verneint, dass die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers im Rahmen eines Stückkaufs gehöre und ihm ansonsten ein dem Stückkauf fremdes Beschaffungsrisiko auferlegt würde.¹⁷ Andere gehen

¹⁵ *Tiedtke/Schmitt*, JuS 2005, 583 (585), allerdings mit der Einschränkung: „Solange der Käufer nichts anderes zum Ausdruck bringt“.

¹⁶ Es erscheint jedoch fraglich, ob man das Kriterium der Vertretbarkeit der Sache (§ 91 BGB) mit der Frage vermen-gen darf, ob ein Gattungskauf i.S.d. § 243 BGB vorliegt. Immerhin findet das Kriterium der Vertretbarkeit der Sache keine Erwähnung in § 243 Abs. 1 BGB.

¹⁷ So etwa *Ackermann*, JZ 2002, 378 (379).

davon aus, dass die Nachlieferung von vornherein unmöglich sei, § 275 Abs. 1 BGB.¹⁸

Danach ginge das Begehren des S ins Leere.

2. Nachlieferung grds. möglich

Überwiegend wird in Rechtsprechung und Literatur jedoch angenommen, dass ein Nachlieferungsrecht auch im Falle einer Stückschuld in Betracht kommen kann.¹⁹ Dabei wird aber uneinheitlich beurteilt, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll.

a) „Gleichartigkeit“

Das OLG Braunschweig hat einen Nachlieferungsanspruch in einem Fall bejaht, in dem ein „gleichartiges Fahrzeug“ zu beschaffen war.²⁰ Dabei bleibt aber offen, wann man eine solche „Gleichartigkeit“ annehmen kann. Es findet sich aber auch die Äußerung, eine Unmöglichkeit des Anspruchs auf Nachlieferung könne nur eintreten, wenn der Verkäufer eine mangelfreie Sache der geschuldeten Art nicht beschaffen kann.

Da die Öko-Fahrzeuge AG weiterhin den ÖkoStar 2000 produziert, wird man davon ausgehen können, dass S Nachlieferung verlangen kann.

b) Vertretbarkeit

In der Literatur wird teilweise davon gesprochen, dass nur bei vertretbaren Sachen im Sinne des § 91 BGB ein Nachlieferungsanspruch in Betracht kommen solle.²¹

Sachen, die serienmäßig hergestellt werden, stellen – solange sie neuwertig sind – regelmäßig vertretbare Sachen i.S.d. § 91 BGB dar.²² S könnte danach prinzipiell Nachlieferung verlangen.

c) „Funktionelle Vergleichbarkeit“ mit Gattungskauf

Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob der Stückkauf mit einem Gattungskauf „funktionell vergleichbar“ ist, wobei die Interessenlage der Parteien maßgeblich und die Vertretbarkeit der Sache ein Indiz für eine solche „funktionelle Vergleich-

barkeit“ sein soll.²³ Auch diese Ansicht würde dem S grundsätzlich einen Nachlieferungsanspruch zubilligen.

d) „Ersetzbarkeit“/hypothetischer Parteiwille

Nach anderen soll es darauf ankommen, ob die Sache „ersetzbar“ ist.²⁴ Dies sei dann der Fall, wenn die Parteien eine Ersatzsache zum Vertragsgegenstand gemacht hätten, wenn sie von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache gewusst hätten.²⁵ Dem hat sich der BGH in einem kürzlich ergangenen Urteil der Sache nach angeschlossen:

„Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB; vgl. Palandt/Putzo, aaO, § 439 Rdnr. 15). Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.“²⁶

Für den Fall eines Gebrauchtwagens hat der BGH angenommen, dass jedenfalls in dem Fall, in dem dem Kauf eine persönliche Besichtigung durch den Käufer vorausgegangen ist, ein Nachlieferungsanspruch typischerweise ausscheidet. Hier beruht die Kaufentscheidung des Käufers auf den technischen Eigenschaften, der Funktionsfähigkeit und dem äußeren Erscheinungsbild des konkreten Fahrzeugs. Wegen der teilweise erheblichen Unterschiede im Abnutzungsgrad gebrauchter Sachen sei im Regelfall nicht davon auszugehen, dass sich der Käufer mit einer anderen gebrauchten Sache – selbst des gleichen Typs – zufrieden gibt.

Diese für den Kauf gebrauchter Sachen sachgerechten Überlegungen treffen für den hier zu entscheidenden Fall eines Neuwagen-Kaufs allerdings nicht zu. Der Kaufentschluss des S war nicht durch den individuellen Eindruck des ausgestellten Modells bedingt; vielmehr ging es ihm um einen Wagen aus der umweltschonenden Serie ÖkoStar 2000. Die „Individualisierung“ beruhte einzig auf der Erwägung, möglichst zeitnah über einen solchen kraftstoffsparenden Wagen verfügen zu können.

Der A & B-OHG war es zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Vertragshändlerin der Öko-Fahrzeuge AG ohne weiteres möglich, zu bevorzugten Konditionen einen anderen Wagen zu beschaffen. Überdies stand ihr die Möglichkeit offen, ihrerseits Ansprüche gegen die Öko-Fahrzeuge AG geltend zu machen (vgl. §§ 478 f. BGB). Hätten S und die A & B-OHG von dem Fabrikationsfehler des verkauften Fahrzeugs gewusst, hätten sie ein anderes Fahrzeug zum Gegenstand des Kaufvertrages gemacht. Dass S dann möglicherweise auf den Neuwagen hätte warten müssen, ändert an dieser

¹⁸ Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 505; Huber, NJW 2002, 1004; Lorenz, JZ 2001, 742 (744) – anders aber nunmehr Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 Rn. 17. Tiedtke/Schmitt, JuS 2005, 583, verneinen ebenfalls das Recht auf Nachlieferung im Falle einer Stückschuld, wollen allerdings in vielen Fällen einen Gattungskauf annehmen.

¹⁹ BGH NJW 2006, 2839; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053 (1054); OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579; LG Ellwangen NJW 2003, 517; Putzo, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 439 Rn. 15; Canaris, JZ 2003, 831; ders., JZ 2003, 1156; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2004, S. 91 f.; Westermann (Fn. 14), § 439 Rn. 11 f.; Matusche/Beckmann (Fn. 14), § 439 Rn. 28 ff.

²⁰ OLG Braunschweig NJW 2003, 1053 (1054).

²¹ Etwa Pammler, NJW 2003, 1992 (1993).

²² Holch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 91 Rn. 1.

²³ Oetker/Maultzsch (Fn. 19), S. 93 f.

²⁴ Canaris, JZ 2003, 831 (835).

²⁵ Canaris, JZ 2003, 831 (835), in Anlehnung an die Formulierung des § 119 Abs. 1 HS 2 BGB. Ähnlich auch Putzo (Fn. 19), § 439 Rn. 15: Eine Nachlieferung sei möglich, wenn sie „austauschbar oder nach dem (hypothetischen) Parteiwillen erfüllungstauglich ist“; vgl. auch OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579 (1581).

²⁶ BGH NJW 2006, 2839 (2841).

Bewertung nichts – immerhin kam für ihn nur ein solcher Wagen in Betracht und er hätte diese Wartezeit in Kauf genommen.

Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass die A & B-OHG im Zeitpunkt des Verlangens nach Nachlieferung den Händlervertrag mit der Öko-Fahrzeuge AG bereits gelöst hat. Immerhin ist es ihr mittlerweile nur unter erschwerten Bedingungen möglich, einen Ersatzwagen zu beschaffen.

Doch wird man nicht auf den Zeitpunkt des Nachlieferungs-Verlangens, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses abstellen müssen.²⁷ Zu diesem Zeitpunkt werden die auszulegenden Willenserklärungen abgegeben. Anderenfalls würde S mit Umständen belastet, die er selbst weder erkennen noch beeinflussen kann, da sie in der Sphäre der A & B-OHG liegen.

Danach könnte S von der A & B-OHG ebenfalls die Lieferung eines anderen Fahrzeugs verlangen.

3. Stellungnahme

Vieles spricht dafür, eine Nachlieferung für grds. möglich zu halten.

Der Wortlaut des § 439 BGB enthält keinen Anhaltspunkt für eine eingeschränkte Anwendbarkeit. § 439 BGB unterscheidet nicht zwischen Gattungskauf und Stückkauf. Eine solche Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf würde im Übrigen der Intention des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zuwiderlaufen, wie sich aus der Aufhebung des § 480 a.F. BGB ergibt.²⁸

Darüber hinaus kann man § 439 Abs. 3 BGB entnehmen, dass nur die Unverhältnismäßigkeit die Nachlieferungspflicht begrenzt.²⁹

Im Übrigen gingen sowohl der Deutsche als auch der Europäische Gesetzgeber davon aus, dass die Nachlieferung auch im Falle einer Stückschuld nicht von vornherein ausscheidet.³⁰

Somit ist den Stimmen zu folgen, die grds. eine Nachlieferungspflicht auch im Falle eines Stückkaufs für möglich halten. Da die unterschiedlichen Ansätze alle zu dem Ergebnis kommen, dass S Nachlieferung verlangen kann, ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit ihnen entbehrlich.

4. Zwischenergebnis

Damit kann S – in den Grenzen von § 439 Abs. 3 BGB – von der A & B-OHG Nachlieferung verlangen.

V. Verhältnismäßigkeit der Nachlieferung, § 439 Abs. 3 BGB

Möglicherweise ist eine Nachlieferung aber unverhältnismäßig. Die A & B-OHG macht geltend, dass sie einen Ersatzwagen nur für 17.000 € beschaffen könne. Vorliegend kommt nur die sog. „absolute Unverhältnismäßigkeit“ in Betracht, da die Nachbesserung unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB), vgl. § 439 Abs. 3 S. 3, 2. HS BGB. Dabei wird vielfach vertreten, dass diese Bestimmung richtlinienkonform dahingehend auszulegen ist, dass nur die Unmöglichkeit zu einer absoluten Unverhältnismäßigkeit führen kann.³¹ Vorliegend jedoch ist auch unter Zugrundelegung des Maßstabs des § 439 Abs. 3 S. 2 BGB nicht von einer absoluten Unverhältnismäßigkeit auszugehen. Bei einem Wert von 15.000 €, einem deutlich erhöhten Kraftstoff-Verbrauch mit den daraus resultierenden erhöhten Unterhaltskosten und einer nicht durchführbaren Nachbesserung stellen Auslagen i.H.v. 17.000 € keine unverhältnismäßigen Kosten i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB dar.³²

Dabei bleibt der günstige Kaufpreis außer Betracht, da dies ein Vorteil ist, den S letztlich seinem Verhandlungsgeschick zu verdanken hat.

VI. Gegenansprüche der A & B-OHG

Die A & B-OHG macht einen Gegenanspruch auf Zahlung von 2000 € geltend. Ein solcher kann sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt eines Ersatzes für gezogene (1.) oder zukünftig zu ziehende (2.) Nutzungen ergeben. Aus dem Gesichtspunkt einer möglichen Verschlechterung des Wagens (§§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB) kann sich ein solcher Anspruch nicht ergeben, weil es sich bei dem Fahren des Wagens um die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme handelt (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 2. HS BGB).

1. Anspruch auf Nutzungsersatz

Ein Anspruch auf Nutzungsersatz könnte sich aus §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 Nr. 1, 100 BGB ergeben, welcher Zugum-Zug gegen Lieferung eines mangelfreien ÖkoStar 2000 zu erfüllen wäre (§ 348 BGB). Ob dieser Anspruch tatsächlich besteht, ist anhand einer Auslegung³³ des Gesetzes zu ermitteln.

a) Wortlaut

§ 439 Abs. 4 BGB gewährt dem Verkäufer im Falle der Nachlieferung einer mangelfreien Sache einen Anspruch auf Rückgewähr der mangelhaften Sache, welcher sich nach den §§ 346 bis 348 BGB richtet. Da § 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB dem Herausgabe-Berechtigten neben der Rückgewähr der empfangenen Leistung einen Anspruch auf Wertersatz für die gezogenen Nutzungen (§ 100 BGB) zuspricht, könnte man

²⁷ So ausdrücklich BGH NJW 2006, 2839 (2841).

²⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 230; vgl. auch BGH NJW 2006, 2839 (2841).

²⁹ So Westermann (Fn. 14), § 439 Rn. 11.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 89, 220, 230 und Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 1999/44/EG. Mit Verweis auf diesen Erwägungsgrund geht nunmehr auch Lorenz (Fn. 18), Vor § 474 Rn. 17 davon aus, dass ein Anspruch auf Nachlieferung im Falle eines Stückkaufes nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.

³¹ Matusche/Beckmann (Fn. 14), § 439 Rn. 41; Faust (Fn. 9), § 439 Rn. 40 f. und 53.

³² Vgl. zu den in der Literatur vielfach angegeben Prozentgrenzen und der Kritik an diesen „starren“ Grenzen Faust (Fn. 9), § 439 Rn. 52.

³³ Zur Gesetzesauslegung vgl. Wank, Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung, 3. Aufl. 2005.

der A & B-OHG einen Anspruch auf Nutzungsersatz gewähren.

Auf der anderen Seite verweist § 439 Abs. 4 BGB nur hinsichtlich der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“ auf die §§ 346 bis 348 BGB. Auch § 346 Abs. 1 BGB selbst unterscheidet zwischen Rückgewähr der empfangenen Leistung und der Herausgabe der gezogenen Nutzungen. Daher wird vertreten, der Verweis des § 439 Abs. 4 BGB beschränke sich auf die Rückgewähr der empfangenen Leistung, also der mangelhaften Sache.³⁴

Überwiegend wird diese Verweisung jedoch dahingehend verstanden, dass auch ein Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen vom Wortlaut erfasst ist.³⁵ Der Wortlaut lässt aber beide Ergebnisse zu.

b) Systematik

Einer Beschränkung der Verweisung des § 439 Abs. 4 BGB auf die bloße Rückübereignung der mangelhaften Sache ohne Herausgabe der gezogenen Nutzungen könnte der von § 439 Abs. 4 BGB ebenfalls in Bezug genommene § 347 BGB entgegenstehen. Dessen Abs. 1 regelt ausschließlich die Frage der Nutzungen. Ein Verweis auch auf § 347 BGB wäre also entbehrlich gewesen, wollte § 439 Abs. 4 BGB nicht eben auch die Nutzungsherausgabepflicht statuieren.³⁶ Diesem Argument wird zwar entgegengehalten, der Verweis auf § 347 BGB liefe nicht gänzlich leer, da immer noch § 347 Abs. 2 BGB angewendet werden könne, der die Verwendungsersatzpflicht des Berechtigten regle.³⁷ Doch ist diese Auslegung angesichts der umfassenden Verweisung des § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346 bis 348 BGB fraglich. § 439 Abs. 4 BGB verweist – anders als §§ 441 Abs. 4 S. 2, 638 Abs. 4 S. 2 BGB – uneingeschränkt auf die §§ 346 bis 348 BGB. Weitergehende Unterscheidungen hinsichtlich der Anwendbarkeit und Unanwendbarkeit einzelner Absätze dieser Vorschriften darf der Rechtsanwender darüber hinaus nicht mehr vornehmen.³⁸

Möglicherweise lassen sich daneben aus anderen gesetzlichen Verweisungen auf die §§ 346 bis 348 BGB Rückschlüsse für die Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB ziehen. So wird dieser Verweis in den §§ 281 Abs. 5 und 326 Abs. 4 BGB im Sinne einer umfassenden Geltung der §§ 346 ff. BGB verstanden.³⁹ Daher sei es schwerlich einzusehen, warum man

nunmehr für § 439 Abs. 4 BGB zu einem anderen Ergebnis kommen solle.⁴⁰

Daneben könnte man auch einen Umkehrschluss zu § 485 Abs. 5 S. 1 BGB ziehen.⁴¹ Dieser schließt eine Nutzungsherausgabepflicht explizit aus und macht damit deutlich, dass im Regelfall eine solche besteht.

Doch wird man zumindest zweifeln dürfen, ob sich aus dem Vergleich mit diesen Verweisungsnormen Rückschlüsse auf das Verständnis des § 439 Abs. 4 BGB ziehen lassen. Voraussetzung nämlich wäre, dass sich die angeführten Normen tatsächlich mit § 439 Abs. 4 BGB vergleichen lassen. §§ 281 Abs. 5 und 326 Abs. 4 BGB sprechen jedoch von der „Rückforderung des Geleisteten“, § 439 Abs. 4 BGB nur von der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“. Insofern unterscheiden sich diese Normen bereits in der Formulierung und erschweren damit die Möglichkeit, eine Parallele zu ziehen. § 485 Abs. 5 S. 1 BGB seinerseits schließt für den Fall des § 357 BGB einen Nutzungsherausgabeanspruch aus. Doch verweist § 357 BGB insoweit auf „die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt“ – auch hier ist der Verweis ein anderer als in § 439 Abs. 4 BGB und dürfte einen entsprechenden Umkehrschluss verbieten.⁴²

Auch im Rahmen der systematischen Auslegung lassen sich Argumente für beide Ergebnisse anführen.

c) Gesetzgeberischer Wille

Anders als der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes ist der Wille des Gesetzgebers eindeutig. Aus der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geht eindeutig hervor, dass der Käufer neben der mangelhaften Sache auch die Nutzungen herausgeben muss.⁴³ Dass dieser Wille womöglich in der Sache nicht überzeugend ist,⁴⁴ ändert an diesem Befund nichts.⁴⁵

d) Sinn und Zweck

Die objektiv teleologische Auslegung möchte unabhängig vom Entstehungszeitpunkt den allgemein gültigen und maßgebenden Sinn einer Norm ermitteln.⁴⁶ Die Norm ist insofern als Teil einer gerechten und zweckmäßigen Ordnung zu verstehen.⁴⁷ Ob man danach dem § 439 Abs. 4 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen entnehmen kann, ist sehr fraglich.

Der Gesetzgeber hält einen solchen Nutzungsherausgabeanspruch für angemessen, weil „der Käufer mit der Nachlie-

³⁴ Rott, BB 2004, 2478 (2479). Tendenziell zustimmend OLG Nürnberg NJW 2005, 3000 und LG Nürnberg-Fürth NJW 2005, 2558 (2560): Verweis auf Pflicht zur Herausgabe gezogener Nutzungen nicht zwingend.

³⁵ BGH NJW 2006, 3200; Matusche/Beckmann (Fn. 14), § 439 Rn. 56; Westermann (Fn. 14), § 439 Rn. 17; Gärtner, ZGS 2006, 368; Fest, NJW 2005, 2959 (2960).

³⁶ BGH NJW 2006, 3200 (3201); Witt, NJW 2006, 3322 (3324).

³⁷ Rott, BB 2004, 2478 (2479).

³⁸ Schmidt, ZGS 2006, 408 (411).

³⁹ Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 281 Rn. 152 und § 326 Rn. 100.

⁴⁰ Schmidt, ZGS 2006, 408 (411); vgl. auch Witt, NJW 2006, 3322 (3324).

⁴¹ So Schmidt, ZGS 2006, 408 (411).

⁴² Vgl. dazu Wackerbarth in seinem „Corporate Blawg“ – Eintrag vom 18.12.2006, abrufbar unter <http://www.fernuni-hagen.de/REWI/BRU/blog/index.php>.

⁴³ BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

⁴⁴ So etwa OLG Nürnberg NJW 2005, 3000.

⁴⁵ Vgl. Witt, NJW 2006, 3322 (3324).

⁴⁶ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 4 Rn. 44.

⁴⁷ Heinrichs (Fn. 3), Einl. Rn. 46.

ferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll“⁴⁸. Diese Sicht des Gesetzgebers beruht wohl auf der Annahme, dass der Kaufvertrag allein durch die Lieferung der Ersatzsache erfüllt und der Kaufpreis somit allein für diese gezahlt werde.⁴⁹ Danach müsste man in der Tat davon ausgehen, dass der Käufer durch die Nutzung der mangelhaften Sache „ungerechtfertigt bereichert“ ist.

Doch ist dem zweierlei zu entgegnen. Einerseits kann von einer unentgeltlichen Nutzung der (mangelhaften) Kaufsache in Anbetracht der Kaufpreiszahlung nicht die Rede sein.⁵⁰ Andererseits ist zu beachten, dass der Kaufvertrag einer „zeitlichen Bindung“ unterliegt. Man kann nicht davon ausgehen, der zweite Erfüllungsversuch des Verkäufers sei maßgeblich, da der Käufer typischerweise ein großes Interesse daran hat, dass der Verkäufer seine Pflichten schon bei Fälligkeit erfüllt. Mit einem einseitigen Nutzungsersatz wird dem Käufer ungerchtfertigterweise eine Verschiebung des Fälligkeitszeitpunktes aufgedrängt.⁵¹

Darüber hinaus ist der Verweis des § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346 ff. BGB unangemessen, weil die Nachlieferung bloß eine halbseitige „Rückabwicklung“ des Kaufvertrages darstellt, die Rücktrittsregelungen hingegen auf die vollständige – beidseitige – Rückabwicklung des Vertrages zugeschnitten sind.⁵² Der Kaufpreis verbleibt schließlich auch beim Verkäufer, der seinerseits keine Nutzungen (Zinsen) zu erstatten hat.

Schließlich ist § 446 S. 2 BGB zu berücksichtigen, der die Nutzungen dem Käufer zuweist. Es ist kaum verständlich, warum dieser Grundsatz ausgerechnet dann nicht gelten soll, wenn der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert hat.⁵³

Die teleologische Auslegung kommt also zu dem Ergebnis, dass der A & B-OHG kein Anspruch auf Nutzungsherausgabe nach §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB zusteht.

e) Zwischenergebnis

Offenkundig kommen zumindest die historische und die teleologische Auslegung zu konträren Ergebnissen, während die wörtliche und die systematische Auslegung für beide Ergebnisse Argumente liefern. Zwar wird teilweise angenommen, der teleologischen Auslegung komme eine Vor-

rangstellung zu,⁵⁴ doch muss man unter Anerkennung der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zumindest in den Fällen, in denen das betreffende Gesetz und seine Begründung recht aktuell sind, dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des Wortsinns Geltung verschaffen.⁵⁵ Da dieser Wille eindeutig ist und sich ohne weiteres mit dem Wortlaut vereinbaren lässt, würde eine einschränkende Auslegung des Wortlauts des § 439 Abs. 4 BGB gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen.⁵⁶

Die Auslegung kommt somit zu dem Ergebnis, dass der A & B-OHG gegen S ein Anspruch auf Zahlung von 2000 € aus §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB zusteht.

f) Verstoß gegen die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie?

Es stellt sich aber die Frage, ob die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB mit der Richtlinie 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, im Folgenden RiLi) in Einklang steht (vgl. Art. 1 RiLi; §§ 474, 13, 14 BGB).

Teilweise wird zwar davon ausgegangen, wegen der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers komme eine richtlinienkonforme Auslegung von vornherein selbst dann nicht in Betracht, wenn die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB gegen die RiLi verstoßen sollte.⁵⁷ Doch liegt eine solche „eindeutige Entscheidung“ gerade nicht vor, da der Gesetzgeber davon ausging, dass die von ihm getroffene Regelung der Richtlinie entspricht.⁵⁸ Daher kann man bei einem Verstoß von § 439 Abs. 4 BGB gegen die Richtlinie trotz des Willens des Gesetzgebers eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB vornehmen. Wenn der Gesetzgeber gewusst hätte, dass seine Regelung gegen sekundäres Europarecht verstößt, hätte er eine solche Regelung wegen der europarechtlichen Bindung (Art. 10 und 249 Abs. 3 EGV) mit Sicherheit nicht getroffen. Es gibt keine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer eventuell richtlinienwidrigen Pflicht des Käufers zur Nutzungsentschädigung. Insoweit stünde Art. 20 Abs. 3 GG einer korrigierenden Auslegung nicht im Wege – die Korrektur eines gesetzgeberischen Rechtsirrtums liegt vielmehr in seinem eigenen Interesse.⁵⁹

⁴⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

⁴⁹ So die Interpretation von *Gsell*, JuS 2006, 203 (204). Vgl. auch BGH NJW 2006, 3200 (3202).

⁵⁰ BGH NJW 2006, 3200 (3202).

⁵¹ *Gsell*, JuS 2006, 203 (204).

⁵² *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1970); *Schwab*, JuS 2002, 630 (636); *Wagner/Michal*, ZGS 2005, 368 (371 f.); *Kohler*, ZGS 2004, 48 (49); *Putzo* (Fn. 19), § 439 Rn. 25. Auch BGH NJW 2006, 3200 (3201) hat „Bedenken gegen die einseitige Belastung des Käufers mit einer Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen der mangelhaften Kaufsache“. A.A. *Schmidt*, ZGS 2006, 408 (411 f.).

⁵³ Vgl. BGH NJW 2006, 3200 (3202).

⁵⁴ Etwa *Heinrichs* (Fn. 3), Einl. Rn. 46: „Primat gegenüber den anderen Auslegungsmethoden“. Dagegen etwa *Larenz/Wolf* (Fn. 46), § 4 Rn. 50.

⁵⁵ Vgl. dazu *Larenz/Wolf* (Fn. 46), § 4 Rn. 50.

⁵⁶ BGH NJW 2006, 3200 (3201); *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324). Anders OLG Nürnberg NJW 2005, 3000: Wille habe keinen eindeutigen Niederschlag im Wortlaut gefunden (dazu mit Recht kritisch *Fest*, NJW 2005, 2959 [2960]) und *Wagner/Michal*, ZGS 2005, 368 (372): Ausführungen des Gesetzgebers lückenhaft.

⁵⁷ *Lorenz* (Fn. 18), Vor § 474 Rn. 19; *ders.*, NJW 2007, 1 (6); *Faust* (Fn. 9), § 439 Rn. 35; *Fest*, NJW 2005, 2959 (2961); *Schmidt*, ZGS 2006, 408, mit interessanten Ausführungen zu der Frage einer Verwerfungskompetenz des EuGH.

⁵⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 233.

⁵⁹ So auch *Rott*, BB 2004, 2478 (2479) und *Witt*, NJW 2006, 3322 (3325). Selbstverständlich lässt sich auch die a.A. vertreten. Dann aber muss der Bearbeiter sich der Frage der Ver-

Für einen Verstoß gegen die Richtlinie lassen sich zwei Ansatzpunkte finden. Einerseits fordert Art. 3 Abs. 3 S. 1 RiLi, dass die Ersatzlieferung unentgeltlich zu erfolgen habe. Andererseits verbietet Art. 3 Abs. 3 S. 3 RiLi, dass die Ersatzlieferung mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden ist.

aa) Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Nachlieferung

Fraglich ist, ob in dem Nutzungersatz nach §§ 439 Abs. 4, 346 BGB ein richtlinienwidriges Entgelt zu sehen ist. Nach Art. 3 Abs. 4 RiLi umfasst der Begriff „unentgeltlich“ diejenigen Kosten, die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands notwendig sind. Teilweise wird in dem Nutzungersatz nach §§ 439 Abs. 4, 346 BGB ein „Entgelt“ für die Ersatzsache gesehen.⁶⁰ Doch wird man dem mit guten Gründen widersprechen können. Zwar kann man insoweit nicht auf den 15. Erwägungsgrund abstellen,⁶¹ weil dieser ausweislich des 2. Satzes nur die *Vertragsauflösung* (Rücktritt), nicht aber den damit nicht vergleichbaren Fall der Nachlieferung als halbseitige „Rückabwicklung“ betrifft.⁶² Auch ist richtig, dass es sich bei dem Hinweis in Art. 3 Abs. 4 RiLi auf „Versand-, Arbeits- und Materialkosten“ angesichts der Verwendung des Adverbs „insbesondere“ nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt.⁶³ Entscheidend ist aber, dass die Richtlinie nur vorschreibt, den Käufer von den Kosten der Nachlieferung freizustellen (vgl. § 439 Abs. 2 BGB). Die Pflicht zum Nutzungersatz betrifft jedoch nicht die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands, sondern die Nutzung der bereits gelieferten mangelhaften Sache.⁶⁴ Hingegen lässt sich in Anbetracht der Definition der Unentgeltlichkeit in Art. 3 Abs. 4 RiLi nicht annehmen, dass auch andere Zahlungen im Zusammenhang mit der Nachlieferung ebenfalls gegen diesen Grundsatz der Unentgeltlichkeit verstoßen.⁶⁵ Aus dem Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit der Nachlieferung lässt sich also eine Richtlinienwidrigkeit nicht herleiten.

einbarkeit mit der Richtlinie zumindest in einem Hilfsgutachten stellen.

⁶⁰ EuGH NJW 2008, 1433 (Urt. v. 17.4.2008; Rs. C-404/06; Rn. 34, s. dazu die Anmerkung von *Staudinger*, ZJS 2008, 309 [in dieser Ausgabe]) in Antwort auf das Vorabentscheidungsgesuch des BGH nach Art. 234 Abs. 3 EGV in NJW 2006, 2300. So auch bereits *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1973).

⁶¹ So aber BT-Drs. 14/6040, S. 233.

⁶² EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 38 f.; siehe auch BGH NJW 2006, 2300 (2302).

⁶³ EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 31.

⁶⁴ *Fest*, NJW 2005, 2959 (2961); *Gärtner*, ZGS 2006, 368 (369); *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324). So auch BT-Drs. 14/6040, S. 233.

⁶⁵ So aber EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 34: Garantie der Unentgeltlichkeit schließt jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands aus. Ähnlich schon BGH NJW 2006, 3200 (3202): Verbraucher ist so zu stellen, als hätte der Verkäufer die Kaufsache ursprünglich mangelfrei geliefert. Insoweit kritisch *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324).

bb) Verbot der erheblichen Unannehmlichkeiten

Doch könnte sich die Richtlinienwidrigkeit aus Art. 3 Abs. 3 S. 3 RiLi ergeben, wonach die Nachlieferung nicht mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden sein darf.

Nun kann man tatsächlich davon ausgehen, dass eine Nutzungsentschädigung dem Käufer „erhebliche Unannehmlichkeiten“ aufbürdet. Es stellt sich aber zunächst die Frage, ob Geldzahlungen des Käufers davon erfasst sein können. Man kann sich nämlich auf den Standpunkt stellen, dass solche Zahlungen bereits vom Begriff der Unentgeltlichkeit erfasst sind und die Definition der „Unentgeltlichkeit“ insoweit eine Sperrwirkung entfaltet. Auch scheint der Zusammenhang der „Unannehmlichkeit“ mit einer „angemessenen Frist“ eher die technische Abwicklung der Nachlieferung zu betreffen. Auf der anderen Seite ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass auch „finanzielle Unannehmlichkeiten“ vom Verbot des Art. 3 Abs. 2 S. 3 RiLi erfasst werden.⁶⁶

Diese Auslegung wird durch teleologische Erwägungen bestätigt. Mit dieser Richtlinie sollte ausweislich des 1. Erwägungsgrundes „ein Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ geleistet werden. Nimmt man dies als Maßstab, wird man kaum annehmen dürfen, dass eine solch einseitig belastende Regelung wie die in § 439 Abs. 4 BGB verankerte noch mit der Intention der Richtlinie vereinbar ist.⁶⁷ Es besteht die Gefahr, dass ein Verbraucher von einem berechtigten Nachlieferungsverlangen Abstand nimmt, weil er einen Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz fürchten muss, der ihn möglicherweise finanziell überfordert.⁶⁸

Diese teleologischen Erwägungen überzeugen; dem Verbraucherschützenden Anliegen der Richtlinie muss Geltung verschafft werden. Die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB verstößt daher gegen Art. 3 Abs. 3 S. 3 RiLi.⁶⁹ Sie muss zumindest für den Fall eines Verbrauchsgüterkaufs dahingehend einschränkend ausgelegt werden, dass der Käufer dem Verkäufer bei Nachlieferung keinen Nutzungersatz schuldet.⁷⁰

⁶⁶ Vgl. dazu die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* in der Rs. C-404/06 v. 15.11.2007 (zu finden über <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>), Rn. 47.

⁶⁷ Auch der EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 35 f., stellt zusätzlich auf das Verbot der erheblichen Unannehmlichkeiten und den Zweck der RiLi ab. Vgl. auch bereits *Roth*, JZ 2001, 475 (489) – wenn auch auf die „Unentgeltlichkeit“ abstellend: Verstoß zumindest gegen die Intention der Richtlinie.

⁶⁸ EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 34. Ebenso bereits *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324 f.); *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1974); *Lorenz* (Fn. 18), Vor § 474 Rn. 19.

⁶⁹ EuGH NJW 2008, 1433. Im Ergebnis a.A. etwa *Matusche/Beckmann* (Fn. 14), § 439 Rn. 46; *Westermann* (Fn. 14), § 439 Rn. 17. Aus studentischer Sicht ist – mal wieder – die Argumentation entscheidender als das Ergebnis.

⁷⁰ Ob dies tatsächlich nur für den Verbrauchsgüterkauf (so *Witt*, NJW 2006, 3322 [3325]) oder wegen der vom Gesetzgeber gewählten „großen Lösung“ (vgl. *Lorenz* [Fn. 18], Vor § 474 Rn. 2 ff.) zur Vermeidung einer gespaltenen Auslegung

g) Ergebnis

Damit verstößt § 439 Abs. 4 BGB gegen die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

Wegen des gemeinschaftsrechtlichen Effizienzgebots ist die Verweisung des § 439 Abs. 4 BGB dahingehend zu reduzieren, dass Nutzungen i.S.d. § 346 Abs. 1 BGB nicht davon erfasst werden.

Die A & B-OHG hat keinen Anspruch auf Zahlung von 2000 € aus §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1, 100 BGB.

2. Vorteilsausgleichung/Abzug „neu für alt“⁷¹

Selbst wenn man einen Anspruch der A & B-OHG auf Nutzungsentschädigung ablehnt, stellt sich weiterhin die Frage, ob S durch die Lieferung eines neuen Wagens einen ungerechtfertigten Vorteil erhält.

Wäre sofort mangelfrei geliefert worden, wäre S Eigentümer eines bereits abgenutzten Wagens, während er nunmehr einen tatsächlich neuen Wagen erhält. Man könnte also daran denken, dass die A & B-OHG die *künftigen Nutzungsvorteile*, die S wegen der zu erwartenden höheren Lebensdauer erhalten wird, abschöpfen kann. Dazu könnte man sich des schadensrechtlichen Instrumentariums des Abzugs „neu für alt“ bedienen. Dabei muss man allerdings auch berücksichtigen, dass dem Käufer dieser Vorteil vom Verkäufer geradezu aufgedrängt wird und auch ein solcher Ausgleich womöglich gegen die Richtlinie verstößt.⁷² Daher wird man einen solchen Abzug allenfalls dann vornehmen können, wenn sich zuverlässig prognostizieren lässt, dass gerade der Käufer einen geldwerten Vorteil erhält. Lässt sich dies allerdings nicht sicher feststellen, so trägt der Verkäufer das Prognoserisiko.⁷³ Da dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen sind, ob (und in welcher Höhe) der S einen Vorteil aus der Neuwertigkeit des Ersatzwagens in Zukunft ziehen kann, kommt vorliegend ein solcher Abzug von vornherein nicht in Betracht.

VII. Endergebnis

P kann von der A & B-OHG die Nachlieferung eines mangelfreien ÖkoStar 2000 nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2, Alt, 434, 433 BGB verlangen und muss im Gegenzug keinerlei Zahlungen leisten.

auch für andere Kaufverträge gilt, bedarf hier keiner Entscheidung.

⁷¹ Dazu umfassend *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1971 ff.) und JuS 2006, 203 (204 f.).

⁷² In diese Richtung tendiert der EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 40 f.: Käufer wird durch die Erlangung eines neuen Verbrauchsguts nicht ungerechtfertigt bereichert.

⁷³ Vgl. dazu *Gsell*, JuS 2006, 203 (204 f.).

Übungsfall: Meldeauflagen und „Gefährderanschreiben“ als polizeiliche Präventivmaßnahmen gegen Hooligans

Von Assessor Dr. **Karsten Schneider**, Bonn*

*Die nachfolgende Klausurlösung behandelt eine Fallgestaltung, die der rechtsdogmatisch anspruchsvollen Materie der Präventivmaßnahmen gegen (insbesondere reisende) Hooligans zuzuordnen ist. In diesem Zusammenhang bedienen sich die Polizeibehörden in den letzten Jahren häufiger eines neuen Mittels, der sogenannten Meldeauflage. Den aktuellen Anlass liefert nun eine derzeit höchst examensrelevante Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹ aus dem Juli 2007 (Az. 6 C 39.06). Diese jüngste höchstrichterliche Entscheidung zur viel diskutierten Thematik, die die Verwaltungsgerichte häufig beschäftigt,² ermöglicht einem Klausurersteller durch Verknüpfung mit den ebenfalls recht neuen „Gefährderanschreiben“ gerade im Zusammenhang mit der nun unmittelbar bevorstehenden Fußballeuropameisterschaft in Österreich und der Schweiz mühelos die Verbindung einer Reihe allgemeiner verwaltungsrechtlicher, polizeirechtlicher und verwaltungsprozessualer „Klassiker“ unterschiedlicher Schwierigkeitsgrade.***

Sachverhalt

Am Mittwoch, den 6. Februar 2008, fand um 21:00 Uhr ein wichtiges Champions League-Auswärtsspiel des Fußballclubs 1. FC D (aus der nordrhein-westfälischen Stadt D) bei dem belgischen Spitzenverein B statt. Die daran „interessierte“ deutsche Hooliganszene war der Polizei auf Grund akribischer Aufklärungsarbeit szenekundiger Beamter weitgehend bekannt. Zusätzlich konnte die Polizei auch auf Informationen aus der beim Bundeskriminalamt geführten Datei „Gewalttäter Sport“ zugreifen, die Teil des bundesweiten elektronischen Informationssystems der Polizei (INPOL) ist. Über einschlägige Internet-Foren hatten die Beamten von Verabredungen zwischen mehreren deutschen und belgischen Hooligangruppen erfahren, die sich am Rande des Spiels „treffen“ wollten, um bei diesem Anlass untereinander, aber auch gegenüber der belgischen Polizei Ausschreitungen zu begehen.

Hinsichtlich des H, eines in D ansässigen 23-jährigen Studenten der Zahnmedizin, verfügte die Polizei über insgesamt

sechs für sicherheitsrelevant gehaltene Daten, darunter zwei jugendgerichtliche Strafverfahren aus den Jahren 2000 und 2001 wegen Körperverletzung und Landfriedensbruch im Zusammenhang mit Fußballveranstaltungen, die jeweils mit der Verhängung von Sanktionen geendet hatten.

Eine Woche vor dem Anpfiff in B verfügte der Polizeipräsident der Stadt D mit Schreiben an H, dass sich H in der Zeit vom 5. Februar bis zum 7. Februar täglich jeweils um 20:00 Uhr unter Vorlage eines gültigen Personaldokuments auf der Wache im Bezirk 14 zu melden habe. Zur Begründung der auf die polizeirechtliche Generalklausel gestützten Meldeauflage führte er aus, es könne angesichts der intensiven Mobilisierung der Hooliganszene, vor allem der besonders gewaltgeneigten Mitglieder aus D, sicher davon ausgegangen werden, dass ein großer Teil dieser Hooligans nach Belgien reisen werde; H gehöre zu diesem Kreis, zum einen deswegen, weil er bereits einschlägige Straftaten verübt habe, zum anderen aber auch deswegen, weil er noch immer in der Datei „Gewalttäter Sport“ des Bundeskriminalamts gelistet sei. Zu einer Beschränkung des Personalausweises dahingehend, dass H „nicht zum Verlassen des Gebiets des Geltungsbereichs des Grundgesetzes über eine Auslandsgrenze“ berechtigt sei, kam es freilich diesmal, anders als bei früheren internationalen Fußballbegegnungen, zur Überraschung von H nicht.

Um „weiteren Ärger mit der Polizei“ zu vermeiden, befolgte H die Verfügung jeweils pünktlich, was für ihn deswegen keine größere Belastung darstellte, weil er an den jeweiligen Tagen ohnehin kurz nach 20:00 Uhr eine „Herzsportgruppe“ in unmittelbarer Nachbarschaft zur Polizeiwache im Bezirk 14 leitete. Deren Teilnehmer konnten ihn freilich beim jeweiligen Betreten und Verlassen der Wache beobachten und ihn nach dem Grund fragen.

Nachdem es während eines Freundschaftsspiels der deutschen Fußballnationalmannschaft am 13. Februar 2008 in Polen zu massiven Auseinandersetzungen zwischen Polizei und Hooligans gekommen war, an denen auch deutsche Staatsangehörige beteiligt waren, erhielt H am 15. Februar 2008 erneut einen an ihn persönlich adressierten Brief des Polizeipräsidentiums, der folgenden Inhalt hatte: „Gefährderanschreiben: Der Polizei D ist bekannt, dass Sie im Umfeld von Fußballspielen polizeilich in Erscheinung getreten sind. Die Polizei schließt daher nicht aus, dass Sie auch zukünftig an vergleichbaren Gewaltexzessen teilnehmen. Für den 7. bis 29. Juni 2008 sind Hooliganausschreitungen während der Fußballeuropameisterschaft geplant. Zu Gewalttaten rufen verschiedene Hooligangruppierungen über – die Ihnen ja bekannten – Informationskanäle im Internet auf. Um zu vermeiden, dass Sie sich der Gefahr präventiver polizeilicher Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-österreichischen Grenze) oder strafprozessualer Maßnahmen aus Anlass der Begehung von Straftaten im Rahmen der EM aussetzen, legen wir Ihnen

* *Verf.* ist Habilitand am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Europarecht, der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn.

¹ Siehe BVerwGE 129, 142 = DÖV 2008, 28.

² Vgl. zur weiteren Vertiefung der Thematik insbesondere OVG Lüneburg NJW 2006, 391; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006, 613; BayVGH BayVBl. 2006, 671; VGH Mannheim DVBl. 2000, 1630; speziell zur Gefahrprognose hinsichtlich potentieller Gewaltbereitschaft OVG Magdeburg, Urt. v. 27.6.2006, Az. 2 M 224/06; Urt. v. 19.6.2006, Az. 2 M 216/06.

** *Anm. der Red.*: In einem Urt. v. 22.5.2008 geht das VG Hannover – 10 A 2412/07 – von der (formellen) Rechtswidrigkeit der Datei „Gewalttäter Sport“ aus, da die der Datei zugrundeliegende Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates in Kraft gesetzt worden sei. Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

nahe, sich nicht an den obengenannten Aktionen zu beteiligen.“

H sieht sich nun endgültig zu Unrecht im „Fadenkreuz der Behörden“. Schon der erste Brief mit der Meldeauflage habe ihn „wie ein Blitz aus heiterem Himmel getroffen“, da er zu diesem Zeitpunkt mehr als ein Jahr nichts mehr „mit der Polizei zu tun gehabt“ habe; insbesondere nachdem er sich von der Hooliganszene abgewendet habe und nur noch seinem Studium hingebe, dürfe man ihn doch nicht länger „nur wegen eines alten Eintrages in einer zweifelhaften Kartei stigmatisieren“. Er bittet seinen Anwalt daher am 17. Februar 2008 um Prüfung, inwieweit er jetzt noch verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die „unberechtigte Meldeauflage“ und gegen das „rechtsgrundlose Gefährderanschreiben“ erwirken kann.

Bearbeiterhinweis: Aus einem Erlass des nordrhein-westfälischen Innenministeriums vom 14. Februar 2008 ergibt sich, dass es Ziel polizeilicher Maßnahmen (u.a. durch „Gefährderanschreiben“) ist, die Anreise deutscher Hooligans zur Fußballeuropameisterschaft in Österreich und der Schweiz zu verhindern. Gemeinschaftsrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention sind nicht zu prüfen!

Lösung

Der Anwalt wird begutachten, inwieweit eine verwaltungsgerichtliche Klage unter dem 17.2.2008 noch zulässig und begründet ist.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs³

Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisungen richtet sich der Rechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, da die streitentscheidenden Normen⁴ des Polizeirechts Maßnahmen im Über- und Unterordnungsverhältnis betreffen („Subordinationstheorie“). Der Streit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.d. Norm, da keine Verfassungsorgane über ihre verfassungsmäßigen Rechte oder Pflichten streiten. Der Verwaltungsrechtsweg ist folglich eröffnet.

B. Zulässigkeit

I. Klage gegen die Meldeauflage

1. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, §§ 86 Abs. 3, 88 VwGO. Hier strebt H zunächst eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Meldeauflage vom 27. Januar 2008 an. Damit kommt eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO als Klageart in Betracht, falls das Kla-

³ Zur in der Lehrbuchliteratur umstrittenen Aufbaufrage, ob die Eröffnung des Rechtswegs eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist, sollte nicht Stellung genommen werden; die besseren Gründe dürften dagegen sprechen, vgl. §§ 17a GVG, 83 VwGO; ausführlich *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2005, S. 144 ff.

⁴ Falls – anders als im vorliegenden Fall – möglich, sollte an dieser Stelle immer eine konkrete streitentscheidende Norm genannt werden.

gebegehren auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes gerichtet ist (vgl. § 35 VwVfG⁵). Soweit die Polizei bei Grundrechtseingriffen auf der Grundlage der Befugnisse des PolG handelt, stellen sich diese Maßnahmen als Verwaltungsakte dar.⁶ Fraglich ist aber, ob sich dieser Verwaltungsakt nicht erledigt hat, § 43 Abs. 2 VwVfG NW.⁷ Die Erledigung könnte sich einerseits daraus ergeben, dass H die Meldeauflage befolgte. Entscheidend ist aber vor allem der Umstand des Zeitablaufs, weil die Meldeauflage nach dem 7. Februar 2008 keine weiteren Rechtsfolgen bewirkte. Somit scheidet die Erhebung einer Anfechtungsklage aus. Dadurch, dass sich der Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat, kommt auch eine Fortsetzungsfeststellungsklage i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO nicht in Betracht. Richtige Klageart könnte aber eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog (sog. nachgezogene Fortsetzungsfeststellungsklage) sein. Voraussetzung einer Analogie ist (neben einer vergleichbaren Interessenlage) das Bestehen einer Regelungslücke. Diese könnte in Zweifel stehen, da eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO möglicherweise das Klagebegehren ausschöpft. Damit wäre jedoch der zufällige Zeitpunkt der Erledigung des Verwaltungsaktes ausschlaggebend für unterschiedliche Klagearten bei gleichem Klagebegehren. Um hier einen Systembruch zu vermeiden, ist die nachgezogene Fortsetzungsfeststellungsklage vorzugswürdig und damit statthaft.⁸

2. Feststellungsinteresse

Das gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog erforderliche berechtigte Interesse des H an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Meldeauflage müsste gegeben sein und von H substantiiert dargelegt werden können.⁹ Grundsätzlich genügt hierfür jedes nach vernünftigen Erwägungen je nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher

⁵ Der Begriff des Verwaltungsaktes i.S.d. VwGO darf freilich nicht schematisch gleichgesetzt werden mit dem entsprechenden Begriff des VwVfG.

⁶ Dazu *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007, S. 286 f.

⁷ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2008, § 43 Rn. 40.

⁸ Zum Problem der fehlenden „Regelungslücke“ (allgemeine Feststellungsklage) zur Begründung einer solchen Analogie vgl. *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2005, S. 106 f.; ferner *R. P. Schenke*, JuS 2007, 697 m.w.N.; der *sechste Senat* des BVerwG hatte in seiner Entscheidung BVerwGE 109, 203 (209), die dem Examenkandidaten bekannt sein sollte, grundsätzliche Zweifel an der Konstruktion der nachgezogenen Fortsetzungsfeststellungsklage angemeldet und einen Rückgriff auf die allgemeine Feststellungsklage des § 43 VwGO empfohlen. Die dem vorliegenden Fall zugrundeliegende neue Entscheidung desselben *Senats* gibt diesen Ansatz für eine vergleichbare Konstellation (kommentarlos und ohne weitere Begründung) wieder auf und kehrt insoweit zur herrschenden Meinung zurück.

⁹ Vgl. *Hufen* (Fn. 3), S. 347 ff.

oder auch ideeller Art.¹⁰ Weil zu erwarten ist, dass in absehbarer Zeit im Kern dasselbe Problem erneut auftreten wird, ist in der vorliegenden Konstellation Wiederholungsgefahr anzunehmen. Die Fallgruppe des Rehabilitationsinteresses kommt ebenfalls in Betracht. Voraussetzung dafür wäre, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit als „Genugtuung“ erforderlich ist, etwa weil bei noch andauernden diskriminierenden Wirkungen, die sich bei Öffentlichkeitsbezug der Maßnahme ergeben, andere Möglichkeiten effektiven Rechtsschutzes nicht zur Verfügung stehen.¹¹ Ein solcher Öffentlichkeitsbezug ergibt sich vorliegend daraus, dass die Teilnehmer der „Herzsportgruppe“ den H jeweils beim Betreten und Verlassen der Polizeiwache beobachten konnten und ihn auf den Grund auch ansprachen.

3. Klagebefugnis

Die gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog¹² erforderliche Klagebefugnis ergibt sich aus der Stellung des H als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts und damit der Möglichkeit einer Verletzung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (nicht einschlägig sind demgegenüber Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG¹³ und Art. 11 Abs. 1 GG¹⁴).

4. Widerspruchsverfahren?

Mit Abschaffung des Widerspruchsverfahrens durch § 6 Abs. 1 AGVwGO NW¹⁵ ist die vormalige Streitfrage¹⁶ nach der Notwendigkeit eines Vorverfahrens gem. § 68 ff. VwGO analog in Fällen der Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist (sog. Fortsetzungsfeststellungswiderspruch) in der vorliegenden Konstellation entfallen.

5. Klagefrist

Die Frage nach dem Erfordernis der Einhaltung einer Klagefrist bei Erledigung vor Ablauf der Klagefrist ist umstritten.¹⁷ Aber selbst die Anforderungen der strengsten Auffassung, die

§ 74 Abs. 1 S. 2 VwGO analog anwenden möchte und sich für den Beginn der Monatsfrist am Erlass der Verwaltungsaktes orientiert, können im vorliegenden Fall noch eingehalten werden.

6. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist der Polizeipräsident, § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 Abs. 2 AGVwGO NW.

7. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

H ist als von der Polizeimaßnahme Betroffener gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Auf der Beklagtenseite gilt dasselbe für den Polizeipräsidenten, § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 5 Abs. 1 AGVwGO NW. Die Prozessfähigkeit folgt aus § 62 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO.

II. Klage gegen das „Gefährderanschreiben“

1. Statthafte Klageart

Als weiteres Klagebegehren, §§ 86 Abs. 3, § 88 VwGO, verfolgt H den Wunsch nach einer Überprüfung des „rechtsgrundlosen Gefährderanschreibens“. Eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO setzt voraus, dass Gegenstand der Anfechtung ein Verwaltungsakt ist (vgl. § 35 VwVfG¹⁸). Zweifelhafte ist der Regelungscharakter des persönlichen Anschreibens. Eine Regelung ist die verbindliche Festlegung von Rechten und Pflichten für den Betroffenen.¹⁹ Dies kommt nach dem Inhalt des Schreibens („legen wir Ihnen nahe [...]“) nicht in Betracht. Das „persönliche Schreiben“ des Polizeipräsidentiums stellt folglich mangels Regelungswirkung keinen Verwaltungsakt dar.²⁰ Fraglich ist daher nur, ob eine Feststellungsklage gewählt werden kann, § 43 Abs. 1 Var. 1 VwGO, um auf diese Weise gerichtlich feststellen zu lassen, dass der Polizeipräsident rechtlich daran gehindert war, das „Gefährderanschreiben“ an H zu richten.

a) Rechtsverhältnis

Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO ist eine sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung ergebende rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache.²¹ Dabei ist der Begriff im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG zwar weit auszulegen, verlangt wird aber eine hinreichende Konkretisierung des Rechtsverhältnisses, um so auszuschließen, dass rein abstrakte Rechtsfragen geklärt werden sollen.²² Es müsste also eine Streitigkeit zwischen den Beteiligten über Rechte und Pflichten mit hinreichend konkretem Anlass bestehen.

Fraglich ist, ob das „Gefährderanschreiben“ als schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln einen insoweit hinreichend überschaubaren Sachverhalt betrifft bzw. ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis begründet. Dagegen könnte sprechen, dass es sich bei dem Schreiben möglicherweise ledig-

¹⁰ Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 15. Aufl. 2007, § 113 Rn. 129.

¹¹ Kopp/Schenke (Fn. 10), § 113 Rn. 142.

¹² Hierzu Hufen (Fn. 3), S. 351.

¹³ Zu diesem Problem bei Meldeauflagen BayVfGH BayVBl. 2006, 671; ferner auch BVerfGE 22, 21 (26); BVerwGE 6, 354 (355).

¹⁴ Vgl. Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Kommentar, 8. Aufl. 2008, Art. 11 Rn. 2.

¹⁵ § 6 Abs. 1 S. 1 AGVwGO NW lautet: „Vor Erhebung einer Anfechtungsklage bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren abweichend von § 68 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung nicht, wenn der Verwaltungsakt während des Zeitraums vom 1. November 2007 bis zum 31. Oktober 2012 bekanntgegeben worden ist.“ AGVwGO NW geändert durch Art. 1 Nr. 2 Zweites Gesetz zum Bürokratieabbau (Bürokratieabbaugesetz II) mit Wirkung zum 1. November 2007.

¹⁶ Hufen (Fn. 3), S. 352 m.w.N.

¹⁷ Siehe dazu BVerwGE 109, 203 (207); Hufen (Fn. 3), S. 353 f.; Kopp/Schenke (Fn. 10), § 113 Rn. 128.

¹⁸ Zum Problem siehe Fn. 5.

¹⁹ Kopp/Ramsauer (Fn. 7), § 35 Rn. 47 ff.

²⁰ Vgl. Schenke (Fn. 6), S. 286.

²¹ BVerwGE 89, 327 (329).

²² BVerwGE 89, 327 (329).

lich um einen informatorischen Hinweis auf die Rechtslage oder um einen unverbindlichen Ratschlag an den H handelt, sich nicht an der Begehung von Straftaten in Österreich im Rahmen der Fußballeuropameisterschaft zu beteiligen. Dieser Einwand liefe indes ins Leere, sofern dem Schreiben grundrechtseingreifende Wirkungen zuzumessen wären; die Beantwortung dieser Frage betrifft die Begründetheit der Klage. Für die Zulässigkeit genügt es, dass zwischen den Parteien streitig ist, ob durch das Anschreiben in Rechte des H eingegriffen wurde.²³ Eine hinreichend konkrete Streitigkeit liegt also vor.

b) Gegenwärtigkeit des Rechtsverhältnisses

Einer Feststellung nach § 43 VwGO sind grundsätzlich nur gegenwärtige Rechtsverhältnisse zugänglich, also solche Rechtsverhältnisse, die im Zeitpunkt des Rechtsstreits bestehen. Problematisch ist insoweit der Umstand, dass die polizeiliche Maßnahme mit dem Zugang des Gefährderanschreibens beendet war und damit das Rechtsverhältnis erloschen ist. Auch die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden (oder künftigen) Rechtsverhältnisses ist aber dann möglich, wenn sich daraus noch (oder schon) konkrete Auswirkungen ergeben.²⁴ Indem H jedenfalls bis zur Fußballeuropameisterschaft unter dem Eindruck des Schreibens steht, sind Auswirkungen in diesem Sinne anzunehmen.

c) Ergebnis

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO liegt somit vor.

2. Subsidiarität

Weil H seine Rechte weder mittels einer Gestaltungs- noch einer Leistungsklage in gleichem Umfang oder mit gleicher Effektivität verfolgen kann, ist der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO.

3. Klagebefugnis

Ob für die Feststellungsklage in Analogie zu § 42 Abs. 2 VwGO eine entsprechende Klagebefugnis verlangt werden muss, ist strittig, jedoch mit Blick auf das Bedürfnis, Popularklagen auszuschließen, anzunehmen.²⁵ In der vorliegenden Konstellation besteht jedenfalls wegen der Stellung des H als Adressat des Schreibens die Möglichkeit der Belastung durch die Maßnahme, mithin einer Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG.

4. Feststellungsinteresse

Das erforderliche Feststellungsinteresse setzt kein rechtliches Interesse des H voraus, vielmehr genügt jedes nach vernünftigen Erwägungen durch die Sachlage gerechtfertigte Interes-

se wirtschaftlicher, ideeller oder rechtlicher Art.²⁶ Vorliegend könnte H ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Schreibens wegen Wiederholungsfahr und auch wegen eines Rehabilitierungsbedürfnisses haben. So muss H unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsfahr damit rechnen, dass er in absehbarer Zeit bei einem vergleichbaren Sachverhalt erneut mit einem entsprechenden Schreiben konfrontiert wird, namentlich deswegen, weil er noch immer in der Datei „Gewalttäter Sport“ erfasst ist, die auch Grundlage des Schreibens vom Februar 2008 gewesen ist.

H hat auch ein ideelles Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des „Gefährderanschreibens“. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist anerkannt, dass ein schutzwürdiges ideelles Interesse an der Rechtswidrigkeitsfeststellung nicht nur in den Fällen in Betracht kommt, in denen abträgliche Nachwirkungen der erledigten Verwaltungsmaßnahme fortbestehen. Vielmehr kann auch die Art des Eingriffs, insbesondere im grundrechtlich geschützten Bereich, verbunden mit dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, erfordern, das Feststellungsinteresse anzuerkennen.²⁷ Hierzu zählen nach der genannten Rechtsprechung namentlich Feststellungsbegehren, die – wie hier – polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben.

Danach hat H ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Feststellung.

5. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist das Land NRW, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog.

6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

H ist als von der Polizeimaßnahme Betroffener gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Auf der Beklagtenseite gilt dasselbe für das Land NRW, § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Die Prozessfähigkeit folgt aus § 62 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO.

III. Ergebnis

Eine Klage des H wäre somit zulässig.

C. Objektive Klagehäufung²⁸

Problematisch ist, ob die beiden Klageanträge des H innerhalb eines Rechtsstreits kombiniert werden können. Dies richtet sich nach § 44 VwGO. Nach dieser Bestimmung muss sich die Klage prinzipiell gegen denselben Beklagten richten.

²³ Hinweis: Das OVG Lüneburg NJW 2006, 391 ff. behandelte diese Rechtsfragen vollständig im Rahmen der Zulässigkeit. Für den Klausuraufbau hätte dies eine starke „Kopflastigkeit“ zur Folge.

²⁴ Vgl. BVerwG NJW 1997, 2534.

²⁵ Dazu BVerwG NJW 1982, 2513 (2514); *Rozek*, JuS 1995, 697.

²⁶ *Kopp/Schenke* (Fn. 10), § 113 Rn. 129.

²⁷ BVerwG NJW 1997, 2534.

²⁸ Das polizeirechtstypische, aber häufig übersehene bzw. übergangene Problem der objektiven Klagehäufung sollte im Gutachten immer als separater Punkt zwischen Zulässigkeit und Begründetheit der Klage eingeordnet werden, da die Rechtsfolge bei fehlenden Voraussetzungen des § 44 nicht Unzulässigkeit der Klage, sondern nur Trennung der Klagebegehren ist; anders (nämlich am Ende der „Statthaftigkeitsprüfung“) – ohne Begründung – *Hufen* (Fn. 3), S. 219.

Wenn, wie in der vorliegenden Konstellation, jedoch Rechtsträger- (Feststellungsklage) und Behördenprinzip (Fortsetzungsfeststellungsklage) gleichzeitig einschlägig sind, bestehen daran Zweifel. Von einem formalen Standpunkt aus betrachtet handelt es sich nämlich um zwei Beklagte: das Land NRW und den Polizeipräsidenten. Die Praxis behilft sich im Rubrum damit, dass für beide Anträge die Behörde aufgeführt wird. Die Voraussetzungen einer objektiven Klagehäufung i.S.d. § 44 VwGO dürfen als gegeben betrachtet werden.²⁹

D. Begründetheit

I. Fortsetzungsfeststellungsklage gegen die Meldeaufgabe

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, soweit die Meldeaufgabe rechtswidrig war und der H hierdurch in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt wurde, §§ 113 Abs. 1 S. 4 analog, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für die Meldeaufgabe kommt alleine die polizeirechtliche Generalklausel in Betracht, § 8 Abs. 1 PolG NW.

a) Verdrängung der Generalklausel durch bundesrechtliches Spezialregime?

Fraglich ist aber, ob diese Norm neben der bundesrechtlichen Regelung des Pass- und Personalausweisrechts anwendbar ist. Meldeaufgaben, mit denen das Ziel verfolgt wird, Personen an der Begehung von Straftaten im Ausland zu hindern, könnten nämlich dem durch Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG dem Bund vorbehaltenen Regelungsbereich des Pass- und Ausweiswesens unterfallen. Von dieser Kompetenz hat der Bund durch Erlass des Passgesetzes (PassG) und des Personalausweisgesetzes (PersAuswG) Gebrauch gemacht, indem nach § 8 und § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 PassG der räumliche Geltungsbereich eines Passes eingeschränkt werden darf, sofern bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, dass der Passinhaber die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, gleichzeitig aber eine Einziehung des Passes aus einem dieser Gründe unverhältnismäßig wäre. Diese Bundeskompetenz könnte die Heranziehung der landesrechtlichen Generalermächtigung im PolG als Rechtsgrundlage für derartige Meldeaufgaben mit vergleichbarer Zielsetzung ausschließen.

aa) Kompetenzrechtliches Argument

Gegen eine Verdrängung der Generalklausel spricht zunächst die Systematik der Gesetzgebungskompetenzverteilung. So ist namentlich der kompetenzrechtliche Freizügigkeitsbegriff i.S.d. Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG enger als derjenige der grundrechtlichen Gewährleistung in Art. 11 Abs. 1 GG, denn diese steht unter dem Vorbehalt „des Gesetzes“ und nicht nur „des Bundesgesetzes“, Art. 11 Abs. 2 GG. Dementsprechend ist aner-

kannt,³⁰ dass allgemeine landesrechtliche Regelungen über die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung nicht unter die Kompetenzmaterie der „Freizügigkeit“ nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG fallen.³¹ Die Länder sind folglich kompetenzrechtlich jedenfalls auch insoweit zur Verhütung und Unterbindung strafbarer Handlungen nach Maßgabe des allgemeinen Polizeirechts berechtigt, als sie dabei in das Grundrecht auf Freizügigkeit gem. Art. 11 Abs. 1 GG eingreifen.³²

bb) Teleologisches Argument

Gegen eine Verdrängung spricht überdies der Umstand, dass Polizeirecht und Pass- bzw. Personalausweisrecht unterschiedlichen Zielen dienen und dementsprechend an jeweils andere Voraussetzungen anknüpfen.³³ Passrechtlich können nur unter besonderen Umständen Handlungen als eine Gefährdung erheblicher Belange der Bundesrepublik i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG gewertet werden. Diese müssen geeignet sein, dem internationalen Ansehen Deutschlands zu schaden.³⁴ So ist eine Beschränkung des Reisepasses nur dann gerechtfertigt, wenn Tatsachen dafür sprechen, dass von einem Passinhaber bei seinem Aufenthalt im Ausland derartige Handlungen zu befürchten sind. Unter vergleichbaren Voraussetzungen ist gem. § 2 Abs. 2 PersAuswG auch eine Beschränkung des Personalausweises zulässig. Das Polizeirecht hingegen ist nicht auf die Unterbindung von Handlungen mit dem spezifischen Gefährdungspotential des § 7 PassG beschränkt. Vielmehr umfasst der auf der Gesetzgebungsbefugnis der Länder für das Polizeirecht beruhende Gefahrentatbestand der polizeirechtlichen Generalklausel die allgemeinen Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit, insbesondere die Verhütung von Straftaten. Für die Erfüllung dieses Gefahrentatbestands ist es folglich grundsätzlich unerheblich, ob die zu erwartende Straftat eines Deutschen im Inland stattfindet oder im Ausland.³⁵

cc) Ergebnis

Die Anwendung der polizeirechtlichen Generalermächtigung auf eine Meldeaufgabe der hier vorliegenden Art wird also nicht dadurch ausgeschlossen, dass dem Bund nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG die ausschließliche Gesetzgebungskompe-

³⁰ BVerwGE 129, 142 (151) = DÖV 2008, 28.

³¹ Vgl. SächsVerfGH LVerfGE 14, 333 (389 f.).

³² Vgl. BayVerfGH NVwZ 1991, 664 (666); siehe auch § 7 PolG NW.

³³ So im Ergebnis VGH Mannheim DVBl. 2000, 1630; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21.3.2006, Az. 1 B 7.04; VG Stuttgart NJW 2006, 1017; vgl. ferner die Gesetzesbegründung von BReg und BR in BT-Drs. 14/2888 v. 13.3.2000, S. 2 und 4; a.A. *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Abschn. F Rn. 833 ff.

³⁴ Vgl. BVerwG DÖV 1969, 74

³⁵ So die Argumentation von BVerwGE 129, 142 (150) = DÖV 2008, 28 (29), die jedoch auch umkehrbar wäre; man könnte den Standpunkt einnehmen, dass gerade wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen ein Rückgriff auf die Generalklausel ausscheidet.

²⁹ Vgl. – wie hier – *Pietzcker*, in: Schoch/Schmidt-Abmann (Hrsg.), VwGO, Kommentar, § 44 Rn. 6.

tenz u.a. für die Freizügigkeit, das Passwesen und das Ausweiswesen zusteht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es nicht tragendes Ziel der Meldeauflage ist, dem Adressaten die Ausreise aus dem Bundesgebiet unmöglich zu machen, sondern (lediglich) verhindert werden soll, dass der Adressat an einem Ort, der nicht sein ständiger Aufenthaltsort ist, eine Straftat begeht. Insoweit schließen sich die unterschiedlichen Eingriffsgrundlagen nicht aus. Sie sind nebeneinander anwendbar, je nachdem, welchen Gefahren begegnet werden soll.

b) Notwendigkeit einer Spezialermächtigung?

Die Generalemächtigung könnte als Grundlage für die umstrittene Meldeauflage aber auszuschließen sein, weil die vorrangige Schaffung einer speziellen Befugnisnorm hierfür durch den Gesetzgeber nötig sein könnte. So bedürfen Ermächtigungen zu Grundrechtseingriffen grundsätzlich einer Form, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit entspricht.³⁶ Dieses Gebot ergänzt und konkretisiert den aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, soll also sicherstellen, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet. Anderenfalls wären die freiheitsbegrenzenden Entscheidungen einseitig in das Ermessen der Exekutive gestellt.

Mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen ist die polizeirechtliche Generalklausel zwar in besonderem Maße der Auslegung und Konkretisierung bedürftig. Aber sie ist in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt.³⁷ Dass die Meldeauflagen als neues, untypisches Instrument zunächst auf die Generalklausel gestützt werden können, ist somit möglich. Fraglich ist nur, ob das neue Instrument der polizeilichen Meldeauflage nach einer gewissen Erprobungsphase die Schaffung einer speziellen Ermächtigungsgrundlage neben der Generalklausel erfordert. Indem sich die Praxis der Meldeauflagen jedoch erst in jüngerer Zeit herausgebildet hat, lässt sie sich zum jetzigen Zeitpunkt (noch) auf § 8 Abs. 1 PolG NW stützen. Daher braucht nicht entschieden werden, ob mit dem Bundesverwaltungsgericht nunmehr generell anzunehmen ist, dass die Generalklausel auch nach einer gewissen Bewährungsphase in der Praxis weiterverwendet werden darf.³⁸

³⁶ BVerwGE 115, 189 (194), hat in Bezug auf den Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 GG entschieden, dass die Generalklausel nicht dauerhaft als ausreichende Grundlage für den Eingriff in dieses Grundrecht verwendet werden darf, sofern die Entscheidung von einer abwägenden Wertung einer Mehrzahl verschiedener Schutzinteressen abhängt.

³⁷ BVerwGE 115, 189 (195 f.).

³⁸ Dafür bemüht das BVerwG wohl den (rechtlich nicht zwingenden, eher pragmatischen) Umstand, dass sonst nach einer schwer bestimmbaren Zeitspanne die Maßnahmen unmöglich würden, sofern der Gesetzgeber nicht mit speziellen Rechtsgrundlagen nachzieht (BVerwGE 129, 142 = DÖV 2008, 28

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Polizeipräsidenten folgt aus § 10 POG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 PolG NW, dabei ergibt sich die Aufgabe der „Verhütung von Straftaten“ auch für Taten, die in Belgien, mithin im Ausland, begangen werden sollen, aus § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

b) Verfahren

Die gem. § 28 Abs. 1 VwVfG NW erforderliche Anhörung des H ist vorliegend nicht erfolgt. Das ergibt sich daraus, dass H von der Meldeauflage wie von einem „Blitz aus heiterem Himmel getroffen“ wurde, da er zu diesem Zeitpunkt mehr als ein Jahr nichts mehr „mit der Polizei zu tun gehabt“ hatte. Mit Blick auf die Erfolgsaussichten einer möglichen Klage muss jedoch damit gerechnet werden, dass der Anhörungsmangel gem. § 45 Abs. 2 VwVfG NW während des erstinstanzlichen Verfahrens noch geheilt wird.

c) Form

Anders als im Ordnungsrecht gilt für polizeiliche Verwaltungsakte der Grundsatz der Formfreiheit, § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG NW. Eine Begründung im Sinne von § 39 Abs. 1 VwVfG NW liegt vor.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 8 Abs. 1 PolG NW kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren.

a) Konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Zunächst müsste eine konkrete³⁹ Gefahr für die öffentliche Sicherheit anzunehmen gewesen sein.⁴⁰ Eine konkrete Gefahr ist dabei eine Sachlage, bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird. Der damit erforderlichen Gefahrenprognose ist das Tatsachenwissen zu Grunde zu legen, das der Polizeibehörde zum Zeitpunkt ihres Einschreitens bekannt war. Anhand dieses Tatsachenwissens muss aus Sicht eines objektiven, besonnenen Amtswalters das Vorliegen einer Gefahr bejaht werden kön-

[30]); vgl. in diesem Sinne *Bier*, jurisPR-BVerwG 2/2008, Anm. 4.

³⁹ Hierin liegt die Besonderheit der vorliegenden Konstellation gegenüber den neueren (examenrelevanten) Entscheidungen zur Frage der Erforderlichkeit spezieller Rechtsgrundlagen für Maßnahmen, die „noch“ nicht der Gefahrenabwehr, sondern „erst“ der Gefahrenvorsorge dienen, siehe dazu BVerwGE 113, 348 (377 f.); BVerwGE 116, 347 (350 f.). Diese Problematik stellt sich nicht (!), wenn es um konkrete Gefahren geht.

⁴⁰ Vgl. zum Gefahrbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht *Vofßkuhle*, JuS 2007, 908.

nen.⁴¹ Unter öffentlicher Sicherheit versteht man die Unversehrtheit von Individualrechtsgütern, der Rechtsordnung und der grundlegenden Einrichtungen des Staates.⁴² Vorliegend könnte dadurch die Unversehrtheit der Rechtsordnung betroffen sein, dass mit der Begehung von Straftaten in Belgien zu rechnen war. Dass es sich um Straftaten im Ausland handelt, ist insoweit unerheblich, § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Angesichts der detaillierten Kenntnisse der Polizei (szenekundige Beamte, einschlägige Internet-Foren) über Hooligan-Verabredungen zum Zweck der Verübung von Gewalttaten untereinander sowie gegenüber der belgischen Polizei, waren erhebliche Straftaten sogar überwiegend wahrscheinlich, eine konkrete Gefahr lag mithin vor.

b) Richtige Ermessensausübung

aa) Adressat

Fraglich ist aber, ob H ein tauglicher Adressat der Maßnahme gewesen ist. Dazu müsste er als Handlungsstörer einzustufen sein, § 4 Abs. 1 PolG NW. Zweifel ergeben sich daraus, dass die einschlägigen Gewalttaten, die in der Vergangenheit zu Jugendstrafen geführt haben, bereits lange zurückliegen. Auch der Umstand, dass H in der Datei⁴³ „Gewalttäter Sport“ gelistet ist, begründet für sich genommen lediglich eine Indizwirkung, die durch konkrete Tatsachen erhärtet werden muss. Dennoch könnte die auf einer Gesamtwürdigung der vorliegenden Informationen beruhende Einschätzung der Polizei hingenommen werden. Problematisch ist aber der Umstand, dass die Polizei wegen der fehlenden Anhörung nicht alle ihr verfügbaren Tatsachen herangezogen hat. Entscheidend dürfte es insoweit darauf ankommen, dass H an allen drei Tagen, die von der Meldeauflage betroffen waren, in den Abendstunden seine „Herzsportgruppe“ leitete. Diese Information hätte (anders als eine bloße Absichtserklärung des H, nicht nach Belgien reisen zu wollen) von der Polizei sogar unabhängig nachgeprüft werden können. Die Tatsache, dass H regelmäßig mehrere Teilnehmer in seiner Gruppe betreute, verleiht dieser Information hinreichende Objektivität. Der Umstand, dass die Polizeibehörde von dieser – wichtigen – Information keine Kenntnis hatte, sondern lediglich von den ihr bereits aktenmäßig bekannten Tatsachen ausging, vermag nichts daran zu ändern, dass H kein Störer war. Angesichts des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs wäre es vielmehr nötig und möglich gewesen, den H vor Erlass der Meldeauflage persönlich anzuhören. Die Tatsachen, die eine Störerqualität des H definitiv ausgeschlossen hätten, wären damit einem besonnenen Amtswalter bekannt gewesen. Im

⁴¹ VGH Mannheim, Urt. v. 16.11.1999, Az. 1 S 1315/98; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 411.

⁴² Ausführlich *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, S. 56 ff.

⁴³ Die rechtlichen Grundlagen dieser Datei bilden die jeweiligen Normen zur Datenerhebung und -verarbeitung der Landespolizeigesetze bzw. des Bundespolizeigesetzes und das Bundeskriminalamtgesetz i.V.m. Nr. 11 der Errichtungsanordnung des IMK-Beschlusses vom 14.5.1993; dazu *Franz/Günther*, NWVBl. 2006, 201 (205).

Ergebnis handelt es sich bei H also um einen Nichtstörer, gegen den die Maßnahme grundsätzlich nicht gerichtet werden durfte, § 6 Abs. 1 PolG NW.⁴⁴

bb) Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne⁴⁵

Prinzipiell war die Meldeauflage geeignet, die festgestellte Gefahr abzuwehren. Zweifel an der Erforderlichkeit der Maßnahme ergeben sich jedoch daraus, dass eine (prinzipiell mögliche) Passbeschränkung unterblieben ist. Eine solche Maßnahme könnte das mildere Mittel gewesen sein. Dagegen spricht jedoch, dass Meldeauflagen wegen des Fehlens systematischer Grenzkontrollen weitaus wirkungsvoller verhindern können, dass tatgeneigte Gewalttäter tatsächlich die Grenze übertreten. Indem die Meldeauflage dem Schutz hochwertiger Rechtsgüter diene, war sie nicht als unverhältnismäßig anzusehen, § 2 PolG NW.

4. Rechtsverletzung

Die Meldeauflage war rechtswidrig. Sie hat den H in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

5. Ergebnis

Die Fortsetzungsfeststellungsklage gegen die Meldeauflage ist begründet.

III. Feststellungsklage gegen das „Gefährderanschriften“

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn das „Gefährderanschriften“ des Polizeipräsidenten rechtswidrig war.

1. Ermächtigungsgrundlage

Das „Gefährderanschriften“ setzt als polizeiliche Maßnahme eine Befugnisnorm voraus, die das Einschreiten gestattet. Die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 1 Satz 2 PolG NW, wonach die Polizei im Rahmen der Aufgabe der Gefahrenabwehr insbesondere auch für die Verfolgung von Straftaten vorzusorgen und Straftaten zu verhüten hat, rechtfertigt wegen des grundrechtsbezogenen Teils des Vorbehalts des Gesetzes⁴⁶ nicht das polizeiliche Tätigwerden mittels „Gefährderanschriften“, soweit dieses als Grundrechtseingriff zu qualifizieren ist. Die Aufgabenzuweisung würde nur dann ausreichen, wenn mit dem „Gefährderanschriften“ die Schwelle zum Grundrechtseingriff nicht überschritten wird.⁴⁷

a) Anwendbarkeit der Grundrechte

Da H das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland verlassen müsste, um überhaupt an Ausschreitungen im Rahmen

⁴⁴ Zum Nichtstörer vgl. *Dietlein/Burgi/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2007, S. 309 ff.

⁴⁵ Die Prüfung kann im Gutachten gleichwohl fortgesetzt werden, um mögliche weitere Rechtsfehler zu untersuchen.

⁴⁶ Zur Differenzierung zwischen dem grundrechts- und dem parlamentsbezogenen Vorbehalt des Gesetzes vgl. *Schwerdtfeger* (Fn. 42), S. 214 ff.

⁴⁷ *Heintzen*, VerwArch 1990, 532 (533).

der Fußball-Europameisterschaft teilnehmen zu können, bestehen Zweifel an der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Grundrechte. Denn prinzipiell ist der Geltungsbereich des Grundgesetzes auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzt.⁴⁸ Gegen eine Anwendbarkeit der (deutschen) Grundrechte im vorliegenden Fall spräche das Ergebnis, dass lediglich die Grundrechtsausübung des H in Österreich berührt ist. Insbesondere die Tatsache, dass H eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland im Schreiben gar nicht verboten wird, legt einen ausschließlichen Auslandsbezug nahe. Die Wendung „bis hin zur Zurückweisung an der Grenze“ könnte insoweit lediglich als Hinweis auf ein österreichisches Einreiseverbot gedeutet werden. Dagegen spricht allerdings, dass im Schreiben ganz allgemein die Rede davon ist, dass sich H für den Fall seiner Entschließung, zur Europameisterschaft anzureisen, der Gefahr präventiver polizeilicher Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-österreichischen Grenze) aussetzen würde. Die Zurückweisung an der deutsch-österreichischen Grenze wird also nur als letztes polizeiliches Mittel angeführt. Somit kann dem Schreiben eben nicht entnommen werden, dass nur eine Zurückweisung durch österreichische Behörden in Betracht kommt. Angesprochen wird die Gefahr, dass gegen H schon in der Bundesrepublik Deutschland, also im Rahmen einer eventuell beabsichtigten Anfahrt nach Österreich, polizeiliche Maßnahmen ergriffen werden. Als solche Präventivmaßnahmen kommen namentlich eine Ausreiseuntersagung gem. § 10 Abs. 1 i.V.m. §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 8 PassG oder § 2 Abs. 2 PersAuswG (durch die Bundespolizei an der Grenze) und Meldeauflagen der Polizeibehörden in Betracht.⁴⁹ Dieses polizeiliche Handeln bezöge sich im Falle des Einschreitens noch auf die Phase der Anreise zu einer grundrechtlich geschützten Zusammenkunft. Dieser Bereich des Zugangs zur Grundrechtsausübung ist am Maßstab der Verfassungsnormen zu messen.⁵⁰

Die Grundrechte sind damit grundsätzlich einschlägig.

b) Eingriffsqualität des „Gefährderanschreibens“

Damit stellt sich die Frage nach der Eingriffsqualität des „Gefährderanschreibens“. Für die Beantwortung dieser Rechtsfrage muss einerseits berücksichtigt werden, dass nicht jedes polizeiliche Handeln die Schwelle zum Eingriff in Grundrechte des Einzelnen überschreitet. So gibt es Bereiche, in denen die Polizei berät und informiert, die in der Regel keine Belastungen für die Adressaten dieses staatlichen Handelns bedeuten. Zu unterscheiden ist derartige Tätigwerden jedoch andererseits von Maßnahmen, die nicht nur im Anwendungsbereich eines Grundrechts stattfinden, sondern unmittelbar den Schutzbereich eines Grundrechts berühren. Der sog. klassischen Eingriffsbegriff qualifiziert nur finale, unmittelbare, rechtsförmliche und verbindliche Maßnahmen als Ein-

griffe. Vorliegend fehlt es jedoch an einer unmittelbar auf die Setzung einer Regelung zielenden Finalität.⁵¹ Jedoch wäre die Schutzfunktion der Grundrechte für den Einzelnen massiv verkürzt, wenn nicht auch faktische Eingriffe umfasst wären, die negative Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung entfalten.⁵² Maßgebende Faktoren sind namentlich die Schwere der faktischen Grundrechtsverkürzung, die Vorsehbarkeit grundrechtsrelevanter Folgen für die Behörde und der Schutzzweck des Grundrechts.⁵³

Mit dem „Gefährderanschreiben“ könnte die Polizeibehörde in die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 8 Abs. 1 GG garantierte Willensentschließungs- und Verhaltensfreiheit des H eingegriffen haben. Da der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nur solche Zusammenkünfte, die auf eine Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung zielen, umfasst, kann Art. 8 Abs. 1 GG im Fall von Fußballveranstaltungen jedoch nicht herangezogen werden.⁵⁴ Die Willensentschließungsfreiheit ist dessen ungeachtet aber auch von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG erfasst. Dabei kann allerdings nicht jede Einflussnahme auf eine Willensentscheidung als faktischer Grundrechtseingriff qualifiziert werden, sondern es muss vielmehr darauf abgestellt werden, welche konkreten Wirkungen mit der Maßnahme erzielt werden können bzw. sollen.⁵⁵ Um das zu beurteilen, muss der konkrete Inhalt des vorliegenden Schreibens vom objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Adressaten aus gewürdigt werden.

aa) Objektive Komponente

Grundrechtlich unbedenklich ist das Schreiben, soweit die Polizeibehörde darin lediglich auf mögliche Gefahren und Folgen einer Ausübung der grundrechtlich geschützten Rechte allgemein hinweist, ohne damit bereits gegenüber dem Adressaten konkrete Maßnahmen anzusprechen oder anzuandrohen. Insoweit verbleiben für den Betroffenen ausreichende Handlungsspielräume, die eigene Willensentschließung unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte frei zu treffen. Der Rahmen allgemeiner Hinweise wird im konkreten Fall jedoch bereits durch die explizite Bezugnahme auf die dem H in der Vergangenheit zur Last gelegten Verfehlungen sowie durch den Hinweis auf die polizeiliche Erheblichkeit eines vergleichbaren Verhaltens aus Anlass der konkret bevorstehenden Ausschreitungen zur Fußball-Europameisterschaft überschritten. So ist diese individuelle Ansprache objektiv geeignet, den Spielraum für die Willensentschließung (etwa aus Furcht vor polizeilichen Maßnahmen und Nachteilen) so stark zu beeinflussen, dass Adressaten keine Entschließungsfreiheit mehr für die Ausübung ihrer grundrechtlichen Freiheiten für sich sehen.

⁴⁸ Jarass (Fn. 14), Präambel Rn. 8.

⁴⁹ Vgl. Breucker, NJW 2004, 1631 (1632); ders., NJW 2006, 1233 (1236).

⁵⁰ Siehe zu Art. 8 Abs. 1 GG BVerfGE 84, 203 (209); Jarass (Fn. 14), Art. 8 Rn. 5.

⁵¹ Siehe B. II. 1.

⁵² Hierzu BVerfGE 105, 279 (294 ff.); 105, 252 (265 ff.); 113, 63 (76).

⁵³ Hierzu Maurer, Staatsrecht I, 5. Aufl. 2007, S. 289 f. m.w.N.

⁵⁴ Jarass (Fn. 14), 7. Aufl. 2007, Art. 8 Rn. 3 (str.!).

⁵⁵ Vgl. Heintzen, VerwArch 1990, 532 (537).

bb) Finale Komponente

Grundrechtlich relevant wird das vorliegende „Gefährderschreiben“ jedoch spätestens durch die damit verbundene mittelbar finale Komponente. Wie sich aus dem Erlass des Innenministeriums vom 14. Februar 2008 ergibt, bezweckte die Polizeibehörde mit ihrer schriftlichen Ansprache, H von einer Teilnahme an der Fußballeuropameisterschaft von vornherein abzuhalten. Die subjektive Absicht, die Willensentschließungsfreiheit des H zu beeinträchtigen, kommt auch in der Wortwahl des Schreibens zum Ausdruck. Die Polizeibehörde belässt es nicht bei einem Hinweis zur Rechtslage oder einem unverbindlichen Ratschlag. Dass zweckgerichtet das Verhalten des H beeinflusst werden sollte, ergibt sich insbesondere aus der Wendung: „[...] um zu vermeiden, dass Sie sich der Gefahr präventiver polizeilicher Maßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr (bis hin zur Zurückweisung an der deutsch-belgischen Grenze) oder strafprozessualer Maßnahmen aus Anlass der Begehung von Straftaten im Rahmen der demonstrativen Aktionen aussetzen [...]“. H musste und durfte diese Formulierung so verstehen, dass er sich konkreten polizeilichen Maßnahmen aussetzt, falls er der Aufforderung nicht nachkommt.

cc) Ergebnis

Die vom Polizeipräsidium in dem Schreiben vom 15. Februar 2008 gewählten Formulierungen waren also objektiv geeignet und subjektiv darauf gerichtet, auf die durch die Freiheitsrechte des Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Willensentschließungsfreiheit des H einzuwirken, überhaupt an Veranstaltungen im Umfeld der Fußballeuropameisterschaft teilzunehmen. Dem „Gefährderschreiben“ ist die Eingriffsqualität im Ergebnis nicht abzusprechen. Der Vorbehalt des Gesetzes greift damit. Die polizeirechtliche Generalklausel, § 8 Abs. 1 PolG NW, muss also als Ermächtigunggrundlage für den Grundrechtseingriff herangezogen werden.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit ist ebenso zu beurteilen wie im Zusammenhang mit der Meldeaufgabe.⁵⁶ Freilich stellt sich hier das schwierige Problem, inwieweit – mangels Verwaltungsaktqualität des „Gefährderschreibens“⁵⁷ – überhaupt eine Anhörung erforderlich war, § 28 Abs. 1 VwVfG NW. Gestützt auf das Rechtsstaatsprinzip sowie die betroffenen grundrechtlichen Garantien käme allenfalls eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht.⁵⁸ Ebenso wie bei der Meldeaufgabe muss jedenfalls mit einer Nachholung der Anhörung gerechnet werden.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 8 Abs. 1 PolG NW kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren. Maßgeb-

lich ist also, ob eine konkrete Gefahr vorgelegen hat und H diese Gefahr verursacht hat, so dass das „Gefährderschreiben“ gegen ihn als Verhaltensstörer gem. § 5 Abs. 1 PolG NW zu richten war.⁵⁹ Die handelnde Polizeibehörde durfte zwar nach ihren polizeilichen Erkenntnissen davon ausgehen, dass im Rahmen der Fußballeuropameisterschaft in Österreich und der Schweiz die Gefahr gewalttätiger Ausschreitungen bestand. Ein gewichtiges Indiz, das diese Einschätzung erhärtet, sind namentlich die massiven Auseinandersetzungen zwischen Polizei und Hooligans während des Freundschaftsspiels der deutschen Nationalmannschaft am 13. Februar 2008 in Polen, an denen auch deutsche Staatsangehörige beteiligt waren. Danach bestand sehr begründeter Anlass zu der Befürchtung, dass auch nach Österreich erneut gewaltbereite Personen anreisen werden und dass Gewalttätigkeiten von den örtlichen Sicherheitskräften nicht verhindert werden können. Bei der erforderlichen Prognose muss freilich – jedenfalls wegen der erforderlichen Adressatenauswahl, § 5 Abs. 1 PolG – der zukünftige, zum befürchteten Schaden führende Kausalverlauf wenigstens in Umrissen erkennbar sein. Je weiter entfernt ein Schadensereignis in der Zukunft liegt, desto unsicherer wird – namentlich dann, wenn wie vorliegend das Verhalten von Menschen prognostiziert werden muss – die Einschätzung. Für das Verhalten des H während der Fußballeuropameisterschaft, die erst vier Monate nach dem „Gefährderschreiben“ stattfinden soll, ist eine hinreichende Erkennbarkeit in diesem Sinne nicht anzunehmen. Selbst dann, wenn man die Ausschreitungen als konkrete Gefahr betrachtet, kann H keinesfalls bereits jetzt als Handlungsverantwortlicher eingeordnet werden. Er ist (noch) Nichtstörer.

Daran gemessen bestanden zum Zeitpunkt der Adressierung des „Gefährderschreibens“ an H keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine von ihm ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

Damit war das „Gefährderschreiben“ rechtswidrig und der Feststellungsantrag hätte Erfolg.

E. Gesamtergebnis

Eine verwaltungsgerichtliche Klage des H hätte unter dem 17.2.2008 Aussicht auf Erfolg.

⁵⁶ Siehe dazu oben D. I. 2.

⁵⁷ Siehe dazu oben B. II. 1.

⁵⁸ Dazu *Kopp/Ramsauer* (Fn. 7), § 28 Rn. 4 ff.; *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 m.w.N.

⁵⁹ Zum Begriff der Gefahr oben D. I. 3. a).

Übungsfall: Folter zur Rettung des Entführungsopfers?

Von Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Tobias R. Kappelmann, LL.M., Bonn

Bei der vorliegenden Klausur handelt es sich um eine Referendarexamensklausur. Der Schwerpunkt der Aufgabenstellung liegt auf der Diskussion einer möglichen Rechtfertigung der sog. „Rettungsfolter“ unter besonderer Berücksichtigung der einschlägigen Normen des Polizei- und Verfassungsrechts und ihrem Verhältnis zu den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen.

Sachverhalt

X braucht dringend Geld, um seinen aufwändigen Lebensstil zu finanzieren. Er fasst daher den Plan, die 8-jährige Tochter T des reichen Industriellen I zu entführen und von diesem ein Lösegeld zu verlangen. Als sich T auf den Weg von der Schule zum nahe gelegenen Elternhaus begibt, lauert X ihr auf, zerrt sie in sein Auto und fährt mit ihr zu einem verlassenen Bauernhof. Dort fesselt und knebelt er T und sperrt sie in einen Schuppen.

Anschließend fährt er zurück in die Stadt und stellt I seine Lösegeldforderung in Höhe von 1 Million Euro. Falls I nicht zahle, werde T „einen tödlichen Unfall erleiden“. Als X zum Bauernhof zurückkehrt, um nach T zu sehen, muss er zu seinem Entsetzen feststellen, dass T an ihrem Knebel erstickt ist, kurz nachdem er sie dort zurückgelassen hat.

Nach kurzer Überlegung begibt er sich gleichwohl zu dem für die Geldübergabe verabredeten Treffpunkt. Dort wird er von der Polizei festgenommen. Die zugleich eingeleitete Suche nach T bleibt ohne Erfolg. Bei seinen Vernehmungen schweigt X beharrlich. Sämtliche Versuche des ermittelnden Polizeibeamten B, von X den Aufenthaltsort der T zu erfahren, schlagen fehl.

Der Vorgesetzte V des B weist diesen daraufhin an, X zu drohen, dass er erhebliche Schmerzen erleiden werde, wenn er den Aufenthaltsort der T nicht offenbare, und den X erforderlichenfalls mit Gewalt zu einer Aussage zu zwingen. Auf entsprechende Drohungen des X reagiert X nicht. Daraufhin überdehnt B das Handgelenk des X und fügt diesem damit erhebliche, nicht auszuhaltende Schmerzen zu, bis X sein Schweigen bricht und den Ort preisgibt, an dem sich die T befindet.

V und B sagen später aus, sie seien davon ausgegangen, dass T noch gelebt habe, und hätten keine andere Möglichkeit mehr gesehen, um deren Leben zu retten. B macht außerdem geltend, dass er verpflichtet gewesen sei, die Weisung des V zu befolgen.

Strafbarkeit von X, B und V ?

Auszug aus dem Polizeigesetz NRW

§ 9 Befragung, Auskunftspflicht, allgemeine Regeln der Datenerhebung

(1) ¹Die Polizei kann jede Person befragen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie sachdienliche Angaben machen kann, die für die Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind. ²Für die Dauer der Befragung kann die Person angehalten werden.

(2) ¹Eine Person, deren Befragung nach Absatz 1 zulässig ist, ist verpflichtet, auf Frage Namen, Vornamen, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und Staatsangehörigkeit anzugeben. ²Sie ist zu weiteren Auskünften verpflichtet, soweit gesetzliche Handlungspflichten bestehen.

(3) ¹Die Befragung richtet sich an die betroffene Person. ²Ist deren Befragung nicht oder nicht rechtzeitig möglich oder würde sie die Erfüllung der polizeilichen Aufgabe erheblich erschweren oder gefährden, können die Daten auch ohne Kenntnis der betroffenen Person erhoben werden, wenn dies zur Aufgabenwahrnehmung gemäß Absatz 1 erforderlich ist.

§ 10 Vorladung

(1) Die Polizei kann eine Person schriftlich oder mündlich vorladen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person sachdienliche Angaben machen kann, die für die Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind,

2. das zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen erforderlich ist.

(2) ¹Bei der Vorladung soll deren Grund angegeben werden. ²Bei der Festsetzung des Zeitpunkts soll auf den Beruf und die sonstigen Lebensverhältnisse der betroffenen Person Rücksicht genommen werden.

(3) ¹Leistet eine betroffene Person der Vorladung ohne hinreichenden Grund keine Folge, so kann sie zwangsweise durchgesetzt werden,

1. wenn die Angaben zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich sind,

2. zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen.

²Die zwangsweise Vorführung darf nur auf Grund richterlicher Anordnung erfolgen, es sei denn, dass Gefahr im Verzug vorliegt.

(4) § 136a der Strafprozessordnung gilt entsprechend.

[...]

§ 55 Unmittelbarer Zwang

(1) ¹Die Polizei kann unmittelbaren Zwang anwenden, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen oder keinen Erfolg versprechen oder unzumutbar sind. ²Für die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwanges gelten die §§ 57 ff.

(2) Unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ist ausgeschlossen.

§ 57 Rechtliche Grundlagen

(1) Ist die Polizei nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften zur Anwendung unmittelbaren Zwanges befugt, gelten für die Art und Weise der Anwendung die §§ 58 bis 66 und, soweit sich aus diesen nichts Abweichendes ergibt, die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes.

(2) Die Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.

§ 58 Begriffsbestimmungen, zugelassene Waffen

(1) Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen.

[...]

§ 59 Handeln auf Anordnung

(1) ¹Die Polizeivollzugsbeamten sind verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden, der von einem Weisungsberechtigten angeordnet wird. ²Das gilt nicht, wenn die Anordnung die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist.

(2) ¹Eine Anordnung darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. ²Befolgt der Polizeivollzugsbeamte die Anordnung trotzdem, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, dass dadurch eine Straftat begangen wird.

(3) Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Anordnung hat der Polizeivollzugsbeamte dem Anordnenden gegenüber vorzubringen, soweit das nach den Umständen möglich ist.

(4) § 59 Abs. 2 und 3 des Landesbeamtengesetzes ist nicht anzuwenden.

Auszug aus dem Landesverwaltungsverfahrensgesetz NRW (VwVfG NRW)

§ 26 [Beweismittel]

(2) [...] ⁴Der Auskunftspflichtige kann die Auskunft auf solche Fragen, zu deren Beantwortung er durch Rechtsvorschrift verpflichtet ist, verweigern, wenn deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.

Auszug aus der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK]

Art. 3 [Verbot der Folter]

Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

Auszug aus dem Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 (BGBl. 1990 II S. 246) [FolterÜ]

Art. 1 [Definition der Folter; gesetzlich zulässige Sanktionen]

(1) Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck „Folter“ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen

Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden.

[...]

Art. 2 [Pflichten der Vertragsstaaten; keine Rechtfertigung durch Notstand oder Befehl]

(1) Jeder Vertragsstaat trifft wirksame gesetzgeberische, verwaltungsmäßige, gerichtliche oder sonstige Maßnahmen, um Folterungen in allen seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Gebieten zu verhindern.

(2) Außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art, sei es Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, dürfen nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden.

(3) Eine von einem Vorgesetzten oder einem Träger öffentlicher Gewalt erteilte Weisung darf nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden.

Art. 4 [Obligatorische Strafandrohung]

(1) Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass nach seinem Strafrecht alle Folterhandlungen als Straftaten gelten. Das Gleiche gilt für versuchte Folterung und für von irgendeiner Person begangene Handlungen, die eine Mittäterschaft oder Teilnahme an einer Folterung darstellen.

Auszug aus dem Landesbeamtengesetz NRW [LBG NRW]

§ 59 Rechtmäßigkeit des Handelns

(1) Der Beamte trägt für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung

Lösung**A. Strafbarkeit des X****I. §§ 255, 22, 23 Abs. 1¹**

X könnte sich wegen versuchter räuberischer Erpressung strafbar gemacht haben, indem er von I ein Lösegeld für die Freilassung der T forderte.²

1. Tatentschluss³

Der subjektive Tatbestand setzt zunächst einen auf eine räu-

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

² Von dem chronologischen Aufbau wird an dieser Stelle abgewichen, da anderenfalls im Rahmen des subjektiven Tatbestands des § 239a der Tatbestand des § 253 bzw. § 255 inzi- dent zu prüfen wäre.

³ Die Vorprüfung, ob die Tat vollendet und der Versuch strafbar ist, sollte gedanklich erfolgen, bedarf jedoch in der Regel nicht der schriftlichen Niederlegung. In den Fällen, in denen die fehlende Vollendung begründungsbedürftig ist, sollte das vollendete Delikt vor einem entsprechenden Versuch geprüft werden. Der Hinweis auf die Strafbarkeit des Versuchs kann durch die Benennung der einschlägigen Bestimmungen in der Überschrift erfolgen, siehe *Hardtung*, Jura 1996, 293 ff.

berische Erpressung gerichteten Tatentschluss voraus. X müsste also Vorsatz in Bezug auf eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gehabt haben. Er hat dem I gedroht, dass T „einen tödlichen Unfall erleiden werde“, also eine Drohung gegen das Leben der T ausgesprochen. Eine Drohung, die sich gegen einen anderen als den Erpressten richtet, ist nach h.M. ausreichend, sofern sich diese für den letztgenannten als erhebliches eigenes Übel darstellt.⁴ Da die eigene Tochter gefährdet war, ist dies in Bezug auf I zu bejahen. Das gilt auch für die Gegenwärtigkeit der Gefahr, denn diese ist gegeben, wenn sie sich alsbald oder in aller nächster Zeit realisieren kann.⁵

Vorsatz in Bezug auf eine qualifizierte Drohung i.S.d. § 255 liegt somit vor. X hatte weiterhin den Vorsatz, den I mit dieser Drohung zu einer Handlung in Form der Zahlung von Lösegeld zu nötigen (s. § 253 Abs. 1). Soweit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 253 eine Vermögensverfügung des Opfers verlangt wird⁶, liegt eine solche mit der Zahlung des Lösegeldes an X vor. Infolge der Zahlung sollte I einen Vermögensnachteil erleiden (1 Million Euro). X handelte auch in der Absicht, sich selbst um die dem Schaden des I entsprechende Summe zu Unrecht zu bereichern. Der subjektive Tatbestand ist daher erfüllt.

2. Unmittelbares Ansetzen

Mit dem Aussprechen der Drohung gegenüber I hat X unmittelbar zur Tat angesetzt (§ 22). Der objektive Tatbestand ist daher ebenfalls gegeben.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

X handelte auch rechtswidrig und schuldhaft und hat sich somit nach §§ 255, 22, 23 Abs. 1 strafbar gemacht.

II. § 239a Abs. 1 Alt. 1

X könnte sich wegen erpresserischen Menschenraubes (§ 239a) strafbar gemacht haben, indem er T in das Auto zerrte und zu dem Bauernhof brachte.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 239a Abs. 1 Alt. 1 setzt voraus, dass der Täter einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt. Eines anderen Menschen bemächtigt

⁴ BGH NStZ 1987, 222 (223); *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 253 Rn. 6, § 255 Rn. 2; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 255 Rn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 42 Rn. 54; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 727. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, sofern man nur die Bedrohung angehöriger oder nahe stehender Personen (s. § 35) ausreichen lässt, so *Zaczyk*, JZ 1985, 1059 (1061).

⁵ BGH NJW 1997, 265 (266); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 34 Rn. 17 i.V.m. *Eser*, ebenda, § 255 Rn. 2.

⁶ So *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 709 ff. m.w.N.

sich, wer diesen in seine physische Gewalt bringt.⁷ Indem er T zu dem gemeinsamen Gehöft brachte und sie dort fesselte und einsperrte, brachte X die T in seine Gewalt und bemächtigte sich somit eines Menschen. Das Entführen unterwirft das Opfer einer Veränderung des Aufenthaltsortes mit der Wirkung, dass es der Herrschaftsgewalt des Täters ausgeliefert ist.⁸ X zerrte die T in sein Auto und brachte sie zu dem Gehöft, wo T infolge der Ortsveränderung der Herrschaftsgewalt des X ausgeliefert war. X hat die T demnach auch entführt. Der objektive Tatbestand des § 239a Abs. 1 Alt. 1 ist daher erfüllt.⁹

2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt zunächst Vorsatz voraus. X wollte die T entführen und sich ihrer bemächtigen und handelte daher insoweit vorsätzlich. Weitere Voraussetzung des § 239a Abs. 1 Alt. 1 ist die Absicht, die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen. X plante bei der Ausführung der Tathandlung, dem I anschließend eine Lösegeldforderung zu stellen, mithin eine räuberische Erpressung (§ 255) zu begehen (s.o. 1.). Zur Begehung dieser Tat wollte A die Sorge eines Dritten (I) um das Wohl des Opfers (T) ausnutzen. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

X handelte auch rechtswidrig und schuldhaft und hat sich daher nach § 239a Abs. 1 Alt. 1 strafbar gemacht.

III. § 239a Abs. 3

X könnte sich darüber hinaus wegen erpresserischen Menschenraubes mit Todesfolge strafbar gemacht haben.

1. Grundtatbestand

Der Grundtatbestand des § 239a Abs. 1 ist erfüllt (s.o. 2.).

2. Erfolgsqualifikation

X hat den Tod der T verursacht, indem er sie knebelte und sie daraufhin an dem Knebel erstickte. Der tatbestandsspezifische Gefährdungsbezug ist gegeben, da der Tod auf einer Gefahr beruhte, die mit der Verwirklichung des Grundtatbestands (§ 239a Abs. 1), d.h. mit der Fesselung und Knebelung als Teil des Sich-Bemächtigens, geschaffen wurde. X handelte auch objektiv und subjektiv leichtfertig, indem er die achtjährige T knebelte und anschließend allein ließ.

⁷ BGH NStZ 1996, 276; 2002, 31; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 742.

⁸ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 742.

⁹ Ob man in dem Entführen eine Vorstufe (*Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 454) oder einen Unterfall des Sich-Bemächtigens sieht (*Horn*, in: Rudolphi u.a. [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 59. Lieferung, Stand: Oktober 2003, § 239a Rn. 4), kann an dieser Stelle offen bleiben.

3. Ergebnis

X hat sich nach § 239a Abs. 3 strafbar gemacht.

IV. § 239b Abs. 1 Alt. 1

X könnte sich außerdem wegen Geiselnahme strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist erfüllt, denn X hat die T entführt und sich ihrer bemächtigt (s.o. 2. a).

2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand ist ebenfalls erfüllt, denn X handelte, um einen Dritten (I) durch die Drohung mit dem Tod des Opfers (T) zu einer Handlung (Zahlung des Lösegeldes) zu nötigen (vgl.o. 2. b).

3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

X handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. § 239b ist allerdings im Verhältnis zu § 239a subsidiär.¹⁰

V. § 239b Abs. 2 i.V.m. § 239a Abs. 3

Der Tatbestand der Geiselnahme mit Todesfolge ist zwar erfüllt (vgl. o. 3.); die Geiselnahme tritt jedoch auch insoweit hinter den erpresserischen Menschenraub zurück (s.o. 4.).

VI. §§ 255, 251, 22, 23 Abs. 1

X könnte sich außerdem wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung mit Todesfolge strafbar gemacht haben. Der in § 255 enthaltene Verweis erstreckt sich auch auf § 251.¹¹

1. Grundtatbestand

Der Grundtatbestand des Versuchs ist gegeben (s.o. 1.).

2. Erfolgsqualifikation

X müsste darüber hinaus durch die Tat den Tod des Opfers (T) verursacht haben, d.h. durch eine Handlung, die spezifischer Bestandteil der Begehung der räuberischen Erpressung bzw. des Versuchs ist.¹²

Als X mit der Drohung gegenüber I zur Tat angesetzt hat, war T bereits tot, d.h. X hat den Tod der T vor Versuchsbeginn verursacht. Die schwere Folge ist somit nicht durch die Tat eingetreten.

3. Ergebnis

Die Voraussetzungen des § 251 sind nicht erfüllt. X ist folglich nicht strafbar nach §§ 255, 251, 22, 23 Abs. 1.

VII. § 239 Abs. 1, Abs. 4

X könnte sich außerdem wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge strafbar gemacht haben.

1. Grundtatbestand

Er hat die T vorsätzlich gefesselt, geknebelt und in den Schuppen eingesperrt. Der Tatbestand des § 239 Abs. 1 ist somit erfüllt.

2. Erfolgsqualifikation

X hat durch die Tat (Knebelung) den Tod der T verursacht. Der tatbestandsspezifische Zusammenhang zwischen Freiheitsberaubung und tödlicher Folge ist gegeben; X handelte insoweit objektiv sorgfaltswidrig, § 18 (vgl. o. 3.).

3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

Rechtswidrigkeit und Schuld sind ebenfalls gegeben; insbesondere war der Tod der T für ihn subjektiv vorhersehbar und vermeidbar. Der Tatbestand des § 239 Abs. 1, Abs. 4 tritt allerdings gegenüber dem spezielleren § 239a zurück.^{13, 14}

VIII. Ergebnis

Fraglich ist das Konkurrenzverhältnis zwischen § 239a und § 255. Zwischen einem Dauerdelikt (§ 239a) und einem Zustandsdelikt (§ 255) besteht Tateinheit, sofern das Dauerdelikt Voraussetzung für die Begehung des Zustandsdelikts ist.¹⁵ Da nach dem Plan des X die durch das Dauerdelikt (§ 239a) begründete Herrschaftsgewalt über T Voraussetzung für die Begehung der versuchten räuberischen Erpressung (§ 255) war, besteht somit Tateinheit. Da keine Gesetzeskonkurrenz zwischen § 239a und § 255 anzunehmen ist¹⁶, stehen diese Taten somit zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz (§ 52).

X hat sich nach § 239a Abs. 1 Alt. 1, Abs. 3 und §§ 255, 22, 23 Abs. 1, 52 strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B**I. § 340**

B könnte sich, indem er dem X den Arm auf den Rücken drehte, wegen Körperverletzung im Amt strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt zunächst als Täter einen Amtsträger voraus. B ist als Beamter des Polizeidienstes Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2a). Des Weiteren müsste B während der Ausübung seines Dienstes eine Körperverletzung i.S.d. § 223 begangen haben. In Betracht kommt eine körperliche Misshandlung (§ 223 Abs. 1 Alt. 1), d.h. eine

¹³ Eser (Fn. 4), § 239a Rn. 45.

¹⁴ Die Prüfung des ebenfalls tatbestandlich in Tateinheit – Eser (Fn. 4), § 239a Rn. 45 – verwirklichten § 235 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2, Abs. 5 wurde nicht erwartet, aber mit Zusatzpunkten honoriert.

¹⁵ S. BGHSt 18, 29 (33 f.); vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 779.

¹⁶ BGHSt 16, 316 (320); Eser (Fn. 4), § 239a Rn. 45; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 239a Rn. 21.

¹⁰ BGHSt 25, 386; Eser (Fn. 3), § 239b Rn. 20.

¹¹ Eser (Fn. 4), § 255 Rn. 4.

¹² Siehe Eser (Fn. 4), § 251 Rn. 4.

üble unangemessene Behandlung, welche das körperliche Wohlbefinden mehr als unerheblich beeinträchtigt¹⁷. Indem B das Handgelenk des X überdehnte, bis dieser nicht mehr auszuhaltende Schmerzen verspürte, behandelte er ihn übel und unangemessen; durch die zugefügten Schmerzen wurde das körperliche Wohlbefinden des X mehr als unerheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung liegt daher vor. Die Misshandlung wurde auch während der Dienstausbübung begangen, nämlich im Rahmen der polizeilichen Vernehmung des X über den Aufenthaltsort der T. Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte auch vorsätzlich. Der Tatbestand des § 340 Abs. 1 S. 1 ist daher gegeben.

3. Rechtswidrigkeit

B müsste außerdem rechtswidrig gehandelt haben.

a) Als Rechtfertigungsgrund kommt zunächst eine öffentlich-rechtliche Handlungsbefugnis in Betracht. Die Misshandlung könnte als rechtmäßige Maßnahme zur Vollstreckung eines an X gerichteten Auskunftsverlangens gerechtfertigt sein.

Zu denken wäre hier an eine polizeiliche Befragung als Standardmaßnahme der Vernehmung (und Vorladung) gem. den §§ 9 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1, 3 S. 1 Nr. 1 PolG NRW. Dagegen spricht jedoch, dass grundsätzlich keine über die Angabe von Personalien hinausgehende Auskunftspflicht besteht (§ 9 Abs. 2 S. 1 PolG NRW). Eine weitergehende Auskunftspflicht besteht nach § 9 Abs. 2 S. 2 PolG NRW nur bei gesetzlichen Handlungspflichten.¹⁸ Es herrscht allerdings Uneinigkeit darüber, ob sich § 9 Abs. 2 S. 2 PolG NRW auch auf polizeigesetzliche Pflichten oder allein auf solche außerhalb des Polizeigesetzes bezieht. Nach einer Ansicht reicht die polizeirechtliche Verantwortlichkeit eines Störers für die dem Opfer drohenden Gefahren aus. Eine engere Auslegung des § 9 stellt allein auf Handlungspflichten außerhalb des Polizeirechts ab (u.a. auch aus § 323c StGB).¹⁹ In jedem Fall ist aber die Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Abgabe einer Erklärung unzulässig (§ 55 Abs. 2 PolG NRW), d.h. die Anwendung von körperlicher Gewalt gegenüber X war nicht von der polizeirechtlichen Ermächtigung gedeckt. Auch nach § 10 Abs. 4 PolG NRW i.V.m. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO ist die Misshandlung zur Erzwingung einer Aussage verboten. Dieses Ergebnis entspricht auch dem verfassungsrechtlichen Verbot der körperlichen Misshandlung festgehaltener Personen (Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG). Die körperliche Misshandlung des

X kann daher nicht nach den öffentlich-rechtlichen Befugnissen des Polizeirechts gerechtfertigt werden.^{20, 21}

b) B könnte jedoch nach § 32 gerechtfertigt sein, da sein Verhalten als Nothilfe zugunsten der T gewertet werden könnte. Dies setzt jedoch voraus, dass auf das hoheitliche Handeln des B als Polizeivollzugsbeamter die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe anwendbar sind.

²⁰ Nicht eindeutig wird die Frage beurteilt, inwieweit einem Verdächtigen in solch einer Situation ein Aussageverweigerungsrecht zusteht. Anders als in anderen Bundesländern (vgl. etwa § 18 Abs. 6 S. 2, 3 Sächs. PolizeiG) enthält das PolG NRW nämlich keine Norm, welche die Kollision von strafprozessualen Aussageverweigerungsrecht und der gefahrenabwehrrechtlichen Auskunftspflicht regelt. Allein § 26 Abs. 2 S. 4 VwVfG NRW normiert, dass der Auskunftspflichtige die Auskunft auf solche Fragen, zu deren Beantwortung er durch Rechtsvorschrift verpflichtet ist, verweigern kann, wenn deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1-3 ZPO bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem OWiG aussetzen würde. Vereinzelt wird angenommen, dass das PolG dem VwVfG vorgeht und somit ein Aussageverweigerungsrecht ausschließt (*Scholler/Schloer*, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1993, S. 104 f.). Es gibt gute Argumente, hier eine Lücke der polizeigesetzlichen Regelung anzunehmen, die durch eine entsprechende Anwendung von § 26 Abs. 2 S. 4 VwVfG NRW zu schließen ist (so *Gusy*, NVwZ 1991, 614 [618]; *Haurand/Vahle*, NVwZ 2003, 513 [517]). Von den Bearbeitern der Klausur wurde nicht erwartet, dass sie diese recht spezielle Problematik gesehen haben.

²¹ Zum Teil wird eine teleologische Reduktion des Verbotes des unmittelbaren Zwangs zur Herbeiführung einer Aussage vorgenommen und ein solcher Zwang unter den Voraussetzungen, die für den finalen Rettungsschuss gelten, für zulässig gehalten (s. *Brugger*, JZ 2000, 165 [168 f.]). Die Auseinandersetzung mit dieser Ansicht wurde nicht erwartet. Darüber hinaus sind auf Seiten des (potentiellen!) Täters unterschiedliche Grundrechte betroffen, je nachdem, ob es sich um den finalen Rettungsschuss oder um Folter handelt. Gegen eine entsprechende Analogie wird jedoch geltend gemacht, dass der Schutz des Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) gesetzlichen Einschränkungen unterworfen werden kann, während der über Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierte Schutz vor Folter absolut gewährleistet ist. Dieser Schutz kann auch nicht durch staatliche Schutzpflichten zugunsten Dritter relativiert werden (s. dazu sogleich bei § 32; a.A. *Brugger*, JZ 2000, 165 [169]). Zudem wird die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit zum finalen Rettungsschuss bezweifelt. So werde beim finalen Rettungsschuss die von einem sicher identifizierten Angreifer ausgehende, unmittelbare Gefahr sofort und endgültig beseitigt. Dabei sei der Schuss das einzige und letzte Mittel um die konkrete Gefahr zu beseitigen. Zudem werde beim finalen Rettungsschuss keine Handlung, sondern eine Unterlassung erzwungen, s. LG Frankfurt im Fall Daschner, NJW 2005, 692 (695).

¹⁷ *Wessels/Hettinger* (Fn. 9), Rn. 255.

¹⁸ Eine erweiterte Auskunftspflicht zur Abwehr einer Gefahr für Leib und Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte besteht allerdings in anderen Bundesländern: § 18 Abs. 6 S. 1 PolG Sachsen; § 27 Abs. 4 S. 1 PolG BW; § 12 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 SOG Hessen.

¹⁹ Vgl. näher zur Problematik *Haurand/Vahle*, NStZ 2003, 513 (516 f.).

aa) Die h.M. geht davon aus, dass sich auch Amtsträger auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen können.²² So hat der BGH in seiner Entscheidung zur Kontaktsperre die Ansicht vertreten, dass die Verletzung strafprozessualer Vorschriften mit Hilfe des § 34 gerechtfertigt werden kann.²³ Danach kommt im vorliegenden Fall eine Rechtfertigung nach § 32 in Betracht.

bb) Nach einer anderen Ansicht sind die allgemeinen Rechtfertigungsgründe auf hoheitliches Handeln nicht anwendbar, da die öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse die Grenzen hoheitlichen Handelns abschließend bestimmen²⁴ bzw. das Folterverbot absoluten Vorrang habe.²⁵ Eine Anwendung komme allenfalls zum Selbstschutz des Beamten in Betracht.²⁶ Nach dieser Ansicht wäre eine Rechtfertigung des B nach § 32 ausgeschlossen. Zum Teil wird die grundsätzliche Anwendbarkeit der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe davon abhängig gemacht, dass die öffentlich-rechtliche Eingriffsermächtigung die Konfliktlage nicht speziell und abschließend regelt.²⁷ Eine solche abschließende Regelung ist in § 55 Abs. 2 PolG NRW vom Gesetzgeber getroffen worden; danach ist die Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen. Trotz des Notrechtsvorbehalts nach § 57 Abs. 2 PolG NRW ist nach dieser Ansicht daher eine Rechtfertigung nach § 32 ebenfalls nicht möglich.

cc) Eine weitere Ansicht differenziert zwischen strafrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Bewertung des Handelns von Hoheitsträgern. Die Anwendung eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes führe nur im Strafrecht zur Rechtfertigung; die Rechtswidrigkeit der Maßnahme im öffentlichen Recht bleibe davon unberührt.²⁸ Der Anwendung des § 32 auf die

strafrechtliche Bewertung von Bs Verhalten wäre nach dieser Ansicht nicht ausgeschlossen.

dd) Gegen eine Anwendung der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe auf hoheitliches Handeln spricht, dass die Rechtfertigungsgründe damit den Charakter öffentlich-rechtlicher Eingriffsermächtigungen erhalten; ihre eigentliche Funktion besteht indessen darin, die Grenzen privater Freiheitsräume auszugestalten. Die Grenzen staatlicher Eingriffe bedürfen wegen ihrer Bedeutung für die bürgerlichen Freiheiten besonderer demokratischer Legitimation, sie werden daher im Gesetzgebungsverfahren auch intensiver diskutiert.²⁹ Darüber hinaus gebietet das Rechtsstaatsprinzip, dass bei der Ausgestaltung hoheitlicher Befugnisse das Bestimmtheitsgebot beachtet wird; die Regelungsdichte der §§ 32, 34 genügt diesen Anforderungen nicht.³⁰ Aus den allgemeinen Rechtfertigungsgründen lässt sich über dies auch keine Zuständigkeitsregelung entnehmen, so dass auch unter diesem Aspekt eine Eingriffsbegrenzung fehlt.³¹

Diesen Bedenken wird Rechnung getragen, wenn zwischen der strafrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bewertung getrennt wird, das Handeln des Hoheitsträgers also öffentlich-rechtlich als rechtswidrig, strafrechtlich hingegen als gerechtfertigt angesehen wird. Allerdings hätte eine (strafrechtliche) Rechtfertigung zur Folge, dass der Verdächtige zur Duldung der – polizeirechtlich rechtswidrigen – Folter verpflichtet wäre.³² Diese Konsequenz wird vermieden, wenn man lediglich das Vorliegen strafbaren Unrechts verneint: Wie die Entscheidung des BVerfG zur Neufassung des § 218 gezeigt hat, muss ein Verhalten, das nach allgemeinen Wertungen der Rechtsordnung rechtswidrig ist, nicht notwendigerweise auch in Bezug auf die strafrechtliche Bewertung als rechtswidrig bezeichnet werden.³³ Dass nicht jedes Verhalten, welches zivilrechtlich oder verwaltungsrechtlich verboten ist, auch mit Strafe bedroht sein muss, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz, dass der Einsatz staatlicher Strafe zur Durchsetzung staatlicher Ge- bzw. Verbote nur als ultima ratio in Betracht kommt. Andererseits darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass bei gravierenden Rechtsgutsverletzungen dem Strafrecht eine wichtige Orientierungsfunktion zukommt, es mithin einen Widerspruch darstellt, wenn eine schwere Misshandlung als verwaltungsrechtlich verboten, aber strafrechtlich „erlaubt“ gelten soll.³⁴

Allerdings sieht sich dieses Ergebnis dem Einwand ausgesetzt, dass der in Ausübung eines Amtes handelnde Bürger gegenüber anderen, privat handelnden Bürgern benachteiligt wird, indem ihm die Berufung auf das Notwehrrecht versagt wird.³⁵ Der Staat dürfe einen Amtsträger nicht daran hindern,

²² BayObLG JZ 1991, 936 (937); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 42c; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 108 ff.; *Fahl*, Jura 2007, 743 (744).

²³ BGHSt 27, 260 (262 ff.); *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 32 Rn. 166 ff.; *Hilgendorf*, JZ 2004, 331 (339); *Fahl*, JR 2004, 182 (186).

²⁴ *Amelung*, NJW 1977, 833 (838, 840); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12/41 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 213 f.; *Rönnau/Hohn*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 218, 220.

²⁵ So *Welsch*, BayVBl. 2003, 487; *Merkel*, in: Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 375 ff. (383 f.).

²⁶ *Amelung*, NJW 1977, 833 (839 f.).

²⁷ So zu § 34 *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 8 Rn. 179; *Perron* (Fn. 22), § 34 Rn. 7; *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 288.

²⁸ *Günther*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 8), 7. Aufl., 31. Lieferung, Stand: September 1999, § 32 Rn. 17 f.; *Gusy*, Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 178; *Erb* (Fn. 23), § 32 Rn. 169 ff.; *ders.*, Jura 2005, 24 (29); *Herzog*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 32 Rn. 58; *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (301 f.).

²⁹ *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); *Pawlik* (Fn. 24), S. 198.

³⁰ *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); *Pawlik* (Fn. 24), S. 198; *Rönnau/Hohn* (Fn. 24), § 32 Rn. 218.

³¹ *Pawlik* (Fn. 24), S. 201, 213.

³² *Rönnau/Hohn* (Fn. 24), § 32 Rn. 219.

³³ BVerfGE 88, 203 (273 ff.); in diesem Sinne auch *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (301 f.).

³⁴ Vgl. dagegen *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (302).

³⁵ *Götz*, NJW 2005, 953; *Erb*, Jura 2005, 24 (29); *Jeßberger*, Jura 2003, 711 (713); *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, 613 (620);

seine polizeilichen Befugnisse kraft eigenen Entschlusses in dem zur Rettung des Opfers erforderlichen Umfang zu überschreiten.³⁶ Es erscheint jedoch fraglich, ob der bereits mit staatlichen Eingriffsbefugnissen ausgestattete Amtsträger mit einem Bürger, der diese Möglichkeiten nicht hat, verglichen werden kann: Die oben genannte Argumentation liefe darauf hinaus, in der Person des Amtsträgers öffentlich-rechtliche Befugnisse und private Notrechte zu vereinigen und auf diese Weise Rechte zum Eingriff in Rechtsgüter Dritter zu kumulieren. Polizeirechtlich nicht vorgesehene Foltermaßnahmen würden damit – vermittelt über das persönliche Notwehrrecht des jeweiligen Amtsträgers – zum jederzeit verfügbaren Bestandteil polizeilicher Aktionsmöglichkeiten und das Folterverbot als Selbstbeschränkung des Staates würde so unterminiert,³⁷ indem die vom Gesetzgeber vorgesehene Regelung polizeilicher Kompetenzen damit umgangen würden. Das Notwehr- bzw. Nothilferecht des Einzelnen ist gegenüber staatlichen Eingriffsmöglichkeiten subsidiär, d.h. es steht diesem nur zu Gebote, wenn staatliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.³⁸ Um subsidiäre Notrechte geht es im Falle des folternden polizeilichen Amtsträgers jedoch gerade nicht.³⁹

Aus der Sicht des B stellt sich allerdings die Frage, ob die Versagung des Notwehrrechts mit dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung vereinbar ist, da § 32 keine derartige Einschränkung enthält, eine Unterschreitung des Wortlauts mithin gleichbedeutend mit einer verbotenen Analogie zum Nachteil des Täters wäre.⁴⁰ Den landesrechtlichen Polizeigesetzen kann ein solcher Regelungsgehalt jedenfalls nicht entnommen werden (s. Art. 31 GG).⁴¹ Sofern man nicht bereits die Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG auf Bestimmungen des Allgemeinen Teils ablehnt⁴², wird man zumindest bei immanenten Schranken von Rechtfertigungsgründen keinen Verfassungsverstoß annehmen können⁴³ – schließlich sind auch die Voraussetzungen und Grenzen ungeschriebener Rechtfertigungsgründe (z.B. der Einwilligung) nicht gesetzlich geregelt. Die Versagung des Notwehrrechts ergibt sich somit bereits aus § 32 selbst; die Funktion der Polizeigesetze besteht allein darin, dem Amtsträger andere Rechtfertigungsmöglichkeiten zu eröffnen. Das Fehlen derartiger hoheitlicher Befugnisse legt daher die Schlussfolgerung nahe, dass entsprechende Maßnahmen – bei Eingriffen in strafrechtlich geschützte Rechtsgüter – auch strafrechtswidrig sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – in Be-

zug auf den jeweiligen Konflikt eine spezielle öffentlich-rechtliche Regelung gegeben ist.

Wird eine Anwendung des § 32 für zulässig gehalten, sind die Voraussetzungen der Notwehr zu prüfen. Objektiv liegen die Voraussetzungen der Notwehr nicht vor, denn T ist zu diesem Zeitpunkt bereits tot, der Angriff auf ihre Freiheit und ihr Leben ist somit nicht mehr gegenwärtig. Es wäre daher insoweit zu prüfen, ob ein Erlaubnistatbestandsirrtum des B vorliegt, da er glaubt, T sei noch am Leben.⁴⁴ Subjektiv liegt daher eine Notwehrlage vor, denn der vermeintliche Angriff des X auf das Leben und die Freiheit der T war gegenwärtig und rechtswidrig.⁴⁵ Die Nothilfebehandlung war auch erforderlich, denn eine Suchaktion war ohne Erfolg geblieben und X konnte auf andere Weise nicht dazu gebracht werden, den Aufenthaltsort der T zu offenbaren.

Allerdings bestehen Zweifel an der Gebotenheit der Notwehr, denn die gewaltsame Erzwingung einer Auskunft von X könnte mit übergeordneten Rechtsgrundsätzen unvereinbar sein. Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG untersagt ausnahmslos die körperliche oder seelische Misshandlung festgehaltener Personen. Zudem verbietet es das Gebot, die Menschenwürde zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 GG), den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.⁴⁶ Mit der Anwendung von Folter wird der Wille einer Person durch Zufügung von Schmerzen gebrochen, sie wird zum bloßen Objekt staatlicher Behandlung erniedrigt, indem sie auf ihre Körperlichkeit reduziert wird.⁴⁷ Diese Qualifikation der Folter als erniedrigender und menschenverachtender Behandlung wird auch aus dem Titel des oben erwähnten Übereinkommens gegen Folter und „andere“ grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung deutlich (s. auch Art. 3 EMRK). Es ist dementsprechend allgemein anerkannt, dass Art. 1 Abs. 1 GG den Einzelnen vor staatlicher Folter schützt.⁴⁸ Neuerdings mehren sich allerdings Stimmen, die eine normimmanente Abwägung bei der Konkretisierung des Würdeanspruches vornehmen.⁴⁹ Mit der Begründung, die Absolutierung des Rechts des Täters auf Schutz seiner Menschenwürde sei im Hinblick auf die prinzipielle

Lackner/Kühl (Fn. 4), § 32 Rn 17; Rogall, JuS 1992, 551 (559); Perron (Fn. 22), § 32 Rn. 42b; Roxin (Fn. 22), § 15 Rn. 113.

³⁶ Vgl. Merkel (Fn. 25), S. 392 f.

³⁷ Norouzi, JA 2005, 306 (309).

³⁸ Lüderssen, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 691 ff. (705).

³⁹ Rönnau/Hohn (Fn. 24), § 32 Rn. 220.

⁴⁰ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 32 Rn. 17.

⁴¹ Fahl, JR 2004, 182 (188); Seebode, StV 1991, 80 (84).

⁴² So für die wortlautunterschreitende Einschränkung gesetzlich normierter Rechtfertigungsgründe Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 48.

⁴³ S. Wessels/Beulke (Fn. 15), Rn. 342.

⁴⁴ Vgl. Jeroschek, JuS 2005, 296 (301).

⁴⁵ Zum Vorliegen einer Notwehrlage Merkel (Fn. 25), S. 387 ff.

⁴⁶ BVerfGE 50, 166 (175).

⁴⁷ Hilgendorf, JZ 2004, 331 (336).

⁴⁸ BVerfG NJW 2005, 656 (657) (zum Fall Daschner); Pieroth/Schlink, Grundrechte, 20. Aufl. 2004, Rn. 361. Nach a.A. steht Art. 1 GG einem Folterverbot jedoch gerade entgegen, vgl. Erb, Jura 2005, 24 (27 f.); s. allgemein zur absoluten Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293); NJW 2003, 1303 (1304); Pieroth/Schlink (Fn. 50), Rn. 365.

⁴⁹ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Abs. 1 Rn. 45 ff.; Götz, NJW 2005, 953 (954 ff.); s. auch Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 133; Kloepfer, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 77 ff. (97 f.).

Gleichrangigkeit von Achtungs- und Schutzpflicht⁵⁰ des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verfassungswidrig⁵¹, wird die sog. „Rettungsfolter“ durch den Staat unter bestimmten Voraussetzungen befürwortet.⁵² Gegen eine Abwägbarkeit der Menschenwürde in diesem Sinne wird geltend gemacht, dass die Mitglieder des parlamentarischen Rates die Menschenwürde angesichts der ihnen noch sehr deutlich vor Augen stehenden Greuelthaten des NS-Regimes bewusst an die Spitze der Verfassung gestellt haben. Das strikte Verbot, einem Beschuldigten Gewalt auch nur anzudrohen, ist demnach schon das Ergebnis einer Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen.⁵³ Dieses Verständnis findet seine Bestätigung in den internationalen Folterverboten (Art. 3 EMRK bzw. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 UN-Folterkonvention). Mag man auch Zweifel daran hegen, ob die Gewaltanwendung im vorliegenden Fall schwerwiegend genug ist, um sie als „Folter“ i.S.d. Art. 3 EMRK bzw. Art. 1 Abs. 1 UN-Folterkonvention anzusehen⁵⁴, so sprechen diese völkerrechtlichen Gewährleistungen doch insgesamt deutlich gegen eine Abwägung mit anderen Grundrechten bzw. Rechtsgütern (Art. 15 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 2 Abs. 2 UN-Folterkonvention). Nach alledem kann eine Anwendung des § 32 auch nicht mit der staatlichen Schutzpflicht für die Grundrechte Dritter begründet werden; eine Rechtfertigung des B nach § 32 ist daher wegen fehlender Gebotenheit zu verneinen.⁵⁵ Ein entsprechender Erlaubnistatbestandsirrtum kommt daher nicht in Betracht.⁵⁶

c) B könnte allerdings gerechtfertigt sein, weil er auf Weisung des V handelte und dienstrechtlich zur Befolgung der

Weisung verpflichtet war (s. § 59 Abs. 1 S. 1 PolG NRW). Aus dieser Pflicht wird zum Teil der Schluss gezogen, der die Weisung befolgende Beamte handele nicht rechtswidrig.⁵⁷ Nach anderer Ansicht führt die Pflicht des Beamten nur zu einer Entschuldigung.⁵⁸ Diese Frage kann jedoch offen bleiben, wenn B zur Befolgung der Weisung nicht verpflichtet war, denn in diesem Fall besteht kein Konflikt zwischen der innenrechtlichen Gehorsamspflicht und der außenrechtlichen Pflicht zur Einhaltung von strafbewehrten Verhaltensnormen.⁵⁹

Nach § 59 Abs. 1 PolG NRW ist B als Vollzugsbeamter verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden, der im Vollzugsdienst von seinem Vorgesetzten angeordnet wird, sofern die Anordnung nicht die Menschenwürde verletzt. V hat den B als dessen Vorgesetzter dazu angewiesen, dem X mit Gewalt zu drohen und diesem erforderlichenfalls auch Schmerzen zuzufügen. V hat somit die Anwendung unmittelbaren Zwanges i.S.d. § 58 Abs. 1 PolG NRW angeordnet. Damit bestand grundsätzlich eine Pflicht des B, diese Anordnung zu befolgen. Eine solche Pflicht besteht jedoch nicht, sofern die Anordnung die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist (§ 59 Abs. 1 S. 2 PolG NRW). Die Anordnung des V war zwar zu dienstlichen Zwecken erfolgt, aber auf die Anwendung von Gewalt zur Erzwingung einer Aussage und damit auf eine Verletzung der Menschenwürde gerichtet (s.o.). B war daher nicht nach § 59 Abs. 1 S. 1 PolG NRW zur Befolgung der Anweisung verpflichtet. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man auf der Grundlage des § 59 Abs. 2 S. 1 PolG NRW. Danach darf die Anordnung nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. B hat durch Befolgung der Anordnung des V ein Vergehen nach § 340 begangen. Eine Pflicht zur Befolgung der Weisung ist daher auch nach § 59 Abs. 2 S. 1 PolG NRW ausgeschlossen; es war ihm vielmehr auch innenrechtlich verboten, die Weisung zu befolgen und X zu misshandeln. Die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht vermag daher die Tat des B ebenfalls nicht zu rechtfertigen. B handelte nach alledem rechtswidrig.

4. Schuld

B müsste außerdem schuldhaft gehandelt haben.

a) In der unverbindlichen Weisung kann ein Entschuldigungsgrund liegen, wenn der Untergebene die Weisung irrtümlich für verbindlich hielt und die Unverbindlichkeit für ihn nicht erkennbar war.⁶⁰ Dementsprechend trägt der Vollzugsbeamte die Verantwortung für die Befolgung der Weisung, welche die Begehung von Straftaten zur Folge hat, nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, dass dadurch eine Straftat begangen wird (§ 59 Abs. 2 S. 2 PolG NRW). B hat die Strafbarkeit seines Verhaltens nicht erkannt, sondern auf die Recht-

⁵⁰ Ähnlich die Argumentation von *Erb*, Jura 2005, 24 (29), und *Merkel* (Fn. 25), S. 394 f., die in dem gesetzlichen Folterverbot eine staatliche Förderung des vom Täter begangenen Unrechts sehen, dabei allerdings verkennen, dass eine solche Deutung der aus dem Gesetzesvorbehalt resultierenden Begrenzung staatlicher Maßnahmen zum Schutz des Einzelnen die Grenzen zwischen Abwehrensanspruch und Schutzpflicht auflöst.

⁵¹ So *Götz*, NJW 2005, 953 (956).

⁵² Zu den Voraussetzungen *Götz*, NJW 2005, 953 (956), mit Verweis auf *Brugger*, JZ 2000, 165 (170 f.).

⁵³ So LG Frankfurt NJW 2005, 692 (694).

⁵⁴ Der EGMR hat die Schwelle zur Annahme von Folter allerdings im Vergleich zur früheren Rechtsprechung deutlich abgesenkt, s. etwa EGMR NJW 2001, 56 (Selmouni); s. dazu *Safferling*, Jura 2008, 101 (102) m.w.N.; für die Annahme von Folter im Daschner-Fall im Sinne „großer seelischer Leiden“ *Schmahl/Steiger*, AVR 43 (2005), 358 (367 f.).

⁵⁵ S. zur fehlenden Gebotenheit der Notwehr bei der „Rettungsfolter“ *Herzog* (Fn. 28), § 32 Rn. 59; *Hilgendorf*, JZ 2004, 331 (339); *Jefberger*, Jura 2003, 711 (714); *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 289a; s. auch *Rönnau/Hohn* (Fn. 24), § 32 Rn. 224.

⁵⁶ Wer gleichwohl (subjektiv) zu einer Rechtfertigung nach § 32 gelangt, wird sich mit den Folgen des Erlaubnistatbestandsirrtums auseinandersetzen müssen (direkte oder analoge Anwendung des § 16 oder des § 17), s. dazu statt vieler *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 11 ff. m.w.N.

⁵⁷ *Kühl* (Fn. 27), § 9 Rn. 118d.

⁵⁸ *Amelung*, JuS 1986, 329 (337).

⁵⁹ Vgl. *Hoyer*, in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen, 2000, S. 183 ff. (189).

⁶⁰ *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 450.

mäßigkeit der Weisung des V vertraut. Fraglich ist, ob die Strafbarkeit der Misshandlung nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich war. Dagegen spricht, dass B der Rettung der T grundsätzlich mit Recht einen hohen Wert zumessen konnte. Andererseits ist das Verbot der Folter ein so elementarer Bestandteil der verfassungsrechtlichen Ordnung und des völkerrechtlich anerkannten grund- und menschenrechtlichen Mindeststandards, dass seine uneingeschränkte Beachtung von jedem Polizeibeamten erwartet werden kann. Die Anwendung von Foltermaßnahmen ist ein „Tabubruch“, dessen Rechtswidrigkeit hier nach den dem B bekannten Umständen offensichtlich ist. B ist daher nicht aufgrund der Weisung des V entschuldigt.⁶¹

b) Da B die Anwendung von Gewalt gegenüber X als rechtmäßig ansah, könnte seine Schuld aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17) ausgeschlossen sein. B hielt sein Verhalten für gerechtfertigt und unterlag damit einem Erlaubnisirrtum; er irrte somit über die strafrechtliche Bewertung seines Verhaltens. Ein Irrtum i.S.d. § 17 liegt damit vor. Fraglich ist, ob dieser Irrtum unvermeidbar gewesen ist. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen unter aa) verwiesen werden: Die Anwendung von Folter ist ein Tabubruch, so dass B bei zumutbarer Anspannung von Wissen und Gewissen hätte erkennen können und müssen, dass sein Verhalten strafrechtlich verboten war. Der Verbotsirrtum war daher vermeidbar. Die Schuld des B ist somit nicht nach § 17 S. 1 ausgeschlossen.

c) B könnte nach § 35 entschuldigt sein. Der entschuldigende Notstand setzt eine Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit für den Täter, einen seiner Angehörigen oder eine ihm nahestehende Person voraus. Für T bestand bereits objektiv keine Lebensgefahr, als B handelte, da sie zu diesem Zeitpunkt bereits tot war. Eine Entschuldigung ist aber auch nach Maßgabe der Irrtumsregelung des § 35 Abs. 2 ausgeschlossen, denn unabhängig davon, dass B glaubte, T sei noch am Leben, war diese – was B wusste – für diesen weder ein Angehöriger noch eine nahestehende Person. Eine Entschuldigung nach § 35 Abs. 2 scheidet damit aus.

d) Als letzte Möglichkeit für eine Entschuldigung des B ist schließlich der übergesetzliche Notstand in Betracht zu ziehen.⁶² Ein Schuldabschluss setzt danach folgendes Voraus: Das gerettete Gut ist von existentiellem Gewicht (1.), das verletzte Gut wäre ohnehin verloren (2.), es besteht keine andere Möglichkeit zur Erhaltung des geretteten Gutes (3.) und der Täter handelt mit dem Willen, das gerettete Gut zu erhalten (4.).⁶³ Wiederum lässt sich gegen einen Schuldabschluss bereits vorbringen, dass das zu erhaltende Gut (Leben

der T) ungeachtet der Tatsache, dass es von existentiellem Gewicht ist, nicht mehr gerettet werden kann (s.o.). Das LG Frankfurt schloss den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand im Fall Daschner mit der Begründung aus, dass die Androhung der Folter nicht das einzige unabweisbar erforderliche Mittel zur Hilfe gewesen sei und es insofern an der erforderlichen unlösbaren Pflichtenkollision fehle.⁶⁴ Entscheidend ist aber – und das spricht auch gegen eine Entschuldigung nach Maßgabe der Vorstellung des B – dass das verletzte Gut (Menschenwürde des X, Schutz vor Folter) nicht ohnehin verloren ist. Dieser Aspekt unterscheidet den vorliegenden Fall von dem als Beispiel für den übergesetzlichen Notstand wiederholt zitierten Fall des Anstaltsarztes, der sich unter dem NS-Regime vor die Wahl gestellt sah, entweder an Euthanasie-Programmen mitzuwirken und dabei Schlimmeres zu verhindern oder seine Stellung zugunsten anderer regimetreuer Ärzte zu räumen, mit der Folge, dass sehr viel mehr geistesranke Menschen getötet worden wären.⁶⁵ Gegen eine Anwendung des übergesetzlichen Notstandes auf staatliche Organe in vergleichbaren Fällen überhaupt spricht ferner, dass dies dem geltenden Organisations- und Kompetenzrecht widerspricht.⁶⁶ B kann sich daher nicht auf eine Entschuldigung aufgrund übergesetzlichen Notstandes berufen. B handelte nach alledem schuldhaft.

5. Ergebnis

B ist daher nach § 340 strafbar.

II. § 343 Abs. 1 Nr. 1

B könnte sich, indem er den X durch Androhen von Schmerzen zur Mitteilung des Aufenthaltsortes der T zwang, wegen Aussageerpressung (§ 343) strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt zunächst als Täter einen Amtsträger voraus, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren berufen ist. Der Polizeibeamte B ist Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2a) und als Strafverfolgungsorgan zur Mitwirkung am Strafverfahren berufen (§ 163 StPO). Des Weiteren müsste B das Opfer körperlich misshandelt, gegen dieses Gewalt angewendet oder damit gedroht oder das Opfer seelisch gequält haben. B hat X körperlich misshandelt und ihm zuvor mit der Anwendung von Gewalt gedroht. Der objektive Tatbestand ist daher erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz und die Absicht der Nötigung in Bezug auf eine Aussage, Erklärung oder deren Unterlassen in dem jeweiligen Verfahren voraus. B handelte vorsätzlich in Bezug auf den objektiven Tatbestand. Er handelte auch in der Absicht, den X zu einer Aussage – nämlich über den Aufenthaltsort der T – zu zwingen. Der subjektive

⁶¹ A.A. vertretbar. Zur Begründung könnte darauf verwiesen werden, dass in jüngerer Zeit sogar von Seiten der Rechtswissenschaft – wenn auch entgegen der ganz h.M. – die Folter im Einzelfall bereits de lege lata für zulässig gehalten worden ist, s. *Brugger*, JZ 2000, 165 (168 ff.); s. dazu o. zur Rechtfertigung nach § 32.

⁶² Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 501 f.; *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 452; für einen Verantwortlichkeitsausschluss *Roxin* (Fn. 22), § 22 Rn. 147 ff.

⁶³ *Jakobs* (Fn. 24), 22/42.

⁶⁴ LG Frankfurt NJW 2005, 692 (695).

⁶⁵ S. nur *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 452 m.w.N.

⁶⁶ In diesem Sinne LG Frankfurt NJW 2005, 692 (695), mit Verweis auf *Böckenförde*, NJW 1978, 1881.

Tatbestand des § 343 Abs. 1 setzt aber des Weiteren voraus, dass die abzunötigende Aussage oder Erklärung (bzw. deren Unterlassung) sich auf das jeweilige Verfahren bezieht.⁶⁷ Die Aussage des X wollte indessen B nicht im Rahmen des Strafverfahrens, d.h. zur Überführung des X als Täter, erzwingen, sondern zu dem präventiv-polizeilichen Zweck, das Leben der T zu retten. Er handelte daher nicht in der Absicht, den X zu nötigen, *in dem Verfahren* etwas auszusagen. Der subjektive Tatbestand ist daher nicht erfüllt.

3. Ergebnis

B hat sich nicht nach § 343 Abs. 1 Nr. 1 strafbar gemacht.

III. § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3

B könnte sich allerdings wegen Nötigung in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 240 Abs. 1 setzt zunächst die Anwendung von Gewalt oder die Drohung mit einem empfindlichen Übel voraus. B hat gegenüber X Gewalt angewandt, indem er ihn körperlich misshandelte. Mit der Anwendung von Gewalt hat B den X zu einer Handlung genötigt, denn er hat ihn gezwungen, den Aufenthaltsort der T zu offenbaren. Der objektive Tatbestand des § 240 Abs. 1 ist also erfüllt.⁶⁸

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte auch vorsätzlich; der subjektive Tatbestand ist somit ebenfalls gegeben.

3. Rechtswidrigkeit

B müsste außerdem rechtswidrig gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe greifen nicht ein (s.o. I. c). Die Nötigung ist nach § 240 Abs. 2 rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Der von B verfolgte Zweck, das Leben der T zu retten, spricht gegen die Annahme der Verwerflichkeit. Gleichwohl ist das dazu eingesetzte Mittel, die Anwendung von Folter, ein so schwerwiegender Verstoß gegen die Grund- und Menschenrechte, dass es selbst zur Rettung eines Menschenlebens nicht zugelassen werden kann. Das Folterverbot gilt ausnahmslos und ist einer Abwägung nicht zugänglich (s.o.). Die Erzwingung der Aussage des X durch Anwendung von Gewalt ist daher als verwerflich anzusehen. B handelte daher rechtswidrig i.S.d. § 240 Abs. 2.

⁶⁷ Horn/Wolter, in: Rudolphi u.a. (Fn. 9), 7. Aufl., 54. Lieferung, Stand: März 2002, § 343 Rn. 11b; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 343 Rn. 4; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 77 Rn. 28; a.A. Kinzig, ZStW 115 (2003), 791 (795 f.).

⁶⁸ Die Drohung mit Gewalt führte nicht zu dem Nötigungserfolg, insoweit liegt also nur ein Versuch vor, der in der einheitlichen vollendeten Tat aufgeht.

4. Schuld

B handelte zwar im Vertrauen auf die Verbindlichkeit der Weisung des P, er konnte den darin liegenden Verstoß gegen Strafgesetze jedoch ohne Weiteres erkennen (§ 59 Abs. 2 S. 2 PolG NRW, s.o. 2. d). B handelte daher schuldhaft.

5. Strafzumessung

Im Rahmen der Strafzumessung könnte der Strafrahmen des § 240 Abs. 4 S. 1 zur Anwendung kommen. Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere vor, wenn der Täter seine Befugnisse oder Stellung als Amtsträger missbraucht (§ 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 3). B hat seine amtliche Stellung zur Nötigung missbraucht, indem er den X im Rahmen der polizeilichen Vernehmung mit Gewalt zu einer Aussage nötigte. Ein besonders schwerer Fall liegt daher vor.

6. Ergebnis

B hat sich nach § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3 strafbar gemacht.

IV. Ergebnis

B hat sich nach §§ 340, 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, 52 strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des V

I. § 340

V könnte sich wegen Körperverletzung im Amt strafbar gemacht haben, indem er den B dazu anwies, X mit erheblichen Schmerzen zu drohen und ihm erforderlichenfalls auch Schmerzen zuzufügen.

1. Objektiver Tatbestand

V ist – wie B – Amtsträger i.S.d. § 340 (vgl. o. II. 1.). Indem er dem B die Anweisung gab, gegebenenfalls mit Gewalt eine Aussage des X zu erzwingen, ließ er den B während der Ausübung seines Dienstes eine Körperverletzung begehen.⁶⁹

2. Subjektiver Tatbestand

Er handelte dabei auch vorsätzlich in Bezug auf die von B verübte Körperverletzung und die Wirkung seiner Anweisung. Der Tatbestand des § 340 ist somit erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit

V müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Die Anordnung von Foltermaßnahmen kann, wie deren Durchführung durch B, weder durch polizeirechtliche Befugnisse noch mit Hilfe des § 32 gerechtfertigt werden (s.o. II. 1. c). V handelte daher rechtswidrig.

4. Schuld

V müsste des Weiteren schuldhaft gehandelt haben. Da er die Anwendung von Gewalt gegenüber X als rechtmäßig ansah, könnte seine Schuld aufgrund eines unvermeidbaren Verbots-

⁶⁹ Das „Begehen-Lassen“ umfasst die mittelbare Täterschaft und die Anstiftung, s. Lackner/Kühl (Fn. 4), § 340 Rn. 2.

irrtums (§ 17) ausgeschlossen sein. Insoweit kann auf die Ausführungen zu B verwiesen werden (s.o. II. 1. d) bb): V unterlag zwar einem Verbotsirrtum; dieser Irrtum war jedoch vermeidbar, da V bei zumutbarer Anspannung von Wissen und Gewissen hätte erkennen können und müssen, dass sein Verhalten strafrechtlich verboten war. V handelte somit schuldhaft.

5. Ergebnis

V hat sich demzufolge nach § 340 strafbar gemacht.

II. § 357 i.V.m. § 240

V könnte sich wegen Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat (§ 357) strafbar gemacht haben, indem er den B dazu anwies, X mit erheblichen Schmerzen zu drohen und ihm erforderlichenfalls auch Schmerzen zuzufügen, um eine Aussage über den Aufenthaltsort der T zu erzwingen.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 357 Abs. 1 setzt zunächst voraus, dass ein Vorgesetzter einen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet. V ist Vorgesetzter des B. Eine rechtswidrige Tat des Untergebenen liegt in Gestalt der Nötigung (§ 240) vor (s.o. II. 3.). Bei der rechtswidrigen Tat im Amt muss es sich um ein Amtsdelikt handeln, sondern es ist ausreichend, dass die Tat in Ausübung des Amtes begangen wird.⁷⁰ Dies ist bei der im Rahmen der polizeilichen Vernehmung begangenen Nötigung (§ 240) der Fall. „Verleiten“ ist erfolgreiches Bestimmen i.S.d. § 26.⁷¹ Durch seine Weisung hat V bei B den Tatentschluss zur Begehung der Nötigung hervorgerufen. Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

V handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft; er verwirklicht zudem auch selbst den besonders schweren Fall i.S.d. § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 3. Er ist somit strafbar nach § 357 Abs. 1 Alt. 1 i.V.m. § 340 Abs. 1 und § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3.

III. §§ 240, 26

Das Verhalten des V verwirklicht zugleich den Tatbestand der Anstiftung; insoweit kann sinngemäß auf die Ausführungen unter 2. verwiesen werden. Die Beteiligung des Vorgesetzten an Straftaten seiner Untergebenen ist allerdings in § 357 selbständig unter Strafe gestellt. Die allgemeinen Teilnahmevorschriften treten daher zurück.⁷²

IV. Ergebnis

V ist strafbar nach § 340 Abs. 1, § 357 Abs. 1 Alt. 1 i.V.m. § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, § 52.

D. Gesamtergebnis

X hat sich gem. § 239a Abs. 1 Alt. 1, Abs. 3, §§ 255, 22, 23 Abs. 1, § 52 strafbar gemacht.

B hat sich nach § 340, § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, § 52 strafbar gemacht.

V hat sich nach § 340, § 357 Abs. 1 Alt. 1 i.V.m. § 240 Abs. 1, 4 S. 2 Nr. 3, § 52 strafbar gemacht.

⁷⁰ Cramer, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 357 Rn. 9 m.w.N.

⁷¹ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 357 Rn. 3; weitergehend (jede Einwirkung, d.h. auch das Verleiten zur unvorsätzlichen Tat) Cramer (Fn. 70), § 357 Rn. 5.

⁷² Cramer (Fn. 70), § 357 Rn. 1.

U r t e i l s b e s p r e c h u n g

Aktive Parteifähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins

Der nicht rechtsfähige Verein ist aktiv parteifähig.

a) Einer rechtlich unselbständigen Untergliederung eines eingetragenen Vereins fehlt das Feststellungsinteresse, von dessen Mitgliedern gefasste Beschlüsse einer gerichtlichen Kontrolle zuzuführen. Die Beschlussanfechtung setzt auch im Vereinsrecht grundsätzlich voraus, dass das klagende Mitglied dem Verein sowohl im Zeitpunkt der Beschlussfassung als auch dem der Rechtshängigkeit angehört.

b) Ist der Gegenstand der Beschlussfassung in der Einladung zu einer Mitgliederversammlung nicht oder so ungenau bestimmt, dass den Mitgliedern eine sachgerechte Vorbereitung der Versammlung und eine Entscheidung, ob sie an der Versammlung teilnehmen wollen, nicht möglich ist, so sind die auf der Versammlung gefassten Beschlüsse nichtig. (amtlicher Leitsatz)

BGB § 32; ZPO § 50

BGH, Urt. v. 2.7.2007 – II ZR 111/05¹

I. Sachverhalt

Ein eingetragener Sportverein (Gesamtverein) ist in mehrere Abteilungen untergliedert, die in der Haushaltsführung selbstständig sind, ihre sportlichen und finanziellen Angelegenheiten selbst regeln, für deren Satzung auf diejenige des Gesamtvereins verwiesen wird, die zudem über eigene Abteilungsvorstände verfügen und einen eigenen Namen/Namenszusatz führen. In einer Mitgliederversammlung des Sport e.V. wurde ein Beschluss gefasst, gegen den eine dieser Unterabteilungen (die Ruderer) gerichtlich im Wege der Klage auf Feststellung, dass der Beschluss nichtig sei, vorgehen will. So in gekürzter und zusammengefasster Form ein Sachverhalt, der dem *II. Senat* zur Entscheidung vorlag, soweit er Gegenstand dieser Abhandlung sein soll.

II. Die Fragestellungen

Der *Senat* hatte hier mehrere „Hürden“ zu überwinden, um den Sachverhalt prozessual und materiellrechtlich in den Griff zu bekommen und sämtlich sind Kernfragen des Prozessrechts, aber auch des Rechts der nichtrechtsfähigen Vereinigungen (BGB-Gesellschaft, nichtrechtsfähiger Verein u.a.) berührt:

1. Handelt es sich bei einer eigenständig organisierten Untergliederung eines Gesamtvereins um einen nichtrechtsfähigen Verein?

2. Kann ein nichtrechtsfähiger Verein im Prozess Partei sein und zwar auf Klägersseite?

3. Liegt im Falle, dass die Untergliederung gegen „ihren eigenen“ Gesamtverein klagt, ein unzulässiger Insichprozess vor?

4. Wenn auf Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses des Gesamtvereins geklagt wird, liegt dann bei der Untergliederung das für die Zulässigkeit einer solchen Klage notwendige Feststellungsinteresse vor?

III. Die Lösungsvorschläge

Der *II. Senat* hat – soviel sei vorweggenommen – die ersten drei Fragen bejaht, die letzte verneint. Im Einzelnen:

1. Die Vereinsqualität von Untergliederungen eines Gesamtvereins

Ein Verein ist eine auf Dauer berechnete Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, die nach ihrer Satzung körperschaftlich organisiert ist, einen Gesamtnamen führt und auf einen wechselnden Mitgliederbestand angelegt ist.² Diese Definition gilt sowohl für den eingetragenen als auch für den nichtrechtsfähigen Verein. Zu Untergliederungen, wie sie bei dem vom *Senat* zu entscheidenden Sachverhalt vorlagen, kommt es vor allem bei sog. Großvereinen. Entweder schließen sich dabei mehrere Vereine zu einem Dachverband zusammen (z.B. Deutsches Studentenwerk – Dachverband der 58 Studentenwerke); Mitglieder des Dachverbands sind dann die einzelnen örtlich oder fachlich ausdifferenzierten Einzelvereine. Oder ein Gesamtverein ist in mehrere Teile untergliedert, die jeweils unterschiedliche fachliche Schwerpunkte setzen oder in örtlicher Hinsicht untergliedert sind (z.B. Ortsverein einer Gewerkschaft); Mitglieder des Gesamtvereins sind dann die Einzelmitglieder. Im hier zu diskutierenden Fall kam nur letztere Variante in Betracht, denn der Gesamtverein war fachlich nach bestimmten Sportarten untergliedert, Mitglieder des Vereins waren aber nur einzelne natürliche Personen, nicht die Untergliederungen.

Bei solchen untergliederten Teilen eines Gesamtvereins handelt es sich nach der Rechtsprechung (nur) dann um eigenständige Vereine im Sinne der obigen Definition, wenn eigene Aufgaben selbständig wahrgenommen werden, eine körperschaftliche Verfassung vorliegt, ein eigener Name geführt wird und der Bestand der Untergliederung vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist.³

Der *II. Senat* hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen bejaht: Nach der Satzung des Gesamtvereins sei für jede innerhalb des Vereins betriebene Sportart eine eigene, in der Haushaltsführung selbständige Abteilung einzurichten, die ihre sportlichen und finanziellen Aktivitäten selbst regle. Satzungsmäßig seien die Bestimmungen für den Gesamtverein übernommen worden, so dass eine eigene körperschaftliche Verfassung vorliege. Dem Abteilungsvorstand sei organschaftliche Vertretungsmacht eingeräumt und jede Abteilung führe den Gesamtvereinsnamen mit einem auf die Sportart verweisenden Zusatz. Zudem sei die Untergliederung vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig und entscheide auch über Eintritt und Ausschluss der Mitglieder, die dann sowohl dem Gesamtverein als auch der Untergliederung angehörten.

² *Heinrichs/Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 54 Rn. 1 m.w.N.

³ Vgl. etwa BGHZ 90, 331.

¹ <http://www.bundesgerichtshof.de/> (abrufbar am 19.5.2008).

Dieser Einordnung ist zu folgen, denn die vom *Senat* herausgehobenen Kriterien sind die entscheidenden Merkmale, die für die Anerkennung der Selbständigkeit der Untergliederung und ihre Einordnung als nichtrechtsfähiger Verein sprechen, und hier sämtlich vorliegen. Dabei ist zu beachten, dass es jeweils vom konkreten Einzelfall abhängt, ob eine solche Einordnung trägt oder nicht. So wurde von der Rechtsprechung für Ortsvereine/-verbände von politischen Parteien die Vereinsqualität teils angenommen⁴, teils abgelehnt⁵, je nachdem, ob die beschriebenen Merkmale vorlagen. Dasselbe gilt für Untergliederungen von Sportvereinen, so dass etwa für eine Handballabteilung eines Sportvereins die Vereinsqualität verneint wurde, weil die Merkmale der rechtlichen Selbständigkeit abgelehnt wurden,⁶ während sie für die Tennisabteilung eines Sportvereins⁷ oder eine Eissportabteilung⁸ nach diesen Kriterien anerkannt wurde.

2. Die Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins – der Verein im Prozess

Nur wer rechtsfähig ist, also Träger von Rechten und Pflichten sein kann, kann auch Partei eines Prozesses sein, § 50 Abs. 1 ZPO. Fehlt es an der Parteifähigkeit bei Kläger oder Beklagtem ist eine entsprechende Klage unzulässig, weil ihr eine Sachentscheidungsvoraussetzung fehlt. Rechtsfähig sind natürliche (§ 1 BGB) und juristische Personen (insbes. Körperschaften, AG, GmbH, e.V.). Bei den nichtrechtsfähigen Vereinen ist im Hinblick auf die Parteifähigkeit zu differenzieren: § 50 Abs. 2 ZPO gesteht ihnen für den Fall, dass sie verklagt werden (Passivprozess) die Parteifähigkeit zu. Die Rechtsfähigkeit ergibt sich daraus aber nicht, da diese Regelung die Parteifähigkeit nur für den Ausnahmefall, dass der Verein Beklagter ist – trotz fehlender Rechtsfähigkeit – zubilligt. Aus der Regelung des § 50 Abs. 2 ZPO folgt vielmehr im Gegenteil, dass die aktive Parteifähigkeit nicht besteht.

Der *II. Senat* ging dennoch davon aus, dass die Untergliederung parteifähig ist: Den Gewerkschaften und der (Außen)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei die aktive Parteifähigkeit inzwischen durch die Rechtsprechung zugebilligt. Da § 54 S. 1 BGB für den nicht rechtsfähigen Verein ergänzend auf die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verweise, könne die aktive Parteifähigkeit dem nichtrechtsfähigen Verein nicht vorenthalten werden.

In der Tat hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2001, und ihm inzwischen folgend die allgemeine Rechtsprechung und herrschende Ansicht in der Literatur, der BGB-Gesellschaft, die als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt, eine (Teil-)Rechtsfähigkeit und sowohl die passive als auch die aktive Parteifähigkeit zuerkannt.⁹ Die Auseinandersetzung mit diesem Urteil, dem durchaus auch berechtigte Kritik

entgegensteht, soll und kann hier nicht wiederholt werden.¹⁰ Thema ist hier vielmehr die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf den nichtrechtsfähigen Verein. Der Hinweis des Gesetzgebers auf die Anwendung der Regelungen über die BGB-Gesellschaft in § 54 S. 1 BGB allein trägt dabei nicht. Diese Regelung ist nämlich vor dem historischen Hintergrund zu betrachten, dass sie vor allem dazu gedacht war, Gewerkschaften und Parteien zur Eintragung in das Vereinsregister zu „zwingen“, um staatliche Kontrolle über sie zu ermöglichen: Wer sich nicht eintragen ließ, konnte keine Rechtsfähigkeit erlangen. § 54 S. 1 BGB ignoriert strukturelle Unterschiede zwischen dem Verein und der BGB-Gesellschaft. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist recht eng auszulegen und Rechtsfragen des nichtrechtsfähigen Vereins sind eher im Rückgriff auf die Regelungen zum rechtsfähigen Verein zu beantworten. So wird etwa § 31 BGB, also die selbständige deliktische Haftung des Vereins, auch für den nichtrechtsfähigen Verein herangezogen. Dasselbe gilt für andere Regelungen der §§ 21 ff. BGB.¹¹

Schaut man sich die strukturellen Unterschiede zwischen der BGB-Gesellschaft und dem Verein an, so sprechen sie dafür, dem nichtrechtsfähigen Verein die Parteifähigkeit im Verhältnis zur BGB-Gesellschaft sogar erst recht zuzusprechen. Die Argumente, die für die (Teil-)Rechtsfähigkeit und aktive sowie passive Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft anzuführen sind, gelten in noch stärkerem Maße für den Verein: Im Gegensatz zur BGB-Gesellschaft, zumindest nach deren gesetzlichen Modell, ist er körperschaftlich organisiert und in seinem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig. Die körperschaftliche Organisationsform steht im Gegensatz zur personalistischen der BGB-Gesellschaft. Anders als bei der Personengesellschaft ist die Körperschaft etwas anderes als die Summe ihrer Mitglieder und von diesen unabhängig zu betrachten. Der Verein ähnelt also strukturell stärker als die personalistische BGB-Gesellschaft den juristischen Personen.

Die „feindliche“ Regelung des § 54 S. 1 BGB ist vor dem Hintergrund der modernen Entwicklung des Rechts der BGB-Gesellschaft neu zu lesen. Da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich immer stärker in Richtung Rechtsfähigkeit entwickelt, verliert die Norm ein gewisses Maß an ihrer „Feindlichkeit“, so dass vor dem Hintergrund der Entwicklung der BGB-Gesellschaft die Argumentation des *II. Senats*, wegen § 54 S. 1 BGB könne dem nichtrechtsfähigen Verein die aktive Parteifähigkeit nicht vorenthalten werden, schließlich doch noch trägt. Vereinsfeindlich bleibt die Regelung des § 50 Abs. 2 ZPO, die nach den obigen Ausführungen einer aktiven Parteifähigkeit nicht länger entgegensteht. Im Ergebnis ist deshalb die Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins, auch wenn er als Kläger auftritt, zu bejahen.

Als Konsequenz müssen im Prozess nicht sämtliche Mitglieder des Vereins klagen und in der Klageschrift aufgeführt

⁴ LG Frankfurt a. Main NJW 1997, 1661.

⁵ LG Bonn NJW 1976, 810.

⁶ KG OLGZ 83, 272.

⁷ LG Regensburg NJW-RR 1988, 184.

⁸ FG Münster DStRE 2003, 47.

⁹ BGH NJW 2001, 1056.

¹⁰ Dazu etwa *Schilken*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 263; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 60 IV 1; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324.

¹¹ Vgl. *Heinrichs/Ellenberger* (Fn. 2), § 54 Rn. 1.

werden, sondern der Verein kann als solcher und vom Wechsel der Mitglieder unabhängig, vertreten durch seinen Vorstand, Klage erheben.

3. Der unzulässige Insichprozess – der Prozess im Verein

Im Zivilprozess stehen sich Kläger und Beklagter als Gegner gegenüber. Aus dem Zweiparteienprinzip folgt, dass es sich bei Kläger und Beklagtem um verschiedene Personen handeln muss. Gegen sich selbst kann niemand prozessieren, so dass Insichprozesse unzulässig sind. Ein Insichprozess liegt dabei schon dann vor, wenn eine Partei gegen ihren eigenen Vertreter oder umgekehrt ihr Vertreter gegen sie klagt¹², oder wenn innerhalb desselben Unternehmens zwei Filialen oder innerhalb derselben übergeordneten Behörde zwei Ämter gegeneinander klagen.¹³

Mit Argumenten ähnlich denjenigen, mit denen der *Senat* die Selbständigkeit der Untergliederung und ihre Anerkennung als nichtrechtsfähiger Verein bejaht hat, lehnt er hier das Vorliegen eines solchen Insichprozesses ab: Die Untergliederung sei nicht Mitglied des Gesamtvereins und auch nicht dessen Organ, sondern ein eigenständiges vom Gesamtverein zu unterscheidendes Rechtsgebilde, so dass eine Personenverschiedenheit zwischen Kläger und Beklagtem und damit kein Insichprozess vorliege. Dieser Einordnung ist zu folgen.

Anzumerken ist hier, dass die eigentliche Problematik des Insichprozesses sich im Bereich der gesellschaftsinternen Streitigkeiten abspielt, das heißt bei der Frage, ob ein Prozess zwischen einer Partei und deren vertretungsberechtigtem Organ oder einem ihrer Mitglieder zulässig ist, was jedenfalls für die gesetzlich geregelten Fälle (etwa § 245 AktG) zu bejahen ist und auch ansonsten tendenziell immer mehr anerkannt wird.¹⁴ Diese Problematik war – für die Parteifähigkeit – nicht berührt, da der *Senat* zu recht davon ausging, dass die Untergliederung kein Organ oder Mitglied des Gesamtvereins ist. Auswirkungen hat allerdings diese Frage nach Möglichkeiten interner Streitigkeiten für einen anderen Gesichtspunkt, der bei der Zulässigkeit der Klage der Untergliederung zu beachten ist und letztlich zu deren Scheitern führte, s. im Folgenden 4.

4. Das Feststellungsinteresse

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage ist ein Feststellungsinteresse des Klägers, eine besondere Form des Rechtsschutzbedürfnisses, § 256 ZPO. Es liegt vor, wenn im Hinblick auf das Rechtsverhältnis, dessen alsbaldige Feststellung begehrt wird, eine Unsicherheit für den Kläger besteht, die ihn in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt und durch das begehrte Feststellungsurteil beseitigt würde.¹⁵

Der *Senat* hat das Feststellungsinteresse verneint: Da die Untergliederung weder Mitglied noch Organ des Gesamtvereins sei, ordnet der *Senat* sie letztlich den außerhalb des Gesamtvereins stehenden Dritten zu, denen keine Befugnis zu-

komme, Beschlüsse des Gesamtvereins anzufechten. Zudem sei es mit dem Weisungsrecht des Gesamtvereins an den Vorstand der Untergliederung unvereinbar, wenn diese Beschlüsse des ihr übergeordneten Gesamtvereins beanstanden dürfe.

Der *Senat* subsumiert hier ersichtlich nicht unter die genannte Definition des Feststellungsinteresses, sondern nimmt Anleihe bei Gesichtspunkten, die bei aktienrechtlichen Beschlussmängelstreitigkeiten nach § 245 AktG eine Rolle spielen. Dort nämlich ist entscheidende Voraussetzung, ob der Anfechtende Mitglied oder Organ war und zwar schon im Zeitpunkt der Beschlussfassung. Dennoch sagt der *Senat* – bei seinen hier nicht näher zu diskutierenden Ausführungen zum Prozessrechtsverhältnis zwischen dem Gesamtverein und seinen Mitgliedern – ausdrücklich, diese Norm finde auf vereinsinterne Streitigkeiten keine (analoge) Anwendung.¹⁶

Aber auch, wenn man die Entscheidung über das Feststellungsinteresse enger an § 256 ZPO festmacht, ist den Ergebnissen des *Senats* zuzustimmen. Es besteht nämlich keine speziell die Untergliederung in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigende Unsicherheit. Das lässt das Feststellungsinteresse entfallen lässt. Nimmt man die Einordnung der Untergliederung als selbständige Vereinigung (oben 1.-3.) ernst, folgt daraus konsequenterweise dass die Untergliederung von dem in der Mitgliederversammlung getroffenen Beschluss in ihrer Rechtsstellung gerade nicht beeinträchtigt ist. Sie hat ein bloß tatsächliches, aber kein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung.

IV. Zusammenfassung

Die auch aktive Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins kann nach dieser Entscheidung nicht mehr bezweifelt werden. Sie entsprach auch vorher schon den Strukturprinzipien des Vereinsrechts, womit sich der nichtrechtsfähige Verein endgültig parallel zum eingetragenen Verein entwickelt. Für die Selbständigkeit und Vereinsqualität von Untergliederungen eines Gesamtvereins hat die Entscheidung des *Senats* zwar keine neuen Merkmale aufgestellt, die vorhandenen aber konkretisiert und bestätigt. Die Untergliederung kann bei eigener körperschaftlicher Struktur Prozesse als Kläger und Beklagter führen. Soweit sich ein solcher Prozess gegen den Gesamtverein richtet, ist aber jedenfalls für die Feststellung der Nichtigkeit von Vereinsbeschlüssen ein Feststellungsinteresse zu verneinen. Nach wie vor müssen hier die Einzelmitglieder tätig werden, zu denen die Untergliederung aber gerade nicht gehört.

Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Halle

¹² Z.B. Klage der Eltern eines Kindes gegen sich selbst.

¹³ Vgl. Lindacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008 vor § 50 Rn. 4 ff.

¹⁴ Vgl. Lindacher (Fn. 13), vor § 50 Rn. 8 m.w.N.

¹⁵ Allg. Ansicht, vgl. etwa Schilken (Fn. 10), Rn. 186 m.w.N.

¹⁶ So auch schon BGHZ 59, 369.

U r t e i l s b e s p r e c h u n g

Gesetzgebungspflicht zum Schutz politischer Minderheiten? – Zur Unzulässigkeit von Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht

„Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen.“ (amtlicher Leitsatz)

GG Art. 21, 28 Abs. 1, 38 Abs. 1, 93 Abs. 1 Nr. 1, Art. 99; LVerf-SH Art. 3; BVerfGG § 64 Abs. 1

BVerfG, Urt. v. 13.2.2008 – 2 BvK 1/07

I. Einführung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 13. Februar 2008¹ die Aufrechterhaltung der 5%-Sperrklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlgesetz für verfassungswidrig erklärt.² Obwohl im sachlichen Ergebnis nicht überraschend, ist diese im Organstreitverfahren getroffene Entscheidung doch in mehrfacher Hinsicht von Besonderheit: Hervorzuheben ist zunächst, dass das Bundesverfassungsgericht dieses Urteil in seiner Funktion als Landesverfassungsgericht Schleswig-Holsteins gefällt hat. Maßstab der Entscheidung ist mithin nicht (primär) das Grundgesetz, sondern das Landesverfassungsrecht. Zu betonen ist zudem, dass die verfassungsgerichtlichen Argumente gegen die Zulässigkeit von Sperrklauseln spezifisch auf die Besonderheiten des Kommunalwahlrechts zugeschnitten sind. Das Urteil verhält sich dementsprechend nur in obiter dicta zur Zulässigkeit von Sperrklauseln im Bundes- oder Landeswahlrecht und ist für solche insoweit auch nur am Rande von Bedeutung. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die Entscheidung einen Fall des gesetzgeberischen Unterlassens betrifft. Ihre Besonderheit liegt denn auch darin, dass sie die parlamentarische Mehrheit unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, entgegen ihrer politischen Einschätzung und Überzeugung einem Gesetzgebungsantrag der parlamentarischen Minderheit zuzustimmen, und insoweit eine Pflicht zum Gesetzeserlass statuiert.

Während das Ergebnis der Begründetheit, die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht sei im geltenden Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holsteins unzulässig, zu überzeugen vermag (II), sind erhebliche Zweifel an der Annahme der Zulässigkeit durch das Bundesverfassungsgericht angebracht. Denn die Zweckentfremdung eines Organstreitverfahrens zur Durchführung einer abstrakten Nor-

menkontrolle führt im Ergebnis zu einer Gesetzgebungspflicht zum Schutz politischer Minderheiten (III).

II. Sperrklauseln im Wahlrecht

1. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Beurteilung der Zulässigkeit von Sperrklauseln ist zum einen der Grundsatz der Gleichheit der Wahl und zum anderen der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl ergibt sich für Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein aus Art. 3 Abs. 1 LVerf-SH. Dass das Bundesverfassungsgericht (in seiner Funktion als Landesverfassungsgericht) bei der Auslegung dieser landesverfassungsrechtlichen Bestimmung auf seine Rechtsprechung (als Bundesverfassungsgericht) zu Art. 38 Abs. 1 GG zurückgreift, ist bei grundsätzlichem Vorbehalt gegen die undifferenzierte Übertragung bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung auf landesverfassungsrechtliche Sachverhalte vor allem deshalb nicht zu beanstanden, weil die Länder bei der Ausgestaltung ihres Wahlrechts durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG an dieselben Wahlrechtsgrundsätze gebunden sind wie der Bund durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Die Chancengleichheit der politischen Parteien unterfällt dagegen nicht der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 2 GG, so dass das Bundesverfassungsgericht hier einen direkten Rückgriff auf Art. 21 Abs. 1 GG für erforderlich und für zulässig hält: „Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit bei Wahlen folgt auf Landesebene aus ihrem in Art. 21 Abs. 1 GG umschriebenen verfassungsrechtlichen Status, der unmittelbar auch für die Länder gilt und Bestandteil der Landesverfassungen ist.“³

2. Anforderungen an Durchbrechungen der Wahl- und Chancengleichheit

Ausgehend von einem formalen Verständnis der Wahl- und Chancengleichheit, bestätigt das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung, nach der beide Grundsätze zwar keinem absoluten Differenzierungsverbot unterliegen, dem Gesetzgeber aber nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Zur Überprüfung der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen dieses Spielraums begnügt sich das Bundesverfassungsgericht nicht mit einem groben Willkürausschluss. Vielmehr wendet es der Sache nach eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an, wenn es postuliert, dass „Differenzierungen im Wahlrecht durch Gründe gerechtfertigt sind, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann.“⁴ Noch deutlicher formuliert das Gericht, dass umgekehrt gegen die Grundsätze der Wahl- und Chancengleichheit verstoßen wird, „wenn der Gesetzgeber mit der Regelung ein Ziel verfolgt hat, das er bei der Ausgestaltung des Wahlrechts nicht verfolgen darf, oder wenn die Regelung nicht geeignet

¹ Das Urteil war am 17. März 2008 einsehbar unter http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ks20080213_2bvk000107.html.

² Genau genommen hat das BVerfG gemäß § 72 Abs. 2 BVerfGG nur festgestellt, dass der Antragsgegner – der schleswig-holsteinische Landtag – die Rechte der Antragstellerin – der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – aus Art. 3 Abs. 1 LVerf-SH und Art. 21 Abs. 1 GG verletzt hat.

³ Rn. 103 des Urteils unter Verweis auf frühere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie auf Schrifttum.

⁴ Rn. 108 des Urteils unter Verweis auf BVerfGE 95, 408 (418).

und erforderlich ist, um die mit der jeweiligen Wahl verfolgten Ziele zu erreichen.“⁵

Hinsichtlich der Ziele, die ein Gesetzgeber mit Differenzierungen von Wahl- und Chancengleich überhaupt verfolgen darf, erinnert das Bundesverfassungsgericht (wohl aus aktuellen politischen Überlegungen) noch einmal daran, dass die Bekämpfung politischer Parteien stets ein sachfremdes Motiv für gesetzliche Sperrklauseln ist.⁶ Als rechtliches Instrument zur Bekämpfung politischer Parteien steht ausschließlich das Verbotungsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG zur Verfügung; bis zur Erklärung einer politischen Partei für verfassungswidrig durch das Bundesverfassungsgericht dürfen politische Parteien hingegen ausschließlich politisch bekämpft werden.

Auch die vermeintliche Sicherung der Gemeinwohlorientierung sämtlicher politischer Kräfte könne grundsätzlich kein zwingender Grund für Sperrklauseln sein. Diese Aussage beschränkt das Bundesverfassungsgericht aber doch schon deutlich auf das Kommunalwahlrecht und trägt insoweit der besonderen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung sowie vor allem auch der Wirklichkeit Rechnung: Auf Kommunalebene nehmen häufig auch ortsgebundene Wählergruppen an Wahlen teil, die primär kommunale und partikuläre Interessen verfolgen. Ihnen ist ebenso wie den politischen Parteien eine chancengleiche Teilnahme an den Kommunalwahlen zu gewähren. Nicht der Wahlgesetzgeber, übernimmt das Bundesverfassungsgericht eine pointierte Formulierung, sondern dem Wähler obliege die Entscheidung, welche Partei oder Wählergemeinschaft die Interessen der Bürger am besten vertritt.

Als einzigen möglichen Grund für die Durchbrechung der Wahl- und Chancengleichheit macht das Bundesverfassungsgericht somit erneut die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung aus. Insofern bestehen freilich auf der Ebene des Kommunalverfassungsrechts verschiedene Besonderheiten, die es im Ergebnis nicht immer zulassen, die Durchbrechung der Wahl- und Chancengleichheit im Kommunalwahlrecht mit der Funktionsfähigkeit der zu wählenden kommunalen Vertretungsorgane zu rechtfertigen. Denn nicht jede, sondern nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen, betont das Bundesverfassungsgericht durch die Hervorhebung als Leitsatz.

3. Besonderheiten des Kommunalverfassungsrechts

Die Entscheidung berücksichtigt zum einen ganz generell die Besonderheiten des Kommunalverfassungsrechts und zum anderen die besondere Ausgestaltung des schleswig-holsteinischen Kommunalverfassungsrechts.

a) Fehlende Parlamentseigenschaft von kommunalen Vertretungsorganen

Das Bundesverfassungsgericht macht drei wesentliche Unterschiede zwischen Parlamenten im staatsrechtlichen Sinne und Gemeindevertretungen (und Kreistagen) aus, die einer Über-

tragung der Zulässigkeit von Sperrklauseln im Wahlrecht der Länder und des Bundes auf das Kommunalwahlrecht entgegenstehen: Erstens ist „die Gemeindevertretung ein Organ der Verwaltung, dem in erster Linie verwaltende Tätigkeiten anvertraut sind. Anders als staatliche Parlamente üben Gemeindevertretungen und Kreistage keine Gesetzgebungstätigkeit aus.“ Zweitens haben „die kommunalen Vertretungsorgane [...] auch keine Kreativefunktion für ein der Regierung vergleichbares Gremium.“ Und drittens „unterliegen die Entscheidungen der kommunalen Vertretungsorgane der Rechtsaufsicht.“

b) Direktwahl der Bürgermeister und Landräte

Darüber hinaus ist zur Beurteilung der Zulässigkeit von Sperrklauseln stets die konkrete Ausgestaltung des Kommunalverfassungsrechts heranzuziehen. Denn nur ein genauer Blick auf die Zuständigkeiten und rechtlichen Handlungsmöglichkeiten der kommunalen Vertretungsorgane erlaubt die Beantwortung der Frage, ob Sperrklauseln zur Sicherung der Funktionsfähigkeit dieser Organe erforderlich sind und deshalb die Durchbrechung der Grundsätze der Wahl- und Chancengleich zu rechtfertigen vermögen oder nicht. Insofern ist für das Bundesverfassungsgericht von zentraler Bedeutung, dass Schleswig-Holstein im Jahre 1995 die Direktwahl der Bürgermeister jedenfalls in hauptamtlich verwalteten Gemeinden sowie auch der Landräte eingeführt hat. Damit nämlich sei das zentrale Element weggefallen, das bislang die Fünf-Prozent-Sperrklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht gestützt hat. In der Tat sind stabile Mehrheitsverhältnisse in den Kommunalvertretungen und Kreistagen bei einer Direktwahl der Bürgermeister und Landräte nicht mehr in gleichem Maße erforderlich.

c) „Faktische“ Sperrklausel

Soweit in ehrenamtlich verwalteten Gemeinden die Bürgermeister nach wie vor von der Gemeindevertretung gewählt werden, was immerhin in 95% aller schleswig-holsteinischen Gemeinden der Fall ist, rekurriert das Bundesverfassungsgericht dagegen auf die „faktische“ Sperrklausel. Damit wird der Umstand beschrieben, dass bei einer Stärke des Gemeinderats von 19 Mitgliedern in solchen Gemeinden ohnehin etwas mehr als fünf Prozent der Stimmen erforderlich sind, um einen Sitz im Gemeinderat zu erlangen. Wenn angesichts dieses Umstands gegen die Beibehaltung der (rechtlichen) Fünf-Prozent-Sperrklausel argumentiert wird, dass „ihr Wegfall [...] sich praktisch nicht auswirken würde“, kann dem nicht gefolgt werden. Denn erstens ließe sich ebenso gut herum anders argumentieren, dass eine rechtliche Sperrklausel in diesen Fällen eben auch keine zusätzliche Beeinträchtigung der Wahl- und Chancengleichheit bedeutet. Und zweitens ist zu beachten, dass auch die Zahl der Gemeinderatsmitglieder nicht „faktisch“ vorgegeben, sondern gesetzlich festgelegt ist. Auch die „faktische“ ist somit eine rechtliche Sperrklausel,⁷ so dass terminologisch besser von unmittelba-

⁵ Rn. 109 des Urteils.

⁶ Rn. 114 unter Verweis auf BVerfGE 1, 208 (257).

⁷ Dass das Bundesverfassungsgericht die rechtliche und damit regelbare Wirkung der Größe des Gemeinderats nicht erkannt hat, verwundert umso mehr, als es an anderer Stelle die Frage

rer und mittelbarer Sperrklausel gesprochen werden sollte. Jedenfalls aber folgt aus der Erkenntnis, dass sich die begrenzte Zahl der Gemeinderatsmitglieder im Ergebnis als Sperrklausel auswirkt, eher die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine entsprechende Mindeststärke der Gemeinderäte festzulegen, als die Pflicht, die unmittelbare Sperrklausel abzuschaffen. Das „Faktische“ an dieser Sperrklausel wird dann allein darin deutlich, jedenfalls kleinen Gemeinden keine übermäßig großen Gemeinderäte zumuten zu können. Zugleich zeigt sich aber auch, dass mit einer Gemeinderatsgröße von um die 30 Personen immer noch eine mittelbare Sperrwirkung von rund 3% einhergeht. Soweit dies akzeptiert wird und werden muss, ist nicht ersichtlich, wieso sie nicht in einer unmittelbaren Sperrklausel zum Ausdruck kommen darf.

d) Erfahrungen in anderen Bundesländern

Dass das Bundesverfassungsgericht zur Beurteilung der Erforderlichkeit und damit der Zulässigkeit von Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht schließlich auch die Erfahrungen von Bundesländern einbezieht, deren Kommunalverfassungsrecht keine Sperrklauseln (mehr) vorsieht, ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings dürfen solche rechtsvergleichenden Betrachtungen allenfalls von indizierendem Gewicht sein, soll nicht die Autonomie der Verfassungsräume ausgehebelt werden. Eine Rechtsvergleichung unter den Kommunalverfassungen der Bundesländer ist im Anwendungsbereich der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 2 GG dabei allemal von größerer Bedeutung als etwa der Rückschluss von Verfassungsordnungen anderer Staaten auf die Interpretation des Grundgesetzes.⁸ Insofern ist es durchaus maßgeblich, dass in den Flächenstaaten, die keine Sperrklausel mehr im Kommunalwahlrecht vorsehen, keine schwerwiegenden Störungen der Funktionsfähigkeit der Vertretungsorgane bekannt geworden sind. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Thüringer Verfassungsgerichtshof die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Thüringer Kommunalwahlgesetz unter dem Eindruck dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am 9. April für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat.⁹ Sperrklauseln existieren nunmehr nur noch in Rheinland-Pfalz und dem Saarland sowie in den Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg¹⁰ mit ihren Besonderheiten.

diskutiert, wie sich die Größe der Ausschüsse auf die Beteiligung der im Gemeinderat vertretenen politischen Parteien auswirkt – Rn. 141 ff. des Urteils.

⁸ Zu weitgehend insofern die Auffassung der die Entscheidung tragenden Richter in BVerfG, Urt. v. 4.7.2007 – 2 BvE 1/06 (Abgeordnetengesetz), Rn. 280 ff.

⁹ VerfGH Thür, Urt. v. 9.4.2008 – VerfGH 22/05. Das Urteil war am 17. März auf folgender Seite im Internet einsehbar: [http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/E136CCBF3E8EDBBBC125728A00352CD9/\\$File/05-00022-Hinweisb.pdf?OpenElement](http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/E136CCBF3E8EDBBBC125728A00352CD9/$File/05-00022-Hinweisb.pdf?OpenElement).

¹⁰ Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 14.1.2008 – 2 BvR 1975/07. Der Beschluss war am 17. März auf folgender Seite im Internet

III. Anspruch auf Gesetzeserlass?

Da das Bundesverfassungsgericht allein auf die unmittelbaren Sperrklauseln rekurriert und die mittelbaren Sperrwirkungen der Größe der Vertretungsorgane ignoriert hat, scheint es von der materiellen Beurteilung des Sachverhalts so überzeugt gewesen zu sein, dass es sich über Zulässigkeitsprobleme des Verfahrens kurzerhand hinweggesetzt hat. Dabei liegt die eigentliche Besonderheit der Entscheidung darin, dass die Verletzung der Rechte der antragstellenden Fraktion erstens auf ein gesetzgeberisches Unterlassen zurückgeführt (1) und zweitens auf Normen gestützt wurde, die die Fraktion überhaupt nicht berechtigen (2). Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hatte einen Gesetzentwurf zur Änderung des Kommunalwahlgesetzes in den schleswig-holsteinischen Landtag eingebracht, der u.a. auf die Abschaffung der 5%-Klausel zielte. In der abschließenden Lesung fand dieser Antrag jedoch nicht die notwendige parlamentarische Mehrheit – er wurde mit den Stimmen von CDU und SPD gegen die Stimmen von FDP, Bündnis 90/Die Grünen und SSW (Süd-schleswigscher Wählerverband) abgelehnt. Was als normaler politisch-parlamentarischer Prozess erscheint, wurde vom Bundesverfassungsgericht als Verletzung von Rechten der antragstellenden Fraktion gerügt – die parlamentarische Mehrheit hätte dem Antrag der Oppositionsfraktion im Ergebnis zustimmen müssen.

1. Schlichtes und qualifiziertes gesetzgeberisches Unterlassen

Zur Zulässigkeit des Antrags der Fraktion gelangt das Bundesverfassungsgericht zunächst, indem es den Antragsgegenstand in einer Maßnahme im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG erkennt und sich deshalb nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine bloße Untätigkeit des Gesetzgebers im Wege des Organstreitverfahrens angreifbar ist. Denn es rekurriert insofern nicht auf die unterlassene Änderung des Kommunalwahlgesetzes, sondern auf die getätigte Ablehnung des Änderungsantrags. Weil der Gesetzgeber – der Landtag – sich hierbei ausführlich mit der Frage der Beibehaltung der Sperrklausel befasst und den entsprechenden Abschaffungsantrag explizit abgelehnt habe, stünde die Ablehnung des Gesetzentwurfs dem als Maßnahme i.S.d. § 64 Abs. 1 BVerfGG zu wertenden Erlass eines Gesetzes gleich und sei gerade kein schlichtes Unterlassen.

Diese Argumentation ist insofern konsequent, als das Bundesverfassungsgericht (ebenfalls in seiner Funktion als schleswig-holsteinisches Landesverfassungsgericht) vor nur fünf Jahren ein von der PDS initiiertes Organstreitverfahren gegen den Landtag von Schleswig-Holstein als unzulässig verworfen hat. Auch damals wurde die unterlassene Aufhebung der Sperrklausel im Kommunalwahlrecht gerügt, doch in der damaligen Konstellation gab es keinen ausdrücklich auf diese Sperrklausel bezogenen Änderungsantrag im Gesetzgebungsverfahren. Vielmehr bezog sich die damals anstehende

abrufbar: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080114_2bvr197507.html.

Änderung des Kommunalwahlgesetzes nur auf andere Bestimmungen dieses Gesetzes, namentlich auf die Verlängerung der Legislaturperiode und auf die Verschiebung des Wahltermins. Ein auf die Abschaffung der Sperrklausel gerichteter Entschließungsantrag der FDP-Fraktion stand zwar in zeitlichem, nicht jedoch in inhaltlichem Zusammenhang mit der konkreten Gesetzesänderung. Deshalb erkannte das Bundesverfassungsgericht den Antragsgegenstand in der damaligen Konstellation in einem gesetzgeberischen Unterlassen i.S.d. § 64 Abs. 1 BVerfGG, über den es freilich deshalb nicht entscheiden musste, weil der Antrag verfristet gestellt wurde.¹¹

Das Bundesverfassungsgericht zögert also in der Beantwortung der Frage, inwieweit das bloße Unterlassen Gegenstand eines Organstreitverfahrens sein kann. Dabei hätte es seine Funktion als Landesverfassungsgericht nutzen können, um sich diesem Thema vorsichtig und mit begrenzter Wirkung für das Bundesrecht zu nähern. Andere Landesverfassungsgerichte jedenfalls haben sich grundsätzlich für die Möglichkeit ausgesprochen, die Untätigkeit des Gesetzgebers im Organstreitverfahren zu überprüfen.¹² Das Bundesverfassungsgericht demgegenüber differenziert weiterhin zwischen einem schlichten Unterlassen und einem als Maßnahme zu wertenden Unterlassen, das terminologisch als qualifiziertes Unterlassen beschrieben werden könnte. Der Grund für diese Differenzierung liegt sicherlich in dem gebotenen Respekt gegenüber dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber und seinen durch Mehrheitsbeschluss artikulierten und legitimierten politischen Entscheidungen. In die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers, in sein Gesetzgebungsermessen,¹³ wagt sich das Bundesverfassungsgericht nur behutsam vor: Indem es (bislang) nur qualifiziertes Unterlassen als tauglichen Gegenstand von Organstreitverfahren anerkennt, belässt es dem Gesetzgeber noch immer die Entscheidungsfreiheit, ob er sich überhaupt mit einer bestimmten Fragestellung auseinandersetzt. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle setzt danach zwingend eine gesetzgeberische Aktivität voraus. Wird diese aber ausgeübt, unterliegt die Ausübung des Gestaltungsermessens der verfassungsgerichtlichen Überprüfung.

Die Unterscheidung zwischen schlichtem und qualifiziertem Unterlassen des Gesetzgebers ist aus systematischer Perspektive nachvollziehbar. Ebenso vertretbar erscheint es, das qualifizierte Unterlassen als Maßnahme im Sinne des § 64 Abs. 1 BVerfGG zu verstehen und die Differenzierung insoweit auch am Wortlaut der Norm festzumachen. Gleichwohl könnte die Differenzierung aus zwei Gründen konstruiert wirken: Erstens könnte man die Entscheidung der

parlamentarischen Mehrheit, eine beantragte Gesetzesänderung nicht vorzunehmen, auch als Entscheidung verstehen, überhaupt nicht tätig zu werden. Sie wird im Unterschied zum schlichten Unterlassen eben nur im verfassungsrechtlich determinierten formellen Gesetzgebungsverfahren getroffen. Und zweitens hängt die Frage, ob ein schlichtes oder ein qualifiziertes Unterlassen vorliegt, letztlich allein vom Handeln der möglichen Gesetzesinitianten ab. Sie könnten aus dieser Entscheidung die Schlussfolgerung ziehen, verstärkt auch politisch nicht mehrheitsfähige Gesetzesvorschläge in die Parlamente einzubringen, um sie dann mit Hilfe der Verfassungsgerichte durchzusetzen.

Doch gerade aus diesen beiden Gründen ist jedenfalls bei Organstreitverfahren die Differenzierung zwischen schlichtem und qualifiziertem gesetzgeberischen Unterlassen zutreffend und vor allem auch geboten. Denn (nur) sie trägt der Gewaltenteilung zwischen der politisch-parlamentarischen Gesetzgebung und ihrer verfassungsgerichtlichen Kontrolle Rechnung. Organschaftliche Rechte können nämlich notwendigerweise nur geltend gemacht werden, wenn es zu einer formalen Betätigung dieser Organe entsprechend ihrer verfassungsrechtlichen Befugnisse kommt. Will eine Fraktion einen bestimmten Gesetzesbeschluss bewirken, genügt es insoweit nicht, einen bloßen Entschließungsantrag in das Parlament einzubringen, weil das Parlament dann zwar als Parlament, aber nicht als Gesetzgebungsorgan tätig wird. Erst mit der Beschreitung des verfassungsrechtlich determinierten Gesetzgebungsverfahrens ist die Kontrolle durch die Verfassungsgerichte eröffnet, und insofern macht es einen gewichtigen Unterschied, ob der Gesetzgeber sich noch im Vorfeld einen Willen bildet oder ob er diesen Willen durch einen entsprechenden Beschluss im Parlament artikuliert und dadurch ausübt. Auch dass die Unterscheidung zwischen schlichtem und qualifiziertem Unterlassen vom Handeln der möglichen Gesetzesinitianten abhängt, ist verfassungsrechtlich zulässig und gewollt, denn zunächst müssen die politischen Gestaltungsrechte zum Einsatz kommen, bevor die rechtlichen Kontrollinstrumente bemüht werden. Die Gefahr, dass die Verfassungsgerichte verstärkt an Stelle der Parlamente entscheiden, ist jedenfalls solange gebannt, wie sich die Verfassungsgerichte im Rahmen der jeweiligen Verfahrensvorgaben bewegen. Dies freilich hat das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall versäumt.

2. Abstrakte Normenkontrolle im Organstreitverfahren

Es ist nämlich nicht allein die Qualifizierung des Antragsgegenstands als Maßnahme, die zu dem merkwürdig anmutenden Ergebnis führt, die parlamentarische Mehrheit hätte einem Gesetzesentwurf der parlamentarischen Minderheit zustimmen müssen. Vielmehr resultiert diese Form der Gesetzgebungspflicht vor allem aus dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht ein Organstreitverfahren für eine abstrakte Normenkontrolle zweckentfremdet hat. Im Tenor hält sich das Bundesverfassungsgericht zwar zurück, wenn es nur die Verletzung der Rechte der antragstellenden Fraktion, nicht aber den Verstoß einer Norm gegen Verfassungsrecht und damit deren Nichtigkeit feststellt. Im Ergebnis freilich hat es zum Ausdruck gebracht, dass die in § 10 Abs. 1

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 11.3.2003 – 2 BvK 1/02. Der Beschluss war am 17. März im Internet einsehbar unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ks20030311_2bvk000102.html.

¹² Vgl. VerFGH Rheinland-Pfalz DVBl. 1972, 783 (784 f.); VerFGH Nordrhein-Westfalen DVBl. 1999, 1271; LVerfG Mecklenburg-Vorpommern NordÖR 2001, 64 (65).

¹³ Vgl. hierzu umfassend K. Messerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, passim.

GKWG-SH normierte Fünf-Prozent-Klausel derzeit gegen Verfassungsrecht verstößt. Vor allem aber hat es sich weder in der Antragsbefugnis noch – konsequenterweise – in der Begründetheit auf den Prüfungsmaßstab von organschaftlichen Rechten beschränkt, sondern vielmehr mit dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und dem Grundsatz der Chancengleichheit zwei verfassungsrechtliche Maßstäbe gewählt, deren etwaige Verletzung Fraktionen im Landtag nicht in ihren organschaftlichen Rechten betrifft. Bei einer abstrakten Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Sperrklauseln im Wahlrecht kommen natürlich sowohl die Wahl- als auch die Chancengleichheit als Maßstab in Betracht, denn Sperrklauseln bewirken stets sowohl eine Ungleichgewichtung (des Erfolgswerts, nicht des Zählwerts) der Wählerstimmen als auch eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit der (kleineren) politischen Parteien. Doch keine dieser Rechte kann von einer Fraktion geltend gemacht werden.

Der grundgesetzlich in Art. 38 Abs. 1 S. 2 verankerte Grundsatz der Gleichheit der Wahl normiert nur ein (mit der Verfassungsbeschwerde bewehrtes) grundrechtsgleiches Recht der Wähler, nicht hingegen ein organschaftliches Recht von Fraktionen. Und der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien berechtigt allein politische Parteien, nicht hingegen ihre Fraktionen. Wenn das Bundesverfassungsgericht nun lapidar formuliert, die Fraktion sei schon deshalb antragsbefugt, weil sie „an den Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein teilnimmt [und deshalb] durch die Aufrechterhaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel in ihren Rechten auf Chancengleichheit und Gleichheit der Wahl und damit in ihren statusmäßigen Rechten betroffen [wird]“,¹⁴ vermag dies in keiner Weise zu überzeugen. Die Antragstellerin ist eine Fraktion des Landtags, die nicht an Kommunalwahlen teilnehmen kann. An den Kommunalwahlen nehmen politische Parteien und sonstige Wählervereinigungen teil, und nur ihnen steht das aus Art. 21 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf Chancengleichheit zu.

Der apodiktischen Formulierung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zu entnehmen, ob es womöglich seine Rechtsprechung, nach der politische Parteien ihre Rechte aus Art. 21 GG im Wege des Organstreitverfahrens geltend machen können, aufgeben und diese Rechte statt dessen in die Obhut der jeweiligen Fraktionen legen will. Während ersteres mit guten Gründen zu begrüßen wäre,¹⁵ wäre letzteres schon deshalb unzulässig, weil dann nur die in den Parlamenten vertretene Parteien in den Genuss der prozeduralen Absicherung der Rechte aus Art. 21 GG kämen, was wiederum der Gleichheit der politischen Parteien widerspräche. Aber so weit lässt sich die Entscheidung gar nicht interpretieren. Das Bundesverfassungsgericht scheint hier vielmehr so von dem Anliegen getragen worden zu sein, inhaltlich über die Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht Schleswig-Holsteins zu entscheiden, dass es sich über die Zulässigkeitsprobleme einfach hinweg gesetzt hat. Damit hat es freilich die Balance

zwischen dem demokratisch-politischen Gesetzgebungsprozess und seiner verfassungsrechtlichen Kontrolle erheblich gestört.

Sicherlich ist der häufig geäußerte Befund zutreffend, dass der Wahlrechtsgesetzgeber „nie befangener [ist], als wenn es um die Wahlgleichheit geht.“¹⁶ Doch abgesehen davon, dass dies für das Kommunalwahlrecht nur eingeschränkt gilt, besteht keine verfassungsprozessuale Lücke, die es rechtfertigen würde, die parlamentarische Mehrheit zu verpflichten, einem Gesetzentwurf der parlamentarischen Minderheit zuzustimmen. Das Wahlrecht kann sowohl im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle als auch im Wege einer Wahlprüfung und damit letztlich im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens überprüft und dann sogar gegebenenfalls für nichtig erklärt werden. Dass abstrakte Normenkontrollverfahren regelmäßig nur von einem größeren Quorum des jeweiligen Parlaments, zumeist einem Viertel oder einem Drittel, initiiert werden können, hat seinen guten Grund u.a. in der Gewaltenbalance zwischen parlamentarischer Entscheidungsfindung und verfassungsgerichtlicher Überprüfung. Und über die Wahlprüfung und eine konkrete Normenkontrolle ist die Verfassungskontrolle auch in solchen Fällen eröffnet, in denen die agierenden politischen Parteien kein Interesse an einer Änderung des Wahlrechts haben sollten, wie etwa der zitierte Fall in Thüringen zeigt.

Vor diesem Hintergrund ist der Preis, den das Bundesverfassungsgericht für die Absenkung der unmittelbaren Fünf-Prozent-Sperrklausel auf das Maß der durch die Größe der Vertretungsorgane bedingten mittelbaren Sperrwirkung gezahlt hat, zu hoch.

Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg

¹⁴ Rn. 84 des Urteils.

¹⁵ Vgl. hierzu bspw. *Ipsen*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 21 Rn. 50 ff.

¹⁶ *H. Meyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 29.

Urteilsanmerkung

Europarechtswidrigkeit der Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs

Vorlagefrage:

Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 oder des Art. 3 Abs. 3 S. 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, die besagt, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Ersatzlieferung von dem Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsguts verlangen kann?

Tenor:

Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.

BGB § 439 Abs. 4, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Art. 3

*EuGH, Urt. v. 17.4.2008 - Rs. C-404/06 (Quelle)*¹

§ 439 Abs. 4 BGB verweist für die Ersatzlieferung beim Kauf hinsichtlich der Rückgewähr der mangelhaften Sache auf das Rücktrittsfolgenrecht, i.e. die §§ 346 bis 348 BGB. Danach hätte (auch) der Verbraucher-Käufer gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB Nutzungsersatz zu leisten für die Gebrauchsvorteile der mangelhaften Sache. Zweifelhaft war, ob dies mit der EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf² in Einklang steht, die in Art. 3 eine für den Käufer unentgeltliche Nacherfüllung anordnet. Auf Vorlagebeschluss des VIII. Senates des BGH³ bejahte der EuGH mit Urteil vom 17. April die Europarechtswidrigkeit der deutschen Regelung. Die folgende

¹ Urteil veröffentlicht in NJW 2008, 1433 und abrufbar unter: http://www.juris.de/jportal/portal/t/1gq3/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE593742008&doc.part=K&doc.price=0.0#focuspoint (abrufbar am 20.5.2008).

² Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABIEG 1999, L 171/12).

³ Vom 16.8.2006 – VIII ZR 200/05; NJW 2006, 3200; http://www.juris.de/jportal/portal/t/1gkm/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=3&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE316302006%3AJuris00&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint (abrufbar am 20.5.2008).

Anmerkung hält zwei Kernaussagen der Entscheidung für beachtlich:

I. Zulässigkeit des Vorlageverfahrens

Die erste betrifft die Zulässigkeit von Vorlageverfahren nach Maßgabe des Art. 234 EG. Diese dienen dem Ziel, die ordnungsgemäße und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Spruchkörper in den einzelnen Mitgliedstaaten sicherzustellen. Angesichts dessen stehen mögliche Schranken der richtlinienkonformen Auslegung, die im jeweiligen nationalen Verfassungsrecht wurzeln, der Zulässigkeit einer Vorlage nach Auffassung des EuGH nicht entgegen. Dass sich mithin der VIII. Zivilsenat des BGH in seinem Vorabentscheidungsersuchen⁴ dahin geäußert hatte, eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB sei in Anbetracht des eindeutigen Wortlauts dieser Vorschrift sowie des in den Materialien zum Ausdruck gebrachten, klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers kraft Art. 20 Abs. 3 GG versperrt (vgl. insbesondere Nr. 12 und 15 der Gründe), entbinde somit den Gerichtshof nicht davon, über die Vorlagefrage zu entscheiden. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn allein durch das Urteil des EuGH wird innerhalb des Binnenmarkts im Hinblick auf den Mindestschutzstandard der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Rechtseinheit geschaffen. Der objektive Erkenntnisgewinn mag sich in dem konkreten Ausgangsverfahren zwar nicht kraft richtlinienkonformer Auslegung niederschlagen, möglicherweise aber in einem anschließenden Staatshaftungsprozess wegen mangelhafter Richtlinientransformation. Allein durch die Entscheidung des Gerichtshofs wird überdies offenkundig, dass § 439 Abs. 4 BGB dringend der Nachbesserung durch die Legislative bedarf.

Aus der rechtlichen Einschätzung des EuGH, die Vorlage des BGH sei in concreto trotz der im Vorlagebeschluss angeführten Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation zulässig, ergibt sich bei Lichte besehen zweierlei: Es unterliegt nicht nur der Gerichtshof einer Pflicht, die Vorlagefrage zu beantworten. Für die nationalen Spruchkörper folgt hieraus mittelbar, dass sie gemäß Art. 234 EG in den Dialog mit dem EuGH treten dürfen, als letztinstanzliches Gericht sogar müssen. Der Hinweis darauf, man könne im Nachgang zu einem Richterspruch aus Luxemburg diesen nicht „exekutieren“, da sich etwaige Vorgaben des Sekundärrechts nicht in die Umsetzungsbestimmung hineinlesen lassen, befreit demnach die letzte Instanz nicht von ihrer Vorlagepflicht. Dass es sich dabei um kein akademisches Gasperspiel handelt, zeigt die Argumentation des BGH in den Schrottimobilienfällen. Der IX. Zivilsenats hatte seine mangelnde Dialogbereitschaft in der Vergangenheit teilweise damit begründet, mögliche Vorgaben weiterer Vorlageentscheidungen des EuGH ließen sich ohnehin nicht im Wege richtlinienkonformer Auslegung der intertemporal einschlägigen Bestimmungen sicherstellen. Dieser Argumentation hatten sich damals einige Unterinstanzen angeschlossen⁵. Zukünftig ist den nationalen Gerichten der

⁴ Siehe die vorhergehende Fn.

⁵ Nachweise der Judikatur bei Staudinger, in: Artz (Hrsg.), *Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht – Deutschland und Europa*, 2007, S. 11 ff. (32).

Weg versperrt, einen Dispens von einem Vorabentscheidungsersuchen aus etwaigen nationalen Schranken der richtlinienkonformen Auslegung abzuleiten. Dies ist uneingeschränkt zu begrüßen.

II. Ausschluss eines Wertersatzes für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues

Die zweite Kernaussage des EuGH betrifft die Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Nach Ansicht der Richter in Luxemburg verbietet Art. 3 dieses Sekundärrechtsakts es dem Unternehmer, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues zu verlangen. Auch insofern verdient die Entscheidung Zuspruch. Zu beachten ist, dass der Gerichtshof die Wirkung seines Urteils in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt. Damit wirkt es nicht allein pro futuro, also für Sachverhalte nach Verkündung. Vielmehr steht Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit Ablauf ihrer Transformationsfrist und damit seit dem 1. Januar 2002 einem dahingehenden Wertersatz im jeweiligen nationalen Recht entgegen, und zwar nicht nur im deutschen Recht. Denn ungeachtet der Inbezugnahme eines konkreten Sachverhalts kommt den Entscheidungen des EuGH eine abstrakt-generelle Aussagekraft zu. Dabei ist die rechtliche Bindung (zunächst im Ausgangsverfahren) von der Präjudizwirkung zu trennen. Selbst wenn eine § 31 Abs. 1 BVerfGG entsprechende Vorschrift im Gemeinschaftsrecht fehlt, entfalten Urteile des EuGH in vergleichbaren Sachverhalten zumindest eine faktische Bindungswirkung für sämtliche Spruchkörper. Dies gilt gleichermaßen in Deutschland wie im gesamten Binnenmarkt. Die zuvor beschriebene rechtliche bzw. faktische Bindungswirkung ist allerdings auf den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und somit ihren Mindeststandard beschränkt. Sofern ein Mitgliedstaat die Harmonisierungsmaßnahme strenger oder überschießend umgesetzt hat, ist es seine autonome Entscheidung, ob er die Aussagen des Gerichtshofs auf diesen weitergehenden Schutzbereich überträgt.

III. „Umsetzung“ der EuGH-Entscheidung durch die Judikative bzw. Legislative in Deutschland

Die Anschlussfrage, die sich im Nachgang zu dem Urteil des Gerichtshofs aufdrängt, ist, ob das Verfassungsrecht bzw. die nationale Methodik es dem der BGH verbieten, den Richtlinienverstoß infolge des § 439 Abs. 4 BGB zu heilen. Einige Stimmen sehen insoweit die Grenze zur unzulässigen teleologischen Reduktion contra legem überschritten⁶. Vorauszuschicken ist, dass das unter anderem in Art. 10 Abs. 1 EG wurzelnde Gebot der richtlinienkonformen „Auslegung“ zweifelsohne die Rechtsfortbildung einschließt, soweit dies einem deutschen Spruchkörper nicht verfassungsrechtlich bzw. me-

thodisch untersagt wird. Dies steht im Einklang mit dem aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG abgeleiteten Gebot der gemeinschaftsfreundlichen Gesetzesinterpretation. Zu beachten bleibt ferner, dass es im vorliegenden Kontext nicht um die positive Begründung eines Anspruchs oder Gestaltungsrechts zugunsten des Verbrauchers geht. Vielmehr steht eine negative Funktion der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Raum, nämlich der Ausschluss eines richtlinienwidrig im nationalen Recht begründeten Anspruchs des Unternehmers auf Wertersatz. Hinzu kommt, dass § 439 Abs. 4 BGB nicht auf ein Nullum reduziert würde, sondern nur innerhalb des Verbrauchsgüterkaufrechts tatbestandlich unanwendbar wäre. Es verbliebe demnach etwa bei reinen Privatgeschäften ein Regelungsbereich für diese Norm. Der *XI. Senat* des BGH⁷ hat jedenfalls in der Vergangenheit beispielsweise § 5 Abs. 2 HWiG richtlinienkonform reduziert, ungeachtet seines klaren Wortlauts. Ebenso wenig standen diesem methodischen Vorgehen nach Ansicht des erkennenden *Zivilsenats* Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes sowie der gesetzgeberische Wille entgegen. In dem damaligen Anlassstreit wurde dem Verbraucher hierdurch ein Haustürwiderrufsrecht eröffnet, es ging demnach sogar um die positive Wirkung einer Verbraucherschutzrichtlinie. Vor diesem Hintergrund erscheint eine richtlinienkonforme Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB demzufolge nicht a priori methodisch ausgeschlossen oder verfassungswidrig.

Sollte sich der erkennende *VIII. Senat* des BGH im vorliegenden Verfahren zu einer solchen Rechtsfortbildung entschließen, hat dies gleichermaßen Bedeutung für andere Altfälle. Diejenigen Verbraucher nämlich, die in der Vergangenheit seit dem 1. Januar 2002 an Unternehmer kraft § 439 Abs. 4 BGB Wertersatz geleistet haben, zahlten auf einer richtlinienwidrigen Grundlage, sofern der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie betroffen war. Im Lichte der Aussage des EuGH sowie der unterstellten richtlinienkonformen Reduktion des BGH stellt sich damit die Frage, ob derartige Altfälle noch über § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB „rückabzuwickeln“ sind. Abgesehen von den verjährungsrechtlichen Schranken aus §§ 195, 199 Abs. 1 BGB dürfte eine Kondiktion in denjenigen Fällen ausgeschlossen sein, in denen die Zahlung des Wertersatzes auf einem mittlerweile in Rechtskraft erwachsenen Urteil beruht. Eine abweichende Einschätzung erscheint angezeigt, wenn der Verbraucher in der Vergangenheit unabhängig von einem derartigen Erkenntnisverfahren, also freiwillig geleistet hat. Denn dann erfolgte die Zahlung der Nutzungsentschädigung ohne Rechtsgrund. Der zuvor skizzierte Lösungsansatz bedeutete jedenfalls im Ergebnis eine wirtschaftliche Belastung der Unternehmenseite.

Sollte sich der BGH gegen eine richtlinienkonformen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB aussprechen – dies erscheint methodisch ebenfalls vertretbar – bleibt für den Verbraucher im aktuellen Anlassstreit die Zahlungspflicht bestehen und scheidet eine Kondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB aus. Ebenso ist in vergleichbaren Altfällen die Leistung anderer Verbraucher auf einer gesetzlichen, wenn auch richtlinienwidrigen Grundlage erbracht worden. Dies wirft folglich

⁶ So etwa jüngst *Schürmbrand*, JZ 2007, 910 (917); anders wohl *Herresthal*, in: Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008, § 2 S. 148 Rn. 161; vgl. auch *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1971 ff.).

⁷ BGHZ 150, 248 (260 ff.).

die Frage der vom EuGH kreierten Staatshaftung wegen unzutreffender Richtlinienumsetzung auf.⁸ Über diesen Lösungsweg würde die wirtschaftliche Belastung letztlich auf die Steuerzahler überwältigt. Nach Auffassung des EuGH greift die Schadensersatzpflicht des Staates unter anderem ein, sofern ein qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vorliegt. Das mit der Staatshaftungsklage befasste nationale Gericht hat diesbezüglich sämtliche Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen. Hierzu zählen das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten (Richtlinien)Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums sowie das offenkundige Verkennen einschlägiger Judikatur des EuGH⁹. Angesichts der umfassenden Ausführungen des Generalanwalts *Trstenjak* in seinen Schlussanträgen vom 15.11.2007 sowie der eingehenden Analyse des Gerichtshofs unter Einbeziehung der Entstehungsgeschichte der Richtlinie, ihrer Systematik sowie insbesondere Ziel- und Zwecksetzung, erscheint es jedenfalls nur schwer vertretbar, Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als überaus klar und präzise Vorschrift einzustufen. Gleichermaßen wird man der deutschen Legislative allenfalls einen fahrlässigen Rechtsirrtum vorwerfen können. Sofern mithin der *VIII. Zivilsenat* eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB ablehnen sollte, dürfte eine europarechtlich fundierte Staatshaftung, über die aus nationalem Blickwinkel letztinstanzlich wiederum der BGH zu befinden hat, eher fernliegend sein.

Ungeachtet davon, welchen Weg die Revisionsinstanz einschlägt, bleibt der deutsche Gesetzgeber aufgefordert, § 439 Abs. 4 BGB nachzubessern, da allein hierdurch den Geboten der Rechtsklarheit und -sicherheit sowie der effektiven Richtlinienumsetzung hinreichend Rechnung getragen wird. Der Ausschluss eines Wertersatzes ist dabei gemeinschaftsrechtlich lediglich im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgeschrieben. Die Legislative kann sich daher für eine gesplittete Lösung entscheiden, indem allein Verbraucher gegenüber Unternehmern privilegiert würden. Hingegen vermag es aus dem Blickwinkel des Sekundärrechts etwa für reine Privatgeschäfte bei dem Regelungsgehalt des § 439 Abs. 4 BGB verbleiben.

Prof. Dr. Ansgar Staudinger, Bielefeld

⁸ Zum Nachfolgenden *Staudinger* (Fn. 5), S. 11 ff. (27 ff.).

⁹ EuGH NJW 2003, 3539 (3541 Rn. 56).

Redaktionelle Urteilsanmerkung

Erlöschen des Verbraucher-Widerrufsrechts beim Haustürgeschäft nach beiderseits vollständiger Leistungserbringung europarechtskonform

Vorlagefragen:

1. Lassen sich Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie über Haustürgeschäfte dahin gehend auslegen, dass der nationale Gesetzgeber nicht daran gehindert ist, das nach Art. 5 der Richtlinie eingeräumte Recht, zurückzutreten, trotz fehlerhafter Belehrung des Verbrauchers dadurch zeitlich zu begrenzen, dass es einen Monat nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistungen aus dem Vertrag erlischt?

Falls der Gerichtshof die erste Vorlagefrage verneint:

2. Ist die Richtlinie über Haustürgeschäfte dahin gehend auszulegen, dass das Recht, zurückzutreten, vom Verbraucher – insbesondere nach Abwicklung des Vertrags – nicht verwirkt werden kann, wenn er nicht nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie belehrt wurde?

Tenor:

Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass der nationale Gesetzgeber für den Fall einer fehlerhaften Belehrung des Verbrauchers über die Modalitäten der Ausübung des mit Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie eingeführten Widerrufsrechts vorsehen kann, dass dieses Recht nicht später als einen Monat nach vollständiger Erbringung der Leistungen aus einem langfristigen Darlehensvertrag durch die Vertragsparteien ausgeübt werden kann.

HWiG § 2 Abs. 1 S. 4; Haustürgeschäfte-RL Art. 4 Abs. 3

*EuGH, Urt. v. 10.4.2008 – Rs. C-412/06 (Hamilton)*¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Die Entscheidung aus dem europäischen Verbraucherprivatrecht betrifft die Vereinbarkeit des angeglichenen deutschen Rechts der Haustürgeschäfte mit der europäischen Haustürgeschäfte-RL². Als eine der ersten gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutz-Richtlinien sieht die Haustürgeschäfte-RL in Art. 5 vor allem ein Recht des Verbrauchers zum Widerruf von Verträgen vor, die in bestimmten, die Gefahr der Überumpelung bergenden Situationen geschlossen wurden. Nach Art. 249 Abs. 3 EGV binden gemeinschaftsrechtliche Richtli-

nien die Mitgliedstaaten nur hinsichtlich der Ziele der Richtlinie, entfalten dort aber grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung, sondern bedürfen der Umsetzung ins nationale Recht. Damit wird der nationale Gesetzgeber vor die nicht immer im ersten Anlauf bewältigte Herausforderung gestellt, den Vorgaben der Richtlinie gerecht zu werden. Bei Zweifeln am richtigen Verständnis der Richtlinie kann bzw. muss³ ein nationales Gericht nach Art. 234 EGV die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen, soweit die Auslegung für den anhängigen Rechtsstreit erheblich ist.

2. Bereits mehrfach hatte der EuGH in sog. „Schrottimmobiliën“-Fällen, in denen Verbraucher im Wert weit überschätzte Immobilien bzw. Immobilienfonds-Anteile kreditfinanziert erwarben, über die Vereinbarkeit des deutschen Haustürgeschäfte-Rechts (heute in den §§ 312, 312a, 312f, 355 ff. BGB und früher im HWiG⁴ geregelt) mit der europäischen Haustürgeschäfte-RL zu entscheiden. Namentlich hatte der EuGH in der Heiningen-Entscheidung⁵ eine *ab Vertragsschluss* laufende Befristung des Widerrufsrechts, wie sie § 355 Abs 3 S. 1 BGB bzw. der frühere § 7 Abs. 2 S. 3 VerbrKrG⁶ enthält, für den Fall unterlassener Belehrung für richtlinienwidrig erachtet. Daraufhin schuf der deutsche Gesetzgeber durch das OLGVertrÄndG⁷ die Regelung des § 355 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 BGB, mit der bei Belehrungsfehlern die Befristung des Widerrufsrechts nach S. 1 entfällt. Im vorliegenden Verfahren war nun aufgrund eines Vorlagebeschlusses des OLG Stuttgart⁸ zu klären, ob die Haustürgeschäfte-RL eine mit der

³ Letztinstanzlich entscheidende nationale Gerichte sind nach Art. 234 Abs. 3 EGV zur Vorlage verpflichtet.

⁴ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16.1.1986 (BGBl. I 1986, S. 122) (HWiG).

⁵ EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99 (Heiningen), NJW 2002, 281, wo darüber hinaus die Anwendbarkeit der HWi-RL auf Realkreditverträge bejaht wird; vgl. ferner zu den Folgen des Widerrufs des ausschließlich zum Zwecke der Finanzierung einer „Schrottimmobiliën“ geschlossenen Darlehensvertrages EuGH, Urt. v. 25.10.2005, Rs. C-350/03 (Schulte), NJW 2005, 3551 und EuGH, Urt. v. 25.10.2005, Rs. C-229/04 (Crailsheimer Volksbank), NJW 2005, 3555, dazu *Habersack*, JZ 2006, 91; *Häublein*, NJW 2006, 1553; vgl. ferner den aktuellen Vorlagebeschluss des *II. Senats* des BGH v. 5.5.2008 – II ZR 292/06 (www.bundesgerichtshof.de, abrufbar am 20.5.2008) zur Frage, ob der haustürrechtliche Widerruf eines Gesellschaftsbeitritts nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft als bloße ex nunc wirkende Kündigung behandelt werden darf, obwohl dies dazu führt, dass der widerrufende Verbraucher als (zunächst) wirksam beigetretener Gesellschafter mit allen daraus folgenden Rechten und Pflichten bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufs angesehen wird.

⁶ Verbraucherkreditgesetz vom 17.12.1990, BGBl. I 1990, S. 2840 (VerbrKrG).

⁷ Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten vom 23.7.2002 (BGBl. I 2002, S. 2850).

⁸ OLG Stuttgart NJW 2007, 379, Beschluss abrufbar unter: <http://www.juris.de/jportal/portal/t/ky8/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=KORE209362006%3Ajuris-r00&showdoccase>

¹ BB 2008, 967 m. Anm. *Edelmann*; Urteil abrufbar unter http://www.juris.de/jportal/portal/t/kpa/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=6&fromdoctodoc=yes&doc.id=JURE080006205%3Ajuris01&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint (verfügbar am 20.5.2008).

² Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABLEG 1985, L 372/31.

beiderseitigen vollständigen Erbringung der vertraglichen Leistungen in Gang kommende Frist für den Widerruf erlaubt. Eine solche einmonatige Frist war in § 2 Abs. 1 S. 4 HWiG enthalten. Im aktuell geltenden deutschen Recht fehlt sie allerdings⁹, so dass die Entscheidung des EuGH nur noch für Altfälle unmittelbar bedeutsam ist.

3. Im Streitfall hatte Frau Hamilton Anfang der 90er Jahre in einer Haustürsituation einen Darlehensvertrag mit einer Bank unterzeichnet, um den Erwerb von Anteilen an einem Immobilienfonds zu finanzieren. Die im Darlehensvertrag enthaltene Widerrufsbelehrung war nach Ansicht des OLG Stuttgart fehlerhaft. Nachdem die den Immobilienfonds verwaltende Gesellschaft im Jahre 1997 Konkurs (heute: Insolvenz) anmelden musste und sich daraufhin die monatlichen Ausschüttungen des Fonds verringerten, mit denen ein maßgeblicher Teil der aus dem Darlehensvertrag geschuldeten Zinsen getilgt werden sollten, entschloss sich Frau Hamilton zur Umschuldung. Durch Aufnahme eines anderen Darlehens bei einer Bausparkasse gelang es ihr Ende April 1998, das ursprüngliche Darlehen vollständig zurückzuzahlen. Im Jahre 2002 widerrief Frau Hamilton den ursprünglichen Darlehensvertrag und erhob im Dezember 2004 Klage gegen die Bank auf Rückzahlung der Zinsen und der zur Tilgung geleisteten Beträge sowie auf Ersatz für die an die Bausparkasse gezahlten Zinsen.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der EuGH betont zunächst, dass die fehlerhafte Belehrung über die Ausübung des Widerrufsrechts der unterbliebenen Belehrung gleichzustellen sei, da beide den Verbraucher gleichermaßen im Hinblick auf sein Widerrufsrecht irreführten. Der Gerichtshof hält jedoch die in § 2 Abs. 1 S. 4 HWiG bei Belehrungsfehlern eingreifende Befristung des Widerrufs entgegen der Schlussanträge des Generalanwalts¹⁰ für vereinbar mit Art. 4 Abs. 3 Haustürgeschäfte-RL, wonach die Mitgliedstaaten dafür sorgen müssen, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen vorsehen, wenn die Wi-

derrufsbelehrung nicht erfolgt. Die Beschränkung auf „geeignete“ Maßnahmen zeigt nach Auffassung des EuGH, dass die Maßnahmen nicht auf einen absoluten Schutz des Verbrauchers abzielen. Grenzen für diesen Schutz entnimmt der EuGH vor allem Art. 5 Haustürgeschäfte-RL, der das Widerrufsrecht regelt. Die Verwendung des Begriffs „Verpflichtung“ in Art. 5 Abs. 1 Haustürgeschäfte-RL, nach dessen Wortlaut der Verbraucher das Recht besitzt, „von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten“, weist darauf hin, dass das Widerrufsrecht nicht ausgeübt werden könne, wenn zum Zeitpunkt seiner Ausübung keinerlei Verpflichtung aus dem widerrufenen Vertrag bestehe. Ähnlich schließt der Gerichtshof aus der Formulierung von Art. 5 Abs. 2 Haustürgeschäfte-RL, der anordnet, dass der Verbraucher infolge des Widerrufs „aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen“ sei, dass ein noch nicht vollständig durchgeführter Vertrag vorausgesetzt werde. Folgerichtig gelangt der EuGH zu dem Ergebnis, dass das nationale Recht ein Erlöschen des Widerrufsrechts bei vollständiger Leistungserbringung anordnen darf.

2. Der doch eher formale Verweis des EuGH auf die Verwendung des Begriffes der „Verpflichtung“ in der Haustürgeschäfte-RL vermag nicht recht zu überzeugen, zumal nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Haustürgeschäfte-RL der Beginn der Widerrufsfrist die Belehrung voraussetzt. Sicherlich ist ein Interesse des Unternehmers, die Bücher irgendwann einmal definitiv zu schließen, anzuerkennen. Jedoch passt der Verwirkungsgedanke bei bloßem Vertragsvollzug schon deshalb nicht ohne weiteres, weil selbst bei einem an sich längerfristig angelegten Darlehensvertrag im Einzelfall die Leistungen bereits recht rasch nach Vertragsschluss ausgetauscht sein mögen. Dabei wird gerade bei einem für den Verbraucher besonders ungünstigen Geschäft der Gedanke an eine Umschuldung naheliegen. Zum anderen erlaubt der beiderseitige Austausch der Leistungen – auch dies zeigt die Umschuldungskonstellation – keine Aussage darüber, wie lange und in welchem Maße der Verbraucher noch an den wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts zu tragen haben wird. Insofern bleibt es nach dem Zweck der Haustürgeschäfte-RL, den Verbraucher vor Überrumpelung zu schützen, problematisch, ihm das Widerrufsrecht aus der Hand zu schlagen, obwohl er darüber nicht ordnungsgemäß oder – auch dann wäre nach der aktuellen Entscheidung eine Verfristung zulässig – überhaupt nicht belehrt wurde. Jedenfalls nach deutschem Zivilrecht widerspricht es auch durchaus nicht per se der Logik allgemeiner Grundsätze, einen bereits vollzogenen Vertrag wieder rückabzuwickeln, wie etwa die Vorschriften über die Anfechtung zeigen. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb das Urteil besser nicht zum Anlass nehmen, eine dem früheren § 2 Abs. 1 S. 4 HWiG entsprechende Regelung wieder einzuführen. Ggf. wäre wenigstens vorzusehen, dass bei verbundenen Verträgen (§§ 358, 359 BGB) – wie vom OLG Stuttgart erwo-gen – für die Verfristung ein Vollzug auch des finanzierten Geschäfts verlangt wird.

3. Weil der EuGH die erste Vorlagefrage bejahte, brauchte er zur zweiten nicht mehr Stellung zu beziehen. Wo die europarechtlichen Grenzen der allgemeinen Verwirkung des Widerrufsrechts liegen, ist damit weiterhin offen. Namentlich

=1&documentnumber=1&numberofresults=1&doc.part=K&doc.price=0.0¶mfromHL=true#focuspoint (verfügbar am 20.5.2008); dazu Häublein, EWiR 2006, 719.

⁹ Mit der Schuldrechtsmodernisierung (BGBl. I 2001, S. 3138) wurde die einmonatige Befristung des Widerrufs ab Vertragsvollzug ersetzt durch die generelle sechsmonatige Befristung ab Vertragsschluss in § 355 Abs. 3 S. 1 BGB, die aber seit der Hinzufügung der Regelung des S. 3 Hs. 1 durch das OLG-VertrÄndG (vgl. Fn. 7) bei Belehrungsmängeln nicht mehr eingreift. Der deutsche OLG-VertrÄnd-Gesetzgeber hatte die Heining-Entscheidung des EuGH (vgl. Fn. 5) übrigens dahin interpretiert, dass die HWiG-RL jede Befristung des Widerrufsrechts verbiete, solange keine ordnungsgemäße Belehrung erfolgt sei, vgl. BT-Drs. 14/9266, S. 33.

¹⁰ Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts *Poiars Maduro* v. 21.11.2007: <http://www.juris.de/jportal/portal/t/127/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=jcr62006C0412%3Acelex03&showdoccase=1&documentnumber=1&numberofresults=1&doc.part=S&doc.price=0.0¶mfromHL=true#focuspoint> (verfügbar am 20.5.2008), dazu Maier, EWiR 2008, 91.

in solchen Altfällen, in denen weder ordnungsgemäß belehrt wurde, noch ein vollständiger beiderseitiger Leistungsaustausch erfolgte, mag diese Frage die Gerichte in Zukunft noch beschäftigen.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

Redaktionelle Urteilsanmerkung**Hengstisches Verhalten des Wallachs „Diokletian“ – Sofortiges Rücktritts- und Minderungsrechts des Käufers bei arglistigem Verschweigen des Mangels**

Der Käufer ist im Regelfall berechtigt, den Kaufpreis sofort – ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung – zu mindern, wenn der Verkäufer ihm einen Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages arglistig verschwiegen hat (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835). In einem solchen Fall ist die für die Beseitigung eines Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage in der Regel auch dann beschädigt, wenn die Mangelbeseitigung durch einen vom Verkäufer zu beauftragenden Dritten vorzunehmen ist (amtlicher Leitsatz).

BGB § 323 Abs. 2 Nr. 3, § 441 Abs. 1 S. 1

BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06 (OLG Hamm, LG Münster)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung ist ein zentrales Problem des Kauf- bzw. allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Verfügt der Verkäufer über das Recht zur zweiten Andienung, wenn er dem Käufer die Ware sehenden Auges mangelhaft übergibt? Zu Grunde lag einmal mehr ein Fall, in dem nicht etwa ein Auto, Computer oder Möbelstück, sondern ein Tier verkauft wurde. Nach Hunden und Katern ging es diesmal wieder um ein Pferd, den Wallach „Diokletian“:

„Die Klägerin kaufte von den Beklagten am 20. November 2002 den 1999 geborenen Wallach Diokletian als Dressurpferd zum Preis von 45.000 €. Mit Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 2. November 2004 beehrte sie Minderung in Höhe von 50% des Kaufpreises mit der Begründung, das Pferd sei mangelhaft, weil es sich um einen (residualen) Kryptorchiden handele, das heißt um ein Pferd, dem bei der Kastration das Hodengewebe nicht vollständig entfernt worden ist. Die Klägerin hat Klage auf Rückzahlung von 22.500 € nebst Zinsen sowie Erstattung vorgegerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 445,90 € nebst Zinsen erhoben. Sie hat vorgetragen, das Pferd zeige aufgrund der unvollständigen Kastration hengstisches Verhalten und sei deshalb als Dressurpferd weniger geeignet als ein Wallach. Den Beklagten sei die hengstische Eigenart des Pferdes bereits vor dem Kauf bekannt gewesen; sie hätten die Klägerin darüber arglistig getäuscht.“

II. Kernaussagen und Würdigung*1. Wesen des Nacherfüllungsanspruchs*

Haftet einem verkauften und dem Käufer übergebenen Gegenstand ein Sachmangel an (§§ 434 Abs. 1 S. 2, 434 BGB),

sieht das Kaufrecht zur Aufrechterhaltung des Vertrags zunächst vor, dass im Zuge der Nacherfüllung vertragsgerechte Verhältnisse herbeigeführt werden. Dies kann nach Maßgabe von § 439 Abs. 1 BGB in Form der Nachlieferung oder Nachbesserung, also der Lieferung einer anderen, der vertraglichen Vereinbarung entsprechenden Sache oder der Reparatur der zunächst übergebenen Ware geschehen. Grundsätzlich erst nach Ablauf einer angemessenen Frist, innerhalb derer der Verkäufer die Nacherfüllung erbringen kann, steht dem Käufer der Weg offen, den Vertrag ganz oder teilweise aufzulösen (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung bzw. der ganzen Leistung). Unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) bedarf es allein des Verstreichens der angemessenen Nacherfüllungsfrist. Dem Käufer obliegt es nicht, eine solche Frist zu setzen.² Das hiermit angesprochene Reglement der Nacherfüllung lässt sich von zwei Seiten betrachten. Aus der Sicht des Käufers handelt es sich um einen modifizierten Erfüllungsanspruch, den Nacherfüllungsanspruch. Für den Verkäufer stellt er sich als ein Recht zur zweiten Andienung dar. In aller Regel korrespondieren die beiden Rechte miteinander: Während der Käufer Nacherfüllung verlangen kann, muss der Verkäufer sich nicht auf die sofortige Auflösung des Vertrags, etwa im Rahmen einer Rückabwicklung in Folge eines ausgeübten Rücktrittsrechts, einlassen. Er hat das Recht, ein zweites Mal einen Erfüllungsversuch zu unternehmen. Wem das gesetzlich vorgesehene Nacherfüllungsprozedere Recht ist, hängt oftmals von den wirtschaftlichen Bedingungen des einzelnen Vertrags ab. Reut es den Käufer, die Ware zu dem Preis gekauft zu haben, kann es ihm gelegen sein, dass ein Mangel auftritt und die Gewährleistungsrechte aktualisiert werden. Hier würde es der Käufer oftmals vorziehen, sofort zurückzutreten und dem Verkäufer nicht noch die Nacherfüllung ermöglichen zu müssen. Hatte der Käufer hingegen einen wirtschaftlich günstigen Vertrag geschlossen, so wird er ein vitales Interesse daran haben, dass ihm die preiswert erworbene Sache auch mangelfrei zur Verfügung gestellt wird, wohingegen der Verkäufer unter diesen Bedingungen im Zweifel nichts gegen die sofortige Vertragsauflösung einzuwenden hätte. Es verbietet sich daher, die Nacherfüllung kategorisch dem Interesse einer der beiden Parteien des Kaufvertrags zuzuordnen.

2. Unterschiedliche Entwicklung von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung

Stehen sich daher regelmäßig Anspruch des Käufers und Recht des Verkäufers gegenüber und hängt es eher von wirtschaftlichen Gegebenheiten ab, wem an der Durchführung der Nacherfüllung gelegen ist, gibt es Konstellationen, in denen dieser rechtliche Gleichklang aufgelöst wird. Die vorliegende Entscheidung handelt von einem solchen Fall. Der Verkäufer kannte vor Abschluss des Kaufvertrags den Mangel der Sache, entschied sich aber trotzdem dafür, die vertragliche Bindung einzugehen und den Gegenstand zur Erfüllung zu übereignen. Hierin ist, wie der VIII. Zivilsenat in Übereinstimmung mit dem V. Zivilsenat in aller Deutlichkeit feststellt, ein

¹ <http://www.bundesgerichtshof.de> (abrufbar am 19.5.2008); NJW 2008, 1371 m. krit. Bspr. *Gutzeit*, NJW 2008, 1359.

² Dies übersieht offenbar *Gutzeit*, NJW 2008, 1359.

Verhalten zu sehen, durch das der Verkäufer sein Recht zur zweiten Andienung verwirkt:

„Der Bundesgerichtshof hat – nach Erlass des Berufungsurteils – entschieden, dass ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrages rechtfertigendes Interesse des Käufers (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) im Regelfall anzunehmen ist, wenn der Verkäufer dem Käufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Bei einer vom Verkäufer beim Abschluss eines Kaufvertrages begangenen Täuschungshandlung ist in der Regel die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt; dies gilt insbesondere, aber nicht nur, wenn die Nacherfüllung durch den Verkäufer selbst oder unter dessen Anleitung im Wege der Mängelbeseitigung erfolgen soll. In solchen Fällen hat der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen. Dem stehen regelmäßig keine maßgebenden Interessen des Verkäufers gegenüber. Denn die Chance zur nachträglichen Fehlerbeseitigung, die dem Verkäufer mit dem Vorrang der Nacherfüllung gegeben werden soll, verdient dieser nur dann, wenn ihm der Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages nicht bekannt war. Kannte er ihn dagegen, so kann er ihn vor Abschluss des Vertrages beseitigen und die Sache in einem vertragsgemäßen Zustand leisten. Entschließt sich der Verkäufer, den ihm bekannten Mangel nicht zu beseitigen und die Sache in einem vertragswidrigen Zustand zu veräußern, so besteht keine Veranlassung, ihm nach Entdeckung des Mangels durch den Käufer eine zweite Chance zu gewähren. Der so handelnde Verkäufer verdient keinen Schutz vor den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteilen (BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835, unter II 3 b bb)“.³

Um es ganz deutlich zu machen: Der Nacherfüllungsanspruch ist in einer solchen Situation nicht etwa untergegangen oder erst gar nicht entstanden, wie es z.B. bei Kenntnis des Käufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach Maßgabe von § 442 BGB der Fall ist. In der vorliegenden Konstellation kommt es vielmehr zu einem Auseinanderfallen von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung. Kannte der Verkäufer bei Vertragsabschluss den Mangel, so hat der Käufer die Wahl, Nacherfüllung zu verlangen oder sofort von den den Vertrag ganz oder teilweise auflösenden Rechten Gebrauch zu machen. Sitz der Materie ist § 323 Abs. 2 Nr. 3 bzw. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Der Verkäufer kann auf der anderen Seite nicht darauf verweisen, erst einmal nacherfüllen zu wollen. Er muss sich ohne wenn und aber auf die sofortige Rückabwicklung des Vertrags einlassen, wenn der Käufer dies wünscht.⁴ Der VIII. verdient ebenso wie der V. *Zivilsenat* des BGH uneingeschränkte Zustimmung.

3. Weitere Fälle des fehlenden Gleichklangs:

Neben diesen von zwei *Senaten* des BGH entschiedenen Fällen gibt es weitere Konstellationen, in denen Nacherfüllungs-

anspruch des Käufers und Recht zur zweiten Andienung nicht miteinander korrelieren. *Florian Faust*⁵ hat sie am Anfang seiner Kommentierung zu § 439 BGB zusammengefasst: Zu nennen ist einmal der Fall, dass die Nacherfüllung einen Aufwand erfordert, der unverhältnismäßig im Sinne des § 275 Abs. 2 BGB ist. Hier kann der Verkäufer zwar trotzdem nacherfüllen, behält also sein Recht zur zweiten Andienung, steht dem Käufer aber ein solcher Anspruch nicht zu. Schließlich behält der Käufer seinen Nacherfüllungsanspruch, während der Verkäufer das Recht zur zweiten Andienung verliert, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung zu Unrecht verweigert, sie dem Käufer unzumutbar ist oder die Nacherfüllung fehlschlägt.

III. Ausbildungsrelevanz

Probleme des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs genießen in allen Phasen des Studiums enorme Prüfungsrelevanz. Sowohl in der kleinen Übung als auch im schriftlichen und mündlichen Teil der Staatsprüfung drängen sich die durch die Schuldrechtsmodernisierung neu entstandenen und den BGH beschäftigenden Probleme des Nacherfüllungsanspruchs geradezu als Prüfungsstoff auf. Daher sollte man sich unbedingt merken, dass der Käufer sofort vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern kann, wenn der Verkäufer den Mangel der Sache im Zeitpunkt der Übergabe kannte. Dies hindert den Käufer aber nicht daran, von der unmittelbaren vollständigen oder teilweisen Vertragsauflösung abzusehen und gleichwohl den Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen.

Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/München

³ Vgl. Rn. 17 der Gründe des vorliegenden Urteils.

⁴ Der resolute Ton der Entscheidung ist entgegen *Gutzeit*, NJW 2008, 1359, zu begrüßen.

⁵ In: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 439 Rn. 2.

Redaktionelle Urteilsanmerkung

Verdeckte gemischte Sacheinlage im Fall einer „übertragenden Sanierung“

Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage (hier speziell einer Sachkapitalerhöhung) gelten auch dann, wenn sich eine insolvente KG mit einem Bareinlagebetrag an einer (Auffang-)AG beteiligt und in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dieser Beteiligung die AG die Aktiva und Passiva der KG übernimmt. Diese Grundsätze werden nicht dadurch verdrängt, dass ein Nachgründungsverfahren nach § 52 AktG durchgeführt worden ist (redaktioneller Leitsatz).

AktG §§ 52, 183

BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 (OLG Koblenz) - („Rheinmöve“)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Das Urteil betrifft ein Kernthema des Kapitalgesellschaftsrechts: die Reichweite der Grundsätze über verdeckte Sacheinlagen bzw. hier über eine verdeckte Sachkapitalerhöhung. Der BGH entscheidet (wie schon vorher in der „Lurgi“-Entscheidung²), dass die Regeln über Sachkapitalerhöhung (§ 183 AktG) nicht umgangen werden dürfen, indem eine Bareinlage eingezahlt wird, die AG aber im Gegenzug Verbindlichkeiten des Inferenten übernimmt. Der Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Austauschgeschäfts stehe nicht entgegen, dass ein Nachgründungsverfahren nach § 52 AktG, insbesondere eine Nachgründungsprüfung durchgeführt wurde.

2. Der vom BGH entschiedene Fall („Rheinmöve“) betrifft eine so genannte „übertragende Sanierung“, bei der eine insolvente Gesellschaft – hier eine den Möbelhandel betreibende GmbH & Co. KG – ihr Anlagevermögen an eine Auffanggesellschaft – hier eine AG, die zunächst als Vorratsgesellschaft fungierte – überträgt und sich an dieser Auffanggesellschaft beteiligt. Die KG zeichnete (gemeinsam mit dem Geschäftsführer ihrer Komplementär-GmbH) einen großen Teil der Aktien der AG im Rahmen einer am 14.8.2000 beschlossenen Barkapitalerhöhung und zweier weiterer Kapitalerhöhungen im Jahr 2001. Ab Mitte August 2000 übernahm die AG faktisch den Betrieb der KG. Am 22.12.2000 schlossen KG und AG einen Unternehmenskaufvertrag, nach dem die KG ihr Anlagevermögen rückwirkend zum 15.8.2000 zu einem symbolischen Preis an die AG übertrug und die AG Verbindlichkeiten der KG übernahm. Dieser Kaufvertrag wurde von den Beteiligten als ein Nachgründungsgeschäft nach § 52 AktG behandelt. Nach Eröffnung des Insolvenzver-

fahrens über das Vermögen der (Auffang-)AG klagt deren Insolvenzverwalter aus Bereicherung, weil der Unternehmenskaufvertrag unwirksam sei, sowie auf Schadensersatz.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Der BGH wendet sich gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts, das den Unternehmenskaufvertrag noch für wirksam gehalten hatte. Der Unternehmenskaufvertrag sei im Zeitpunkt der Barkapitalerhöhung „vor-abgesprochen“³ gewesen und bilde wirtschaftlich betrachtet mit der Barzeichnung einen „wirtschaftlich zusammengehörigen“⁴ Vorgang. Im wirtschaftlichen Ergebnis sei von der KG eine (verdeckte) Sacheinlage geleistet worden und es hätten daher die Regeln über eine Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen nicht unterlaufen werden dürfen. Diese Grundsätze einer verdeckten Sachkapitalerhöhung würden nicht durch die Vorschriften über die Nachgründung nach §§ 52 f. AktG verdrängt, weil insbesondere eine Nachgründungsprüfung (§ 52 Abs. 3, 4 AktG) nicht die Beachtung der für Kapitalerhöhung und Einlageleistung geltenden Regelungen bezwecke, sondern einen Schutz vor Umgehung der nach § 27 AktG bei der Sachgründung zu beachtenden Vorschriften durch nachfolgend innerhalb von 2 Jahren abgeschlossene Austauschgeschäfte.⁵ Ein Einlagenrückfluss müsse nicht ausdrücklich vereinbart werden, vielmehr genüge die Verabredung einer Übernahme der Passiva als ein auf den Einlagenrückfluss hinauslaufendes Gegengeschäft.⁶

2. Dass die Höhe der übernommenen Passiva die gezahlte Bareinlage weit überschreite, stehe der Annahme einer verdeckten Sachkapitalerhöhung nicht entgegen. Denn es handle sich um eine gemischte verdeckte Sacheinlage, bei welcher der Wert der Sachleistung (das Unternehmen der KG) höher sei als die Einlagepflicht und anderweitig (hier durch Schuldübernahme) von der AG vergütet werde. Der Unternehmenskaufvertrag sei als unteilbares Rechtsgeschäft daher insgesamt unwirksam nach § 183 Abs. 2 S. 1 AktG. Auf erneute Einzahlung des Ausgabebetrags der von der KG gezeichneten Aktien gemäß § 183 Abs. 2 S. 3 AktG hatte der Insolvenzverwalter jedenfalls in der Hauptsache nicht geklagt. Auf den Kondiktionsanspruch der AG wegen rechtsgrundloser Schuldübernahme finde die Saldotheorie Anwendung, so dass insbesondere Ansprüche auf Herausgabe, Wert- und Nutzungersatz hinsichtlich der von der KG übertragenen Aktiva in Abzug zu bringen seien.

III. Würdigung

1. An Aktualität ist das Thema „verdeckte Sacheinlage“ im Aktien- und GmbH-Recht derzeit kaum zu überbieten. In dem Urteil bestätigt der BGH im Wesentlichen die seit langem anerkannten Grundsätze über die verdeckte und über die gemischte Sacheinlage, die hier kombiniert angewendet wer-

¹ Das Urteil konnte am 20.5.2008 unter www.bundesgerichtshof.de und unter www.juris.de abgerufen werden und ist für eine Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHZ vorgesehen.

² Vgl. BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06, ZIP 2007, 1751 (Lurgi); siehe hierzu den Besprechungsaufsatz von *Haber-sack*, ZGR 2008, 48.

³ BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06, Rn. 10, vgl. auch Rn. 13.

⁴ BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06, Rn. 10, vgl. auch Rn. 13.

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06, Rn. 11.

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06, Rn. 13.

den mussten. Diese Grundsätze verhindern, dass die Publizitäts- und Bewertungsregelungen für Sacheinlagen bzw. Sachkapitalerhöhungen umgangen werden, und dienen damit der realen Kapitalaufbringung. Schwierigkeiten bereitete aber die Feststellung einer verdeckten Sacheinlage, wie auch eine ganze Reihe neuerer Urteile des BGH zeigt. Für das Erfordernis einer Abrede zwischen Aktionär und AG über die Sacheinlage lässt der BGH eine „Vor-Absprache“ über den Unternehmenskauf genügen. Anders als in den häufigeren Fällen des Hin- und Herzählens handelte es sich in dem zugrundeliegenden Fall wie auch bei den ähnlichen Urteilen „Lurgi“⁷ und BGHZ 170, 47 um Konstellationen eines „Hinzählens“ einerseits und eines „Herübernehmens“ von Schulden des Inferenten andererseits. Dies rechtfertigt aber keine abweichende Behandlung. Wirtschaftlich gesehen war der eingezahlte Barbetrag Teil des Umlaufvermögens der KG, das gemeinsam mit dem Anlagevermögen und den Passiva der KG insgesamt in die AG eingebracht werden sollte. Faktisch war mithin nicht der Barbetrag, sondern das Unternehmen der KG Gegenstand der Einlagepflicht und in Erfüllung dieser Pflicht musste die Gesamtheit der das Unternehmen bildenden Sachen und Rechte übertragen werden. Daher mussten die Regeln über eine Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen eingehalten werden, und zwar – darin ist dem BGH zu folgen – wegen der Unteilbarkeit des Unternehmens hinsichtlich des gesamten Unternehmenskaufvertrages.⁸

2. Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt auf der vom BGH allerdings nur kurz angeschnittenen Frage einer Abgrenzung der verdeckten Sacheinlage von einem Nachgründungsgeschäft. Seine bereits in BGHZ 110, 47 (52 ff.) geäußerte, inzwischen ganz überwiegend anerkannte Auffassung, dass die Nachgründungsvorschriften nicht abschließend seien und die Lehre von der verdeckten Sacheinlage nicht verdrängten, entwickelt der BGH nun weiter. Sogar die *tatsächliche Durchführung eines Nachgründungsverfahrens* soll nichts an der Anwendung der Sacheinlage- bzw. Sachkapitalerhöhungsvorschriften ändern. In der Tat ersetzt insbesondere die Nachgründungsprüfung nicht die Einhaltung dieser Vorschriften. Allerdings sind die Unterschiede nicht so gravierend, dass stets die als schwerwiegend empfundene Rechtsfolge einer fortdauernden Verpflichtung des Aktionärs gerechtfertigt wäre, den Ausgabebetrag der Aktien möglicherweise nach geraumer Zeit noch einmal vollständig einzuzahlen (vgl. §§ 27 Abs. 3 S. 3, 183 Abs. 2 S. 3 AktG). Immerhin dürfte der Unternehmenswert im Rahmen der Nachgründung in gewissen Grenzen nach §§ 52 Abs. 4 S. 2, 34 Abs. 1, 2 AktG überprüft worden sein. Ferner ist der Nachgründungsbericht nach §§ 52 Abs. 4 S. 2, 34 Abs. 3 S. 2 AktG bei Gericht für jedermann einsehbar, so dass im Hinblick auf den Schutz von Minderheitsaktionären und Gesellschaftsgläubigern eine Annäherung an die Satzungspublizität erreicht wird. Man hätte daher die Möglichkeit einer Heilung durch ein

ordnungsgemäß durchgeführtes Nachgründungsverfahren erwägen können, was von vielen für eine Gesetzesreform befürwortet wird, oder zumindest wäre eine Beschränkung der Haftung in Betracht zu ziehen gewesen.⁹ Im entschiedenen Fall war freilich die vollständige Zahlung des Ausgabebetrag gar nicht (primär) eingeklagt, weil sich der Aktionär (die KG) selbst in Insolvenz befand und weil die AG mit einer Klage aus §§ 812 ff. BGB von dem Privileg profitieren wollte, dass in der Insolvenz der KG eine Pflicht zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse als sonstige Masseverbindlichkeit nach §§ 53, 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO vorweg berichtet wird.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Mainz

⁷ BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06, ZIP 2007, 1751.

⁸ Zu den Grundsätzen über eine gemischte Sacheinlage als einer Kombination aus Sacheinlage und Sachübernahme siehe näher *Habersack*, ZGR 2008, 48 (51 ff.).

⁹ Vgl. z.B. *Hüffer*, AktG, Kommentar, 8. Aufl. 2008, § 27 Rn. 9a, 31 mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes de lege lata et ferenda. Eine Differenzhaftung wie in § 9 GmbHG soll nach dem MoMiG-Entwurf eingeführt werden.

Redaktionelle Urteilsanmerkung

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

2. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Die Maßnahme kann schon dann gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für das überragend wichtige Rechtsgut hinweisen.

3. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Das Gesetz, das zu einem solchen Eingriff ermächtigt, muss Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.

4. Soweit eine Ermächtigung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen.

5. Verschafft der Staat sich Kenntnis von Inhalten der Internetkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin nur dann ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, wenn die staatliche Stelle nicht durch Kommunikationsbeteiligte zur Kenntnisnahme autorisiert ist. Nimmt der Staat im Internet öffentlich zugängliche Kommunikationsinhalte wahr oder beteiligt er sich an öffentlich zugänglichen Kommunikationsvorgängen, greift er grundsätzlich nicht in Grundrechte ein (amtliche Leitsätze).

GG Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1, 10; VSG § 5 Abs. 2 Nr. 11

BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07

I. Problemstellung

Die Kriminalstrafe ist das äußerste Mittel, das ein freiheitlich verfasster Staat gegen seine Bürger einzusetzen befugt ist. Sie darf – richtigerweise – nur zur Verteidigung der für das friedliche Zusammenleben unabdingbaren Normen eingesetzt werden, deren gesellschaftliche Akzeptanz bereits durch den Verdacht eines strafbaren Verhaltens Schaden zu nehmen droht. Soweit im Strafverfahren das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) gilt, sind Staatsanwaltschaft und Polizei deshalb schon bei Vorliegen eines Anfangsverdachts verpflichtet, den Sach-

verhalt zu erforschen. Die Mittel, derer sie sich zu diesem Zweck bedienen dürfen, müssen – ebenso wie die Verhängung der Strafe bei rechtskräftig festgestellter Schuld – aus zweierlei Gründen in einem angemessenen Verhältnis zum mutmaßlichen Normbruch stehen:

Zunächst muss dem Staat um der Funktionalität des Strafrechts willen daran gelegen sein, Übertreibungen zu vermeiden. Wird schon bei dem Verdacht einer nur verhältnismäßig geringfügigen Straftat das praktisch zur Verfügung stehende Ermittlungsarsenal vollständig ausgeschöpft, kann dies dem – schon mit der Verdachtsklärung verfolgten – Ziel der Bestätigung der Normgeltung abträglich sein. Wer im sprichwörtlichen Sinne mit Kanonen auf Spatzen schießt, macht sich bestenfalls lächerlich. Schlimmstenfalls erweckt er den falschen Eindruck, sich nicht nur Spatzen erwehren zu müssen; die Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Normanerkennung kann dann durch die staatliche Reaktion auf den Verdacht sogar verstärkt statt kompensiert werden.

Darüber hinaus müssen die bei der Strafverfolgung eingesetzten Mittel auch in Ansehung verfassungsrechtlich verbürgter Freiheitsgewährungen angemessen sein. Das Strafverfahrensrecht gilt als Seismograph der Staatsverfassung. In einem Rechtsstaat kann es deshalb keine Strafverfolgung um jeden Preis geben – selbst wenn diese im Einzelfall funktional wäre. In Zeiten terroristischer Bedrohung ist die damit vom Strafverfahrensrecht zu gewährleistende Balance zwischen individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit besonders gefährdet. Die Versuchung, alle technisch möglichen Eingriffsbefugnisse in den Dienst der Strafverfolgung zu stellen, ist angesichts der Herausforderungen, vor die sich die Gesellschaft gestellt sieht, verführerisch. Die sog. Online-Durchsuchung gilt angesichts der Bedrohungen durch den islamistischen Terrorismus in der Praxis als unverzichtbares Instrument nicht nur der präventiven Abwehr terroristischer Straftaten, sondern auch der repressiven Strafverfolgung in diesem Bereich.

Der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs sah sich in der Vergangenheit mehrfach mit Anträgen des Generalbundesanwalts konfrontiert, die heimliche Durchsuchung des Computers eines Beschuldigten anzuordnen. Dabei sollte dem Beschuldigten ein hierfür eigens konzipiertes Computerprogramm zugespielt werden, das die auf den Speichermedien des Computers abgelegten Dateien ohne Wissen kopieren und zum Zwecke der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden übertragen sollte.¹ Die heimliche Durchsuchung des Computers ist vom Ermittlungsrichter des BGH in der Vergangenheit mindestens in einem Fall – allerdings mit der Auflage des einmaligen Zugriffs auf den Computer – genehmigt worden.² In einem anderen Fall wurde ein entsprechender Antrag unter Hinweis auf eine fehlende Ermächtigungsgrundlage abgelehnt.³ Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Generalbundesanwalts blieb erfolglos. Der 3. Strafsenat hat in seinem auf die Beschwerde hin ergangenen Beschluss vom 31. Januar 2007

¹ BGHSt 51, 211.

² BGH – Ermittlungsrichter – StV 2007, 60, mit ablehnender Anmerkung *Beulke/Meininghaus*.

³ Vgl. BGHSt 51, 211.

klargestellt, dass eine verdeckte Online-Durchsuchung nicht auf § 102 i.V.m. § 110 StPO gestützt werden kann. Wie sich insbesondere aus den Regelungen der §§ 105 Abs. 2 S. 1, 106 Abs. 1 und § 107 Abs. 1 StPO ergebe,⁴ ermächtigt die Strafprozessordnung nur zu einer offen durchgeführten Durchsuchung.⁵

Für die Rechtspraxis ist auf der Grundlage des geltenden Rechts damit davon auszugehen, dass ein heimlicher Zugriff auf Computersysteme zum Zwecke der Strafverfolgung mangels gesetzlicher Befugnisnorm unzulässig ist. Die am 27. Februar 2008 ergangene Entscheidung des *Ersten Senats* des BVerfG betrifft die Frage, ob und ggf. in welchen Grenzen der Gesetzgeber von Verfassung wegen zu entsprechenden Maßnahmen ermächtigen darf. Sie war mit Spannung erwartet worden, weil Bundesinnenminister *Schäuble* den Beschluss des 3. *Strafsenats* zum Anlass genommen hatte, eine in der Großen Koalition umstrittene Rechtsgrundlage für den verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme einzufordern.⁶ Die Entscheidung des *Ersten Senats* steckt insoweit den gesetzgeberischen Handlungsspielraum ab. Sie setzt sich – bedingt durch den Gegenstand der Entscheidung – allerdings primär mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen der Staat zur Verhütung künftiger Straftaten, also zum Zwecke der Gefahrenabwehr, heimlich auf informationstechnische Systeme zugreifen darf.

II. Kernaussagen

Der Entscheidung lagen zwei Verfassungsbeschwerden gegen 2006 eingefügte oder geänderte Vorschriften des Verfassungsschutzgesetzes NRW⁷ (im Folgenden: VSG) zugrunde.⁸ Sie enthielten Ermächtigungen zum heimlichen Beobachten und sonstigen Aufklären des Internet (§ 5 Abs. 2 Nr. 11 S. 1 Alt. 1 VSG) sowie zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme (Alt. 2). Unter einem heimlichen Aufklären im Sinne der 1. Alt. ist die Kenntnisnahme der Internetkommunikation auf dem technisch vorgesehenen Wege zu verstehen.⁹ Die Vorschrift ermächtigte folglich dazu, allgemein zugängliche Kommunikationsinhalte, z.B. von Internetseiten, Chats, Auktionen und Tauschbörsen, zu erlangen. Darüber hinaus rechtfertigte sie die Kenntnisnahme Zugangsgeschützter Infor-

mationen, soweit diese – technisch ordnungsgemäß – unter Verwendung des jeweils gültigen Passwortes erfolgt.¹⁰ Der heimliche Zugriff auf ein informationstechnisches System im Sinne der 2. Alt. bezeichnet dagegen die technische Infiltration des Systems, mit der es möglich ist, dessen Nutzung zu überwachen, Speichermedien durchzusehen und das System fernzusteuern.¹¹

Der *Erste Senat* prüft in seiner Entscheidung zunächst die Verfassungsmäßigkeit der durch § 5 Abs. 2 Nr. 11 S. 1 Alt. 2 VSG eröffneten Befugnis zum heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System. Die Vorschrift verletzt nach seiner Ansicht das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (im Folgenden: APR), Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, in der durch die Entscheidung – erstmals – ausformulierten Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (unten 1.).¹² Im Anschluss daran erörtert er die Verfassungsmäßigkeit des heimlichen Aufklärens des Internet, § 5 Abs. 2 Nr. 11 S. 1 Alt. 1 VSG, und stellt eine Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses aus Art. 10 GG und des Zitiergebots, Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, fest (unten 2.).¹³

1. Der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme

Das vom *Ersten Senat* als neue Ausprägung des APR entwickelte Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist betroffen, wenn eine Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, aufgrund derer im Fall eines staatlichen Zugriffs ein Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit gewonnen werden können. Vom Schutzbereich dieses Grundrechts sind laut Entscheidung des BVerfG insbesondere (privat oder beruflich genutzte) Personalcomputer,¹⁴ aber auch Mobiltelefone oder elektronische Terminkalender erfasst, soweit sie über einen entsprechenden Funktionsumfang verfügen und die Speicherung personenbezogener Daten vielfältiger Art zulassen.¹⁵

a) Abgrenzung zu anderen Grundrechten

Andere grundrechtliche Gewährleistungen, insbesondere das Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG, das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, sowie die als Ausprägungen des APR bereits bekannten Rechte auf Privatheit und informationelle Selbstbestimmung sind nach Einschätzung des *Senats* nicht geeignet, den mit der Informationstechnik entstandenen neuartigen Gefährdungen der Persönlichkeit¹⁶

⁴ BGHSt 51, 211 (213).

⁵ BGHSt 51, 211 (216).

⁶ Vgl. den Artikel „Heimliche Online-Durchsuchung unzulässig“, F.A.Z. vom 6.2.2008, S. 1.

⁷ Die Änderungen gehen auf das Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen vom 20. Dezember 2006 (GVBl. NW, S. 620) zurück.

⁸ Die Darstellung beschränkt sich auf die Vorschriften zur „Online-Durchsuchung“; nicht eingegangen wird auf die sonstigen angegriffenen Vorschriften, bezüglich derer die Beschwerden entweder als unzulässig verworfen wurden, sich mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 11 erledigten oder als unbegründet abgewiesen wurden.

⁹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 4, abrufbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html (27.5.2008).

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 6.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 5.

¹² BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 166.

¹³ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 288.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 203.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 203.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 170.

hinreichend Rechnung zu tragen. Sie beträfen jeweils nur Teilaspekte des Umgangs mit informationstechnischen Systemen und würden deshalb der gestiegenen Bedeutung der Nutzung solcher Systeme für die Persönlichkeitsentfaltung¹⁷ nicht gerecht. So ermögliche das Internet nicht nur den Zugriff auf eine Fülle von Informationen, sondern stelle überdies verschiedene Kommunikationsdienste zum Aufbau und zur Pflege sozialer Kontakte bereit, die herkömmliche Formen der Fernkommunikation in zunehmendem Maße verdrängen.¹⁸ Diese seien mit der teils bewussten, teils durch die Systeme selbsttätig vorgenommenen Erzeugung, Verarbeitung und Speicherung von Daten verbunden, die allesamt im Hinblick auf Verhalten und Eigenschaften des Nutzers ausgewertet werden könnten.¹⁹ Die Erhebung und Auswertung der in Arbeitsspeicher und auf Speichermedien enthaltenen Vielzahl von Daten mit Bezug zu persönlichen Verhältnissen, sozialen Kontakten und ausgeübten Tätigkeiten des Nutzers ermöglichten weitreichende Rückschlüsse auf seine Persönlichkeit bis hin zu einer Profilbildung.²⁰ Dies verlange nach einem umfassenden Schutz der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme.

Das vom BVerfG zu diesem Zweck entwickelte Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme schützt zunächst das Interesse des Nutzers daran, dass die von einem informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben.²¹ Sein Schutzbereich ist nach Ansicht des *Ersten Senats* aber auch betroffen, wenn die Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte infolge eines manipulativen Zugriffs auf das System durch Dritte genutzt werden können.²² Dies gelte auch für Datenerhebungen mit Mitteln, die zwar technisch von den Datenverarbeitungsvorgängen des betroffenen informationstechnischen Systems unabhängig sind, aber diese Datenverarbeitungsvorgänge zum Gegenstand haben. Damit kann auch der Einsatz sog. Hardware-Keylogger oder die Messung der elektromagnetischen Abstrahlung von Bildschirm oder Tastatur einen Eingriff darstellen.²³

b) Schranken

Das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wird als Ausprägung des APR allerdings nicht schrankenlos gewährt. Eingriffe können nach der Entscheidung des *Ersten Senats* sowohl zur präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein.²⁴ Sie bedürfen allerdings – wie auch jeder sonstige Eingriff in Grundrechte – einerseits einer dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit entsprechenden Ermächtigungsgrundlage und sind wegen der besonderen Bedeutung des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität in-

formationstechnischer Systeme andererseits unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur in engen Grenzen zulässig. Die in § 5 Abs. 2 Nr. 11 S. 1 Alt. 2 VSG enthaltene Ermächtigung zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme wird nach Einschätzung des *Ersten Senats* beiden Anforderungen nicht gerecht.²⁵ Von besonderer Bedeutung sind insoweit die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden inhaltlichen Grenzen einer möglichen gesetzlichen Befugnis zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme.

aa) Besondere Gefährdungslage

Bei der Entwicklung dieser Grenzen hat sich der *Senat* insbesondere davon leiten lassen, dass eine staatliche Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen ein beträchtliches Potential für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen aufweist²⁶, weil der Staat Zugang zu einem Datenbestand erhalte, der herkömmliche Informationsquellen an Umfang und Vielfältigkeit bei weitem übertriffe.²⁷ Dies gelte angesichts der gegenwärtigen Nutzungsgewohnheiten solcher Geräte gerade auch für persönliche Daten von gesteigerter Sensibilität, etwa in Form privater Text-, Bild- oder Tondateien.²⁸ Der verfügbare Datenbestand könne detaillierte Informationen über die persönlichen Verhältnisse und die Lebensführung des Betroffenen, die über verschiedene Kommunikationswege geführte private und geschäftliche Korrespondenz oder auch tagebuchartige persönliche Aufzeichnungen umfassen.²⁹

Soweit Daten erhoben würden, die Aufschluss über die Kommunikation des Betroffenen mit Dritten geben, werde die Intensität des Grundrechtseingriffs dadurch weiter erhöht, dass die – auch im Allgemeinwohl liegende – Möglichkeit der Bürger beschränkt werde, an einer unbeobachteten Fernkommunikation teilzunehmen.³⁰ Die Zulässigkeit der Erhebung solcher Daten beeinträchtige infolge der durch sie bedingten Furcht vor Überwachung mittelbar die Freiheit der Bürger, indem sie eine unbefangene Individualkommunikation verhindern könne.³¹ Zudem wiesen solche Datenerhebungen eine das Gewicht des Eingriffs erhöhende – und im Fall der Einbindung in ein Netzwerk sogar nochmals gesteigerte³² – Streubreite auf, weil von ihnen notwendigerweise auch unbeteiligte Dritte erfasst würden.³³ Zugleich könnten die Betroffenen infolge der Heimlichkeit des Eingriffs ihre Interessen nicht wirkungsvoll wahrnehmen.³⁴

Das Gewicht des Eingriffs werde ferner auch dadurch geprägt, dass der Zugriff Gefahren für die Integrität des Zugriffsrechners sowie für Rechtsgüter des Betroffenen oder auch

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 174.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 176.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 178.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 178.

²¹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 204.

²² BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 204.

²³ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 205.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 207.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 208, 218.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 230.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 231.

²⁸ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 231.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 231.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 233.

³¹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 233.

³² BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 235.

³³ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 233.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 238.

Dritter begründe, da durch ihn – unbeabsichtigt oder auch gezielt – Schäden wie Datenverlust verursacht werden könnten.³⁵ Schließlich könne durch die Nutzung unbekannter Sicherheitslücken ein Zielkonflikt zwischen den öffentlichen Interessen an einem erfolgreichen Zugriff und an einer möglichst großen Sicherheit informationstechnischer Systeme entstehen.³⁶ In der Folge bestehe die Gefahr, dass die Ermittlungsbehörde es unterlässt, gegenüber anderen Stellen Maßnahmen zur Schließung solcher Sicherheitslücken anzuregen, oder sogar aktiv darauf hinwirkt, dass die Lücken unerkannt bleiben.³⁷

bb) Konsequenzen für die Zulässigkeit

Der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme kann vor dem Hintergrund dieser Erwägungen nach der Entscheidung des *Ersten Senats* nur unter folgenden Voraussetzungen verhältnismäßig sein: Er müsse erstens zur Abwehr einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut notwendig sein, die Rechte des Betroffenen bedürften zweitens des Schutzes durch Verfahrensvorkehrungen und der Gesetzgeber habe drittens Regelungen zu schaffen, die nach Möglichkeit einen Eingriff in den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit verhinderten.

(1) Konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut

Die erforderliche konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut könne zunächst in einer Bedrohung der Individualrechtsgüter Leib, Leben und Freiheit der Person bestehen. Sie sei aber auch bei einer Gefährdung von Gütern der Allgemeinheit gegeben, wenn dadurch die Grundlagen oder der Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt würden, wie etwa bei einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.³⁸ Nicht erforderlich sei, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintrete.³⁹ Nach Ansicht des *Ersten Senats* reicht es aus, wenn konkrete Tatsachen „den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen“ und über die Identität der beteiligten Personen zumindest so viel bekannt sei, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden könne.⁴⁰

(2) Grundrechtsschutz durch Verfahren

Ergänzend sieht der *Erste Senat* die Notwendigkeit, dass ein zum Eingriff ermächtigendes Gesetz Grundrechtsschutz durch Verfahrensvorschriften gewährleiste, indem die Rücksichtnahme auf die Interessen des Betroffenen durch die vorbeugende Kontrolle einer neutralen Instanz gesichert

werde.⁴¹ Die Maßnahme müsse deshalb unter den Vorbehalt der Anordnung eines Richters oder einer anderen unabhängigen und neutralen Stelle gestellt werden.⁴² Für Eilfälle reiche eine nachträgliche Überprüfung,⁴³ wie sie auch ansonsten bei präventiven oder strafprozessualen Eingriffsmaßnahmen üblich ist.

(3) Schutz des absoluten Kernbereichs

Schließlich betont der *Erste Senat* – wie schon in seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung⁴⁴ –, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung auch durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit nicht gerechtfertigt werden können.⁴⁵ Eine Regelung, die die Befugnis zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme enthalte, müsse deshalb zugleich Sicherungen vorsehen, die etwa einen Zugriff auf tagebuchartige Aufzeichnungen oder private Film- oder Tondokumente verhindern.⁴⁶

Zur Wahrung des absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeit hält der *Erste Senat* ein zweistufiges Schutzkonzept für erforderlich⁴⁷: Die gesetzliche Regelung habe erstens sicherzustellen, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten nach Möglichkeit unterbleibt.⁴⁸ Bei konkreten Anhaltspunkten dafür, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, dürfe der Zugriff deshalb grundsätzlich nicht vorgenommen werden – es sei denn, bestimmte Tatsachen deuteten zugleich darauf hin, dass kernbereichsbezogene Kommunikationsinhalte mit Inhalten verknüpft werden, die dem Ermittlungsziel unterfallen, um eine Überwachung zu verhindern.⁴⁹ Soweit entsprechende konkrete Anhaltspunkte nicht bestünden, sei es verfassungsrechtlich allerdings nicht gefordert, den Zugriff wegen des Risikos einer Kernbereichsverletzung auf der Erhebungsebene von vornherein zu unterlassen.⁵⁰ Wenn sich die Kernbereichsrelevanz daher nicht vor oder bei Datenerhebung klären lasse, müsse der Gesetzgeber zweitens für einen hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase sorgen.⁵¹ Die Daten seien nach Erhebung auf kernbereichsrelevante Informationen durchzusehen und bei Kernbereichsrelevanz unverzüglich zu löschen. Zusätzlich müsse ihre Weitergabe und Verwertung ausgeschlossen werden.⁵²

³⁵ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 239.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 241.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 241.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 242 ff.

³⁹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 242.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 251.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 242, 257 ff.

⁴² BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 259 f.

⁴³ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 261.

⁴⁴ BVerfGE 109, 279 (314 ff.).

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 270 f.

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 272.

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 276, 280.

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 277, 281.

⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 281.

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 279.

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 277, 282 f.

⁵² BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 277, 283.

2. Die heimliche Aufklärung des Internet

Anders als den heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme betrifft die in § 5 Abs. 2 Nr. 11 S. 1 Alt. 1 VSG enthaltene Befugnis zum heimlichen Aufklären des Internet nicht das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Der *Erste Senat* misst diese Befugnis deshalb nicht an dieser Ausprägung des APR,⁵³ sondern vor allem an der Gewährleistung des Telekommunikationsgeheimnisses, Art. 10 Abs. 1 GG, und des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung⁵⁴. Im Ergebnis genügt die Regelung nach Ansicht des Gerichts weder dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG⁵⁵ noch den inhaltlichen Anforderungen des grundrechtlich geschützten Telekommunikationsgeheimnisses aus Art. 10 Abs. 1 GG.

a) Schutzbereich und Eingriff

Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG umfasse in Bezug auf die mit einem an das Internet angeschlossenen informationstechnischen System geführte laufende Fernkommunikation das Vertrauen des Einzelnen in die Nichtkenntnisnahme durch Dritte, nicht jedoch das Vertrauen der Kommunikationspartner zueinander.⁵⁶ Die staatliche Wahrnehmung von Inhalten der Telekommunikation sei daher nur dann am Telekommunikationsgeheimnis zu messen, wenn eine staatliche Stelle eine Telekommunikationsbeziehung von außen überwacht, ohne selbst Kommunikationsadressat zu sein, nicht jedoch, wenn eine staatliche Stelle selbst eine Telekommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger aufnimmt.⁵⁷

Ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG scheide daher aus, wenn eine staatliche Stelle Kenntnis von den Inhalten einer über die Kommunikationsdienste des Internet geführten Fernkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg mit der Autorisation zumindest eines Kommunikationsbeteiligten oder unter Nutzung eines freiwillig zur Verfügung gestellten Zugangs erhalte. Das gelte erst recht bei der Erhebung allgemein zugänglicher Inhalte, etwa aus öffentlichen Diskussionsforen oder nicht Zugangsgesicherten Webseiten.⁵⁸ Zumindest in der Regel sei insoweit auch ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verneinen.⁵⁹ Bei allgemein zugänglichen Websites, Mailinglisten oder Chats handele es sich um öffentlich zugängliche Informationen, die sich an einen nicht weiter abgegrenzten Personenkreis richteten, selbst wenn es sich um im Einzelfall perso-

nenbezogene Daten handele.⁶⁰ Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung könne deshalb nur vorliegen, wenn Informationen aus allgemein zugänglichen Inhalten gezielt zusammengetragen, gespeichert und gegebenenfalls unter Hinzuziehung weiterer Daten ausgewertet werden und sich daraus eine besondere Gefahrenlage für die Persönlichkeit des Betroffenen ergebe.⁶¹ Von diesem Fall abgesehen, weise das heimliche Aufklären des Internet nur bei der Überwachung Zugangsgesicherter Kommunikationsinhalte ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten Grundrechtsrelevanz auf.⁶² Insoweit sei ein Eingriff in das grundrechtlich geschützte Telekommunikationsgeheimnis, Art. 10 Abs. 1 GG, zu bejahen.

b) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Eine gesetzliche Ermächtigung zur Vornahme entsprechender Maßnahmen müsse damit zunächst dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit genügen⁶³ und unterliege darüber hinaus inhaltlichen, sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Grenzen.⁶⁴ Nach Ansicht des *Ersten Senats* ist hier insbesondere zu berücksichtigen, dass entsprechende Befugnisse den Zugriff auf sensible Daten erlaubten, und zwar sowohl bei demjenigen, der Anlass für die Überwachungsmaßnahme gegeben hat, als auch bei seinen Kommunikationspartnern.⁶⁵ Eine solche Befugnis dürfe nur unter der Voraussetzung einer qualifizierten Eingriffsschwelle gewährt werden. Darüber hinaus sei der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehalten, die zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erforderlichen Regelungen zu schaffen.⁶⁶

III. Würdigung

Die Entscheidung des *Ersten Senats* betont im Hinblick auf den heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme mit Recht die Schwere eines entsprechenden staatlichen Eingriffs. Sie verdient auch Zustimmung, soweit sich das Gericht angesichts der erheblichen Bedeutung der Nutzung solcher Systeme und der Fülle der von ihnen vorgehaltenen sensiblen Daten um eine neuerliche Ausdifferenzierung des grundrechtlichen Schutzes der Persönlichkeitsentfaltung bemüht. Das als Ausprägung des APR vom *Ersten Senat* im Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983⁶⁷ aus der Taufe gehobene Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist – wegen seines weit abgesteckten Schrankenvorbehalts – nicht in der Lage, der in der Entscheidung zutreffend beschriebenen neuen Gefahrenlage für die Persönlichkeitsentfaltung wirksam zu begegnen. Das (neue) Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme kann infolgedessen als sachgerechte Beschreibung eines

⁵³ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 305 f.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 289 ff., 307 ff.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 288, 300 ff.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 290.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 290.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 291 ff.

⁵⁹ Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liege nicht schon darin, dass eine staatliche Stelle verdeckt eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger aufbaue. Das Vertrauen in die Identität und Wahrfähigkeit des Kommunikationspartners sei mangels Überprüfungsmechanismen nicht schutzwürdig (dazu BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 310 f.).

⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 308.

⁶¹ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 309.

⁶² BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 292 f.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 295.

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 296.

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 297.

⁶⁶ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 299.

⁶⁷ BVerfGE 65, 1.

besonders schutzwürdigen Kernbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung angesehen werden.

Trotz seiner restriktiven Schrankenbeschreibung, die der des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, vergleichbar ist, hat das BVerfG der Online-Durchsuchung im Kontext der Terrorismusbekämpfung allerdings ohne praktisch bedeutsame Einschränkungen den Weg geebnet. Weisen bestimmte Tatsachen darauf hin, dass konkrete Personen einen terroristischen Anschlag planen, so ist ein – nach Möglichkeit, aber nicht notwendigerweise auf diese Personen begrenzter – heimlicher Zugriff auf informationstechnische Systeme unter dem Vorbehalt richterlicher Anordnung ohne Weiteres zulässig. Zur präventiven Verhütung terroristischer Anschläge darf der Staat damit die im vorliegenden Zusammenhang technisch realisierbaren Überwachungsmaßnahmen vollumfänglich einsetzen.

Der Vorbehalt des absoluten Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ändert daran nichts. Der *Erste Senat* geht davon aus, dass Inhalte, die dem Ermittlungsziel unterfallen (etwa weil sie Angaben über Anschlagpläne enthalten), wegen ihres Sozialbezugs nicht zugleich dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind. Soweit konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass zwecks Vermeidung der Überwachung kernbereichsbezogene Kommunikationsinhalte mit dem Ermittlungsziel unterfallenden Inhalten verknüpft werden, hält er die Überwachung deshalb trotz zugleich bestehender Kernbereichsrelevanz für zulässig.⁶⁸

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung setzt der Terrorismusbekämpfung damit allenfalls scheinbare Grenzen. Dies gilt nach der Entscheidung des *Ersten Senats* auch deshalb, weil es danach – in Abkehr zu den ebenfalls vom *Ersten Senat* für die akustische Wohnraumüberwachung⁶⁹ entwickelten Grundsätzen – nicht notwendig sein soll, Ermittlungsmaßnahmen abzurechnen, wenn die erhobenen Informationen dem Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung angehören. Jedenfalls beim heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme reicht, dass Daten mit Kernbereichsbezug bei der Auswertung der erlangten Informationen gelöscht und nicht verwertet werden.⁷⁰

Ist der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme damit zum Zwecke der präventiven Terrorismusbekämpfung vollumfänglich möglich, so bleibt die Frage zu beantworten, ob Entsprechendes auch für den Einsatz derartiger Eingriffsbefugnisse zum Zwecke der Terrorismusbekämpfung durch Strafverfolgung gilt. Die Entscheidung behandelt diese Problematik nicht näher. Lediglich am Rande wird erwähnt, dass das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität auch zum Zwecke der Strafverfolgung eingeschränkt werden darf. Die insoweit zu beachtenden – mangels akuter Gefahrensituation möglicherweise engeren – Schranken werden nicht thematisiert.

Auch im politischen Raum sind gegenwärtig in erster Linie das Recht der Gefahrenabwehr betreffende Änderungen des BKA-Gesetzes (im Folgenden: BKAG-E) geplant. § 20k des aktuellen Entwurfes eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 16. April 2008⁷¹ enthält eine an den Vorgaben des *Ersten Senats* orientierte Ermächtigung zum verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme. Die Maßnahme darf danach nur auf Antrag des Präsidenten des BKA oder seines Vertreters richterlich angeordnet werden (§ 20k Abs. 5 S. 1 BKAG-E). Bei Gefahr im Verzug soll sie auch ohne richterliche Genehmigung angeordnet werden können (§ 20k Abs. 5 S. 2 und 3 BKAG-E).

Konkrete Pläne für eine strafprozessuale Rechtsgrundlage liegen derzeit noch nicht vor. Informationen, die infolge einer präventiv begründeten Maßnahme erlangt wurden, sind aber auch in Strafverfahren von Bedeutung und nach der in der Praxis vorherrschenden Sichtweise jedenfalls als Spurenansatz nutzbar. § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG-E sieht insoweit ausdrücklich die Übermittlung der gewonnenen Daten zur Verfolgung von Straftaten vor, wenn diese im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind. § 161 Abs. 2 StPO stünde nur einer strafprozessualen Verwendung der Daten „zu Beweis Zwecken“ entgegen. Die Vorschrift sperrt damit weder die Übermittlung noch die Auswertung solcher Daten zur Gewinnung neuer Ermittlungsansätze.

Im Kontext der Terrorismusbekämpfung ist der maßgebliche Seismograph der Staatsverfassung bei In-Kraft-Treten der gegenwärtigen Pläne zur Reform des BKAG damit nicht mehr die Strafprozessordnung, sondern das Recht der Gefahrenabwehr. Angesichts dieser Sachlage wäre den Freiheitsrechten des Einzelnen möglicherweise mehr mit einer ergänzenden – auf besonders schwerwiegende terroristische Straftaten beschränkten – strafprozessualen Ermächtigung als mit dem Verzicht auf eine solche Regelung gedient. Der Gesetzgeber müsste allerdings durch eine spezielle Verwendungsregelung zugleich klarstellen, dass durch eine präventive Online-Durchsuchung gewonnene Erkenntnisse im Strafverfahren auch in Bezug auf etwaige Spurenansätze nur bei Vorliegen der Voraussetzungen der strafprozessualen Ermächtigung genutzt werden dürfen.⁷²

Prof. Dr. Mark Deiters, Wiss. Mitarbeiterin Anna Helena Albrecht, Münster

⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 281.

⁶⁹ BVerfGE 109, 279 (318 f.).

⁷⁰ BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, Rn. 277, 283.

⁷¹ BKAG-Entwurf S. 16 ff.; abrufbar unter <http://netzpolitik.org/2008/der-entwurf-des-bka-gesetzes-zum-download/> (Stand: 14.5.2008).

⁷² Nach ihrem Wortlaut ist es naheliegend, die Verwendungsregelung des § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO entsprechend zu deuten; ihr Gehalt ist aber nicht unumstritten, siehe dazu Wolter, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 56. Lieferung, Stand: Februar 2008, § 100d Rn. 67, 35 ff.

B u c h r e z e n s i o n

Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2007, 796 S., € 85.-

Dreißig Jahre sind vergangen seit dem Erscheinen der ersten Auflage des Lehrbuches. Inhaltlich ist es seitdem gereift von einem überschaubaren Handbuch zu einer umfassenden Übersicht. Äußerlich hat es sich entwickelt vom kleinformartigen Paperback zum ansehnlichen Hardcover, welches durch eine ansprechende Form und einen übersichtlichen Aufbau überzeugt. Damals wie heute ist es das erklärte Ziel des *Autors*, weder Dogmatik noch Praxis isoliert zu betrachten, sondern aneinander „zu messen“ und „einzuordnen“. Kühne beschränkt sich dabei keineswegs auf eine „systematische Darstellung“, wie der Untertitel des Lehrbuches suggerieren könnte; vielmehr spricht er auch rechtspolitische Empfehlungen aus, indem er sich beispielsweise mit überzeugenden Argumenten gegen das Laienrichtertum wendet (Rn. 117).

Das Werk ist in sieben Kapitel aufgeteilt. Es sei erwähnt, dass der Verlag Vorwort und Inhaltsverzeichnis als Leseproben in das Internet gestellt hat. Im Übrigen orientiert sich der Aufbau im Wesentlichen am Gang des Strafverfahrens von der Einleitung der Ermittlungen bis hin zur etwaigen Wiederaufnahme des Verfahrens. Vorangestellt ist eine Einführung in das Strafverfahrensrecht, die auch einen hervorragenden und im Verhältnis zur Voraufgabe umfassend aktualisierten Überblick zum europäischen und internationalen Kontext enthält. Ein nicht unerheblicher Teil des Lehrbuches (120 Seiten) ist abschließend der Darstellung von Strafverfahrenssystemen ausgewählter europäischer Nachbarstaaten gewidmet. Von einzelnen strafprozessualen Rechtsgebieten, deren Bedeutung in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen hat, hätte man sich allerdings eine stärkere Berücksichtigung gewünscht. Gewinnabschöpfung und Rückgewinnungshilfe etwa finden lediglich am Rande Erwähnung (Rn. 508 f., 1144 f.).

Die klare Struktur und der ebenso verständliche wie präzise Sprachstil des *Autors* verdienen es, besonders hervorgehoben zu werden. Inhaltsübersicht und -verzeichnis sowie Paragraphen- und Sachregister ermöglichen eine leichte Orientierung. Das Lehrbuch ist freilich von einem hohen Abstraktionsgrad gekennzeichnet. Studierende und Referendare werden insbesondere vermissen, dass Fallbeispiele und Schaubilder nur ganz vereinzelt herangezogen werden.

Praktikern wird das Werk vor allem Stirnrundeln bereiten, und zwar nicht so sehr, weil der *Autor* zahlreiche Mindermeinungen vertritt, beispielsweise Presseerklärungen der Staatsanwaltschaft regelmäßig als Verstoß gegen § 203 StGB einordnet (Rn. 104. 2), sondern vor allem deshalb, weil er zum Teil abwegige Kritik an der Justiz artikuliert. Das ist keine Errungenschaft der Neuauflage. Bereits in Rezensionen zu früheren Auflagen ist zu Recht angemerkt worden, dass die kritischen Bemerkungen des *Autors* teils „allzu vordergründig-plakativ oder schlicht verfehlt sind“¹. So glaubt Kühne bei-

spielsweise ein Verständnis der gerichtlichen Praxis ausgemacht zu haben, wonach die Untersuchungshaft „erst dann aufgehoben werden (müsse), wenn sie bedeutend länger andauert, als die konkret höchstmöglich zu erwartende Strafe“ (Rn. 441.1). Bereits vor 25 Jahren, in einer Rezension zur zweiten Auflage des Lehrbuches, ist notiert worden: „Schlechthin unvertretbar erscheint mir, was zur Dauer der Untersuchungshaft gesagt wird, dass nämlich ´eine weit verbreitete gerichtliche Übung´ das Mindeststrafmaß an der Länge der verbüßten Untersuchungshaft orientiere [...] Ausrutscher oder Kritik um jeden Preis?“². Kühne ist bei seiner Ansicht geblieben. Um einen Ausrutscher handelt es sich offenbar nicht.

In besonderem Maße gerät die Staatsanwaltschaft zur Zielscheibe überzogener Kritik, die augenscheinlich von tiefem Misstrauen geprägt ist. Kühne, der seit dem WS 1981/82 an der Universität Trier lehrt, verweist u.a. auf seine „Erfahrungen als Richter“ (Rn. 138). Was aber kennzeichnet die heutige Praxis? Wie verhält es sich mit Auswüchsen auf Seiten der Verteidigung? Zu beobachten ist etwa in zunehmendem Maße das Phänomen der Konfliktverteidigung, von der Kühne lapidar meint, dass sie unter dem „Aspekt der Disziplinierung von Strafverteidigern“ erörtert werde (Rn. 294). Wer sich mit der heutigen Praxis beschäftigt, kennt die Missstände. Es ist eben nicht mehr von der Hand zu weisen, dass die Verteidigung in Strafsachen nicht nur vereinzelt zwar formal korrekt geführt wird, jedoch durch exzessive Antragstellung und Missbrauch von Verfahrensrechten letztlich nur darauf ausgerichtet ist, ein prozessordnungsgemäßes Verfahren zu torpedieren.³

Die einseitige Kritik an der Justiz und namentlich an der Staatsanwaltschaft zieht sich wie ein roter Faden durch das Lehrbuch. Und so verwundert es auch nicht, dass der *Autor* in den Chor derjenigen eintritt, die Staatsanwaltschaften und Gerichten unterstellen, den Haftbefehl „häufig“ (sic!) als Mittel zur Erpressung von Geständnissen einzusetzen (Rn. 427.1); ebenso wenig verwundert es freilich, dass er dafür einen Nachweis schuldig bleibt und lediglich einen – allerdings in der Tat krassen – Einzelfall als Beispiel anzuführen vermag.

Mitunter ist zu spüren, dass die Ursprünge des Werkes in eine andere Zeit zurückreichen, als im Zeichen der Bedrohung durch die RAF und der daraus resultierenden rechtspolitischen Veränderungen Gegner und Befürworter dieser Veränderungen schier unversöhnlich gegenüberstanden. Damit sind die von Kühne skizzierten Probleme wiederum aktueller denn je, wenn man die gegenwärtige rechtspolitische Diskussion betrachtet, die (erneut) von der Bedrohung durch Terroristen geprägt ist und (weiterhin) von scheinbar unversöhnlichen Lagern geführt wird. Kühne lässt jedenfalls keinen Zweifel daran, welchem Lager er zuzuordnen ist.

Die Neuauflage berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur weitgehend auf dem Stand von August 2006. Zum Teil aber sind wichtige Entwicklungen leider unerörtert geblieben, so etwa die seit 2005 besonders rigide Rechtsprechung des 2. *Senats* des Bundesverfassungsgerichts zum Beschleunigungsge-

¹ Gribbohm, NJW 1989, 1722.

² Gündner, NJW 1983, 1589.

³ Vgl. statt vieler BGH NStZ 2005, 341; NJW 2005, 2466.

bot in Haftsachen.⁴ Diese Rechtsprechung passt freilich auch nicht in das von Kühne gezeichnete Bild einer Justiz, die den Beschuldigten zur Erpressung von Geständnissen in Untersuchungshaft nimmt, bis das höchstmögliche Strafmaß überschritten ist.

Ungeachtet der aufgezeigten Vorzüge kann das Lehrbuch nach alledem nicht uneingeschränkt empfohlen werden, zumal es auch deshalb nicht auf dem neuesten Stand ist, weil seit dem Erscheinen der Neuauflage wichtige strafprozessuale Neuerungen in Kraft getreten sind, so insbesondere das im Jahre 2007 verabschiedete Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. Für Studierende ohne Vorkenntnisse, jedenfalls für solche außerhalb der Universitätsstadt Trier, ist das Werk sicher zu einseitig und zu abstrakt, um als erste Wahl zu gelten. Eher eignet sich das Lehrbuch zur Vertiefung einzelner Probleme des Strafprozessrechts. Für Haus- und Seminararbeiten kann es als Fundus für die eine oder andere Mindermeinung dienen. Für jedweden Nutzer wird gelten, dass er die Lektüre des Lehrbuches und die Auseinandersetzung mit den von Kühne vertretenen Ansichten als Anregung und Gewinn verbuchen wird.

StA Dr. Christian Burr, Aachen/Brüssel

⁴ BVerfG NStZ 2005, 456; NJW 2005, 3485; StV 2006, 73.

Buchrezension

Peter Scholz/Christan Schulte, Examen – leicht gemacht, 1. und 2. juristisches Examen erfolgreich bestehen, 2. Aufl., Ewald von Kleist Verlag, Berlin 2007, 94 S., br., € 7,65.

I. 2004 erschien die 1. Auflage dieses Buches, damals noch unter dem Titel „Der Weg zum juristischen Prädikatsexamen – leicht gemacht“. Der Titel ist nun griffiger geworden, an der inhaltlichen Ausrichtung hat sich indes nichts geändert.

Das altbewährte Jurastudium hat in den letzten Jahren einige prägende Umgestaltungen erfahren, Studierende sehen sich vor immer neue Herausforderungen gestellt. Bereits ab dem ersten Fachsemester wird durch die flächendeckende Einführung der Zwischenprüfung (regelmäßig in Form von Semesterabschlussklausuren) ein vergleichsweise spürbarer Leistungsdruck aufgebaut. Der wachsenden Bedeutung juristischer Schlüsselqualifikationen hat der Gesetzgeber in § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG Rechnung getragen. Demgemäß müssen Studierende nun nachweisen, dass sie über entsprechende Schlüsselqualifikationen verfügen. In einigen Bundesländern wird dieser Nachweis zudem gesondert im staatlichen Teil der 1. juristischen Prüfung verlangt.¹ Die Leistungsanforderungen haben sich also auch in Bezug auf das Examen erhöht. Dessen Aufspaltung in einen staatlichen und einen universitären Teil durch § 5 Abs. 1 DRiG hat die „klassische“ praxisorientierte Falllösungsprüfung zudem um einen wissenschaftlich orientierten Prüfungskomplex (Schwerpunktbereichsprüfung) erweitert. Altbewährte Lern- und Studienstrukturen lassen sich daher nur noch bedingt auf die veränderte Wirklichkeit anwenden, während gleichzeitig noch keine gefestigten Erfahrungen im Umgang mit diesen neuen Anforderungen verfügbar sind. Hinzu kommt die ungebrochene Bedeutung einer überdurchschnittlichen Examensnote, um in dem immer weiter anwachsenden Überangebot an Absolventen herauszustechen und eine Chance auf eine attraktive und anspruchsvolle Anstellung zu erhalten.

Angesichts dieser Umstände erklärt sich die Vielzahl der Veröffentlichungen zur Lern- und Studienorganisation und zur effektiven Examensvorbereitung, die in letzter Zeit zu verzeichnen ist. In Zeiten des Umbruchs ist die Nachfrage nach Leitfäden bzw. allgemein nach Anleitung erfahrungsgemäß immer besonders ausgeprägt. In dieser Konkurrenzsituation hat sich das Werk von *Scholz/Schulte* jedenfalls insoweit behaupten können, als es ein zweites Mal aufgelegt wurde.

II. Die *Verfasser* wollen den Leser zum erfolgreichen Examen, möglichst zum Prädikatsexamen, führen. Das Werk gliedert sich hierzu in vier Kapitel, die den juristischen Ausbildungsgang chronologisch nachzeichnen, indem sie das Jurastudium, die schriftliche Staatsprüfung der 1. juristischen Prüfung, die mündliche Staatsprüfung der 1. juristischen Prüfung und im Anschluss das 2. Staatsexamen behandeln. Die einzelnen Kapitel sind ihrerseits in mehrere so genannte „Lektionen“ unterteilt. Diese beginnen mit einem Motto und schlie-

ben mit einem kurzen Fazit, irritierenderweise allerdings nicht „Schluss-“, sondern „Leitsatz“ genannt.

Scholz/Schulte beginnen im 1. Kapitel mit ihren Empfehlungen zur optimalen Examensvorbereitung dort, wo auch das Jurastudium beginnt: am Anfang. Studierende sollen ihr Studium schon vom ersten Semester an auf das Examen ausrichten und Veranstaltungen danach auswählen, ob examensrelevanter Stoff vermittelt wird, um so möglichst frühzeitig scheinfrei zu werden und sich auf das Wahlfach konzentrieren zu können. Hier wird der Rat suchende Student aber wahrscheinlich irritiert aufblicken: „Wahlfach – was ist denn damit gemeint?“ Nach den alten Prüfungsordnungen wurde (zumindest in der mündlichen Prüfung des 1. Staatsexamens) neben dem Pflichtstoff auch der Stoff eines aus einem Katalog auszuwählenden Stoffes, eben des *Wahlfaches*, geprüft. Dieses Konzept wurde allerdings im Zuge der oben beschriebenen Studienreform aufgegeben. Stattdessen wählt der Jurastudent heute ein Schwerpunktbereichsfach, das sich seinerseits in (regelmäßig gleich mehrere) Pflicht- und weitergehende Wahlfächer aufgliedern kann. Diese Entwicklung ist auch an den *Verfassern* nicht vorüber gegangen, denn sie nehmen in einer eingeschobenen Zusatz-Lektion (S. 69 ff.) zur universitären Prüfung ausdrücklich auf das Schwerpunktbereichsstudium Bezug. Hier wurde offenkundig Aktualisierungsbedarf im Verhältnis zur Voraufgabe an einigen Stellen übersehen. Problematisch ist dies allerdings insoweit, als das universitäre Schwerpunktbereichsstudium deutlich mehr Zeit in Anspruch nimmt als das bisherige Wahlfach bzw. die bisherigen Wahlfächer. Die Abfolge der Prüfungsteile (staatlicher und universitärer Teil) ist zudem nicht festgelegt. Daher besteht immer noch große Unsicherheit darüber, wie das Studium optimal zeitlich gestaltet werden kann, insbesondere auch, wenn es gilt, einen Freischuss nach acht Semestern zu unternehmen oder (etwa im Falle einer Förderung nach dem BAFöG) die Regelstudienzeit einzuhalten. Dies betrifft dann ebenso die Frage, wann ein Auslandssemester sinnvoll eingeschoben werden kann. Da *Scholz/Schulte* Antworten auf diese Fragen dadurch schuldig bleiben, dass sie von einer ganz anderen, vergangenen Wirklichkeit ausgehen, begeben sie sich der Chance, gerade die Bedürfnisse zu befriedigen, die zum Kauf dieses Buches führen könnten: Strukturen vorzugeben in einer Zeit des Umbruchs.

Wichtig ist für Studierende der Hinweis, die Examensvorbereitung sorgfältig zu planen und hier mehrere kommerzielle Repetitorien zu testen, bevor man sich für eines entscheidet. Dass die *Verfasser* hier kein Wort über das universitäre Repetitorium verlieren, das an (fast) allen Fakultäten angeboten wird, und auch nicht auf Formen der autonomen Examensvorbereitung eingehen, sondern ungeachtet der nachgewiesenen Defizite des kommerziellen Repetitoriums² dessen Besuch geradezu zur Pflicht erklären (S. 9 f.), ist bedauerlich, angesichts der Grundkonzeption ihres Werkes freilich nur folgerichtig. Denn dieses richtet sich eben gerade an unsichere Kandidaten, die, von Versagensängsten geplagt, Halt und Orientierung suchen. Hier differenzierende Wege aufzuzei-

¹ Für NRW vgl. *Schuschke*, JuS-Magazin 6/2007, 8.

² *Bull*, ZRP 2000, 425 (426 f.); *Schöbel*, ZRP 2001, 434 (435) m.w.N.; vgl. auch *Katzenstein*, Jura 2006, 418 (422) m.w.N.

gen, steigert diese Unsicherheit nur, da sie die Befürchtung nähren, dann den falschen Weg gewählt zu haben. Das viel gescholtene „Geschäft mit der Angst“³ ist eben auch ein Geschäft mit empfundener Sicherheit. Gerade auch um diese Sicherheit geht es den *Verfassern*. Der staatliche Teil der 1. juristischen Prüfung wiegt deutlich schwerer als der universitäre Teil, und innerhalb des staatlichen Teils dominieren ganz klar die Klausuren. Daher betonen *Scholz/Schulte* insofern völlig zu Recht die Bedeutung eines gut organisierten Klausurtrainings unter Examensbedingungen, für dessen Gestaltung sie zahlreiche wertvolle Tipps geben.

Das gesamte 2. Kapitel (S. 22 ff.) behandelt das Thema „Klausuren“ und widmet sich dabei der Vorbereitung auf die damit einhergehenden physischen und psychischen Belastungen. Auch hier schaffen die *Verfasser* Sicherheit, indem sie die Kandidaten zur Beruhigung unmittelbar vor den Klausuren den Stoff komprimiert wiederholen lassen („Kurzzeitanflutung“) (S. 24 f.), Tipps im Umgang mit Blackouts (S. 26 ff.) und der Versuchung, krank zu werden (S. 30 f.), geben. Eine realistische Schilderung des Ablaufs der schriftlichen Prüfung (S. 32 ff.) und Ratschläge zur Zeiteinteilung helfen den Kandidaten, in dieser Stresssituation nicht in Panik zu verfallen.

Im 3. Kapitel behandeln die *Verfasser* die mündliche Prüfung im staatlichen Prüfungsteil (S. 41 ff.) und gehen auch hier zunächst auf die Vorbereitungszeit ein, die zuallererst eine Zeit quälenden Wartens ist. Nach Erhalt der Noten schlagen *Scholz/Schulte* eine differenzierte (mal gewagtere, mal zurückhaltendere) Taktik abhängig vom Schnitt der schriftlichen Leistungen vor (S. 44 ff.). Zwar bleibt hier im Wesentlichen offen, worin genau der Unterschied liegt, doch fühlen sich die Kandidaten durch die Reflexion dieses Problems beruhigt. Auch bezüglich der Person des mündlichen Prüfers beruhigen die *Verfasser* unter Berufung auf ihre überlegene Lebenserfahrung, indem sie auf verfügbare Gedächtnisprotokolle vorangegangener Prüfungen verweisen und Hinweise zu deren Auswertung geben (S. 48 ff.).

Mit Empfehlungen zum Verhalten beim Vorstellungsgespräch (S. 52 ff.) dämpfen die *Verfasser* auch diesbezügliche Ängste. Irritierend erscheint in diesem Zusammenhang aber der – in der Sache sicher zutreffende – Hinweis, Prüfer freuten sich über Prüflinge mit Leistungen außerhalb des Jurastudiums, die dadurch aus dem Rahmen fielen. Nachdem der Leser eingangs darauf eingeschworen wurde, seine ganze Leistungsfähigkeit dem Studium zu widmen, hat dieses Prüferbekenntnis an dieser Stelle doch einen etwas schalen Beigeschmack. Ebenfalls und gerade deshalb verwundert der Ratschlag an die Prüflinge, im Zusammenhang mit der eigenen Promotion zurückhaltend zu sein, um keinerlei Begehrlichkeiten bei nichtpromovierten Prüfern zu wecken (S. 55). Da sie sich noch im Prüfungsverfahren befinden, haben die Prüflinge ihr Jurastudium noch nicht abgeschlossen. Einen Dokortitel können sie also zu diesem Zeitpunkt nur aufweisen, wenn sie ein anderes Studium bereits erfolgreich abge-

schlossen und danach promoviert haben. Wenn dies nicht eine aus dem Rahmen fallende, beachtenswerte Leistung ist, womit wollen sich die Prüfer denn dann zufrieden geben? Außerdem dürften die Prüflinge auch mit dem neuerlichen Hinweis auf das Wahlfach (S. 58) wenig anzufangen wissen. Hier verunsichern die *Verfasser* mehr, als dass sie beruhigen.

Die konkrete Prüfungssituation entschärfen *Scholz/Schulte* erneut durch eine Schilderung des Ablaufes und durch nahe liegende, gleichwohl aber zu beherzigende Hinweise zu Auftreten, Kleidung und Zeitplanung.

Zwar inhaltlich fragwürdig, aber der Motivationslinie des Werkes treu, liest sich denn auch das Fazit der *Verfasser* zu dieser Thematik: „Haben Sie das Prädikat nicht geschafft, so hat es jedenfalls nicht an uns gelegen“ (S. 68).

Mit nur zwei Seiten fällt der Exkurs zum universitären Prüfungsteil (S. 69-71) doch zu kursorisch aus. Tipps zur Zeitplanung, die hier besonders ungewiss sein dürfte, finden sich auf diesen Seiten zudem nicht.

Im abschließenden 4. Kapitel widmen sich die *Verfasser* dem 2. Staatsexamen und nehmen hierzu zunächst das Referendariat in den Blick. Denn mit Beginn des Referendariats beginnt auch die Examensvorbereitung. Ab diesem Zeitpunkt steht der Ablaufplan fest; Auszeiten zur intensiven Wiederholung etc., die man während des Studiums beliebig einschieben kann, gibt es an sich im Referendariat nicht – vom Urlaub einmal abgesehen. Entsprechend wichtig ist es, die einzelnen Stationsausbilder – sofern möglich – so zu wählen, dass das Referendariat selbst optimal auf das Examen vorbereitet und darüber hinaus genügend Zeit für die eigene Nachbereitung des Stoffes bleibt. Hier geben die *Verfasser* differenzierte Hinweise, die auf die verschiedenen möglichen Zielvorstellungen von Referendaren zugeschnitten sind. Erfrischend liest sich der Ratschlag, bei aller Konzentration auf das Examen die Stationen durchaus ernst zu nehmen und sich um ein angemessenes Arbeitsverhalten zu bemühen (S. 74 ff.). Dieser Hinweis stellt beileibe keine Selbstverständlichkeit dar, gerät doch die Anwaltsstation für viele Referendare immer noch zur deutlich unterschätzten „Tauchstation“. Mangelndes Engagement bei der Staatsanwaltschaft oder in Gerichtsstationen können sich negativ im Stationszeugnis niederschlagen. Deshalb weisen *Scholz/Schulte* auf die Auswirkungen derartiger Einträge für spätere Bewerbungen in diesem Berufsfeld hin (S. 76). Nach kurzen Ausführungen zu den Referendararbeitsgemeinschaften betonen die *Verfasser* erneut den Übungswert des Klausurenschreibens. Knapp fallen dann die Hinweise zum schriftlichen und mündlichen Prüfungsteil aus. Hier verweisen die *Verfasser* sinnvoll auf die Ausführungen zur 1. juristischen Prüfung, soweit keine Besonderheiten (wie etwa der Aktenvortrag) hervorzuheben sind.

Abgerundet wird das Buch durch kurze Hinweise für Studierende im Nebenfach und der Rechtspflege.

Scholz/Schulte legen auch in der 2. Auflage ein geradliniges Werk vor, das motivieren und ermutigen soll. Im Vordergrund steht demgemäß auch die Vermittlung der „einen“ richtigen Methode, die (Prädikats-)erfolg im Examen versprechen soll. Differenzierende Lösungen, die die verschiedenen Lern-typen berücksichtigen und darauf abstellen, dass gerade nicht

³ Kritisch *Ladeur*, JuS-Magazin 2/2005, 9; zu Angst und Sicherheitsgefühl im Repetitorium vgl. *Obergfell*, JuS 2001, 622 (623).

jeder Mensch auf die gleiche Weise effektiv lernen und verstehen kann,⁴ müssen die *Verfasser* deshalb unerwähnt lassen. Gerade für schwächere Studierende, die sich unsicher fühlen und „an die Hand genommen“ werden wollen, wie es die *Verfasser* selbst ausdrücken (S. 26), sich das Examen also im besten Sinne „leicht machen“ möchten, ist dieses Buch eine Motivationshilfe, dessen Anschaffung sich angesichts des sehr günstigen Preises allemal lohnt. Für die Folgeauflage muss man allerdings einen stärkeren Bezug zu den aktuellen Prüfungs- und Studienordnungen sowie eine stärkere Berücksichtigung des universitären Teiles der 1. juristischen Prüfung fordern.

Wiss. Mitarbeiter Marcus Bergmann, Wiss. Mitarbeiter Michael Sturm, LL.M. oec., Halle (Saale)

⁴ *Gollner*, JuS-Magazin 5/2006, 22; *Laun*, JuS-Magazin 2/2007, 16, betont den Zusammenhang zwischen schlechten Examensergebnissen und ungeeignetem Lernverhalten.