

**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, PD 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, PD Dr. Matthias Rossi

**Redaktion Strafrecht:** 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*

- Die Bindung an Lösungserklärungen**  
Von Dr. Fabian Klinck, Passau 102

#### *Öffentliches Recht*

- Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik  
Entwicklungstendenzen der Legisprudenz – Teil 1**  
Von Prof. Dr. Klaus Messerschmidt 111
- Gibt es Unabstimmbares in der Demokratie?**  
Von Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn 123

#### *Strafrecht*

- Betrug durch Wegnahme – Der lange Abschied vom  
Bestimmtheitsgrundsatz**  
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 132

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

#### *Öffentliches Recht*

- Der Vertrag von Lissabon – ausbildungsrelevante  
Reformen im Überblick**  
Von Prof. Dr. Doris König, Alexander Ngyen, Hamburg 140

#### *Strafrecht*

- Das unerlaubte Entfernen vom Unfallort  
gem. § 142 StGB**  
Von Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg 148

### ÜBUNGSFÄLLE

#### *Zivilrecht*

- Übungsfall: Das Montagsauto**  
Von Dr. Thomas Riehm, München 155

#### *Öffentliches Recht*

- Übungsfall: Laserkampf**  
Von Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), Greifswald 163

**ÜBUNGSFÄLLE (Forts.)***Strafrecht*

- Übungsfall: Der bestohlene Erpresser**  
 Von Privatdozent Dr. Arnd Koch, cand. iur. Daniela Loy,  
 Augsburg 170
- Übungsfall: Der Karpfen im Goldfischteich**  
 Von Rechtsanwalt Dr. Oliver Sahan, München 177

**URTEILSBESPRECHUNGEN***Zivilrecht*

- BGH, Ur. v. 9.7.2007 – II ZR 232/05 und 233/05**  
**(Sachenrechtliche Zuordnung von Pfandflaschen)**  
 (Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen) 187

*Öffentliches Recht*

- BVerfG, Ur. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04**  
**und 2434/04**  
**(Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften**  
**nach SGB II – „Hartz IV“)**  
 (Dr. Klaus Ritgen, Berlin) 190

*Strafrecht*

- BGH (Großer Senat), Beschl. v. 17.1.2008 –**  
**GSSt 1/07**  
**(Kompensation überlanger Verfahrensdauer)**  
 (Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 197

**REDAKTIONELLE URTEILSANMERKUNGEN***Zivilrecht*

- BGH, Ur. v. 16.1.2008 – VIII ZR 222/06**  
**(Anspruch auf Aufwendungsersatz)**  
 (Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/München) 203
- BGH, Ur. v. 10.12.2007 –II ZR 239/05**  
**(Durchgriffshaftung von Mitgliedern eines Vereins)**  
 (Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Mainz) 205
- BGH, Ur. v. 19.12.2007 – XII ZR 61/05**  
**(AGB-Klausel über Recht zur Rücknahme des**  
**Vorbehaltsgutes)**  
 (Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 207

*Öffentliches Recht*

- VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 16.1.2008 –**  
**5 S 393/06**  
**(Sondernutzungsgebühr für Scientology-Veranstaltung)**  
 (Privatdozent Dr. Matthias Cornils, Bonn) 209

*Strafrecht*

- BGH, Ur. v. 20.12.2007 – 3 StR 318/07**  
**(Verspätet erteilte Belehrung eines ausländischen**  
**Beschuldigten über sein Recht auf Unterrichtung der**  
**konsularischen Vertretung seines Heimatstaates)**  
 (Prof. Dr. Mark Deiters, Münster) 212

## BUCHREZENSIONEN

### *Öffentliches Recht*

**Heinrich Wilms, Staatsrecht I, 2007**  
(Dr. Norbert Janz, Potsdam)

216

# Die Bindung an Lösungserklärungen

Von Dr. Fabian Klinck, Passau

*Hat eine Vertragspartei mehrere Möglichkeiten, sich vom Vertrag zu lösen, kann sie etwa ihre Willenserklärung anfechten, widerrufen und vom Vertrag zurücktreten, führt dies zu einer Reihe von Fragen: Wie ist die abgegebene Lösungserklärung auszulegen? Kann die lösungswillige Partei sich auch von der Lösungserklärung wieder lösen, und kann sie danach oder auch ohne vorherige Lösung von der Lösungserklärung ein anderes Lösungsrecht ausüben? Mit diesen Fragen befaßt sich der folgende Beitrag.*

## I. Die verschiedenen Lösungserklärungen und ihre Folgen

Ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis kann grundsätzlich nur von beiden Parteien gemeinsam begründet, verändert oder aufgehoben werden. Nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen ist eine der Parteien berechtigt, das Rechtsverhältnis durch einseitige Erklärung umzugestalten. Stehen dieser Partei mehrere solcher Gestaltungsrechte zugleich zur Verfügung, stellt sich die Frage, ob sie an eine einmal abgegebene Gestaltungserklärung gebunden ist oder sich noch umentscheiden kann. Ob ein solches *ius variandi* besteht, wird in jüngerer Zeit wieder intensiv diskutiert. Dabei haben die meisten jedoch nur die Konkurrenz zwischen solchen Gestaltungsrechten im Blick, die aus Leistungsstörungen folgen: namentlich zwischen Schadensersatzverlangen<sup>1</sup> und Rücktritt.<sup>2</sup> Jedoch sieht nicht nur das Leistungsstörungenrecht Gestaltungsrechte vor; vielmehr können diese auch den Zweck haben, die freie Willensentfaltung des Erklärenden zu schützen.<sup>3</sup> Sie sind dann auf Lösung von der Erklärung gerichtet. Zu nennen sind hier die Anfechtung und der Widerruf im Sinne des § 355 BGB.<sup>4</sup> Seiner Wirkung nach gehört der Widerruf gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ebenfalls hierher, auch wenn er kein Gestaltungsrecht ist: Ein zu gestaltendes Rechtsverhältnis ist ja noch gar nicht entstanden. Reut eine Partei ihr Entschluß, sich vertraglich zu binden, und gibt sie der Gegenseite zu verstehen, sie wolle nicht gebunden sein, kann diese Lösungserklärung rechtlich also folgendes bedeuten: einen Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB, einen solchen nach § 355 BGB, eine Anfechtung oder

einen Rücktritt. Welche Probleme sich daraus ergeben können, soll anhand des folgenden Falls verdeutlicht werden:

Schmuckhändler V geht mit einer Auswahl aus seinem Sortiment von Tür zu Tür. Als er sich bei K, einer älteren Dame, vorstellt, bittet diese ihn zum Tee herein und läßt sich sofort überreden, ein Collier zu erwerben. K will dem V dafür 1.500 € geben, was dem objektiven Wert des Colliers entspricht; sie verspricht sich dabei jedoch und bietet 2.000 € an. V erklärt sich einverstanden. K gibt V, der sie über Widerrufsrechte nicht belehrt, als Anzahlung 500 € in bar und erhält von ihm das Collier. Wenig später wird K das Collier bei einem Einbruch gestohlen. Sie will sich nun von dem Vertrag mit V lösen.

Die Rechtsfolgen der einzelnen Lösungserklärungen können sehr unterschiedlich sein, insbesondere im Hinblick auf Schadensersatzpflichten und Ansprüche auf Rückgewähr bereits erfolgter Leistungen. Der Widerruf gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB führt dazu, daß die danach zugehende,<sup>5</sup> widerrufen Erklärung gar nicht erst wirksam wird. Der Widerrufende macht sich nicht ohne weiteres schadensersatzpflichtig; in Betracht kommt nur ein Schadensersatzanspruch des Erklärungsempfängers aus *culpa in contrahendo* nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB. Dieser allerdings setzt eine Pflichtverletzung und Vertretenmüssen des Widerrufenden voraus. Vertrauensschäden können in diesen Fällen ohnehin kaum entstanden sein, da nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nur widerrufen werden kann, solange die widerrufen Erklärung nicht zugegangen ist, der Empfänger also auch noch kein Vertrauen auf ihren Bestand ausbilden konnte. Auch Rückabwicklungsprobleme werden sich selten stellen, da ein Leistungsaustausch in dieser frühen Phase kaum je bereits erfolgt sein wird. Ist dies ausnahmsweise anders, wird nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt.<sup>6</sup> Im oben geschil-

<sup>1</sup> Jedenfalls dann, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, wird das Rechtsverhältnis zum Schuldner ausweislich § 281 Abs. 4, 5 BGB rücktrittsähnlich umgestaltet.

<sup>2</sup> Einführend etwa *Kleine/Scholl*, NJW 2006, 3462; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 12 Rn. 16 ff., § 13 Rn. 12 ff. Vertiefend und im Hinblick auf die zivilprozessualen Implikationen *Althammer/Löhnig*, AcP 205 (2005), 520.

<sup>3</sup> Zu solchen „Beseitigungsrechten“ jüngst monographisch *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003.

<sup>4</sup> § 355 BGB regelt dabei nur die Modalitäten der Ausübung eines Widerrufsrechts, setzt also voraus, daß dem Verbraucher nach einer anderen Vorschrift (§§ 312 Abs. 1 S. 1, 312d Abs. 1 S. 1, 485 Abs. 1, 495 Abs. 1 BGB) ein Widerrufsrecht zusteht.

<sup>5</sup> Da eine Willenserklärung auch zugehen kann, bevor ihr Empfänger von ihr tatsächlich Kenntnis nimmt (vgl. nur *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 274 f.), kann der Fall eintreten, daß die zu widerrufende Erklärung zwar schon zugegangen war, der Empfänger den Widerruf aber vor ihr zur Kenntnis nimmt. Ob § 130 Abs. 1 S. 2 BGB für diesen Fall analog gilt, ist umstritten, vgl. dazu etwa *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 649; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 26 Rn. 49 f., und *Hau*, in: *Lindacher/Hau* (Hrsg.), Fälle zum Allgemeinen Teil des BGB, 4. Aufl. 2005, Fall 3 (S. 14). Ganz ähnliche Argumente beherrschen den Streit um eine analoge Anwendung des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB in Fällen des § 151 BGB, dazu etwa *Mankowski* (Fn. 3), S. 97 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 35 II 3; *Bork*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2003, § 151 Rn. 22; *Brehmer*, JuS 1994, 386 (390 f.), und *Hau*, in: *Lindacher/Hau* (Hrsg.), Fälle zum Allgemeinen Teil des BGB, 4. Aufl. 2005, Fall 5 (S. 27).

<sup>6</sup> Da die Leistung vor Vertragsschluß erfolgte, wird regelmäßig die *condictio ob rem* nach § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB einschlägig sein, vgl. dazu *Lorenz*, in: *Staudinger*, Kommen-

erten Fall käme ein Widerruf der K nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB allemal zu spät.

Die Anfechtung führt gemäß § 142 Abs. 1 BGB dazu, daß die angefochtene Erklärung rückwirkend unwirksam wird; in der Folge wird auch der Vertrag unwirksam, auf dessen Schluß die angefochtene Erklärung gerichtet war. Bezüglich der weiteren Folgen ist danach zu unterscheiden, aus welchem Grund die Anfechtung erfolgte. Grundsätzlich schuldet der Anfechtende dem Anfechtungsgegner nach § 122 BGB Ersatz des Vertrauensschadens, ohne daß es darauf ankäme, ob er den Irrtum zu vertreten hat; das gilt nicht, wenn wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 BGB angefochten wurde. Die Rückgewähr ausgetauschter Leistungen erfolgt nach Bereicherungsrecht,<sup>7</sup> wobei die Saldotheorie und die Lehre vom faktischen Synallagma zu beachten sind.<sup>8</sup> Diese beiden Lehren stimmen jedenfalls darin überein, daß das angestrebte Austauschverhältnis auch bei der Rückabwicklung zu berücksichtigen ist: Grundsätzlich kann nur derjenige seine Leistung zurückverlangen, der bereit und in der Lage ist, die seinerseits erhaltene Gegenleistung zurückzugewähren. Zulasten eines Minderjährigen sollen diese Einschränkungen freilich nicht greifen, ferner nicht zulasten eines arglistig Getäuschten:<sup>9</sup> Sie sollen ihre Leistung grundsätzlich auch dann in voller Höhe kondizieren können, wenn sie zur Rückgewähr der Gegenleistung außer Stande sind.

In dem oben geschilderten Fall ist ein Kaufvertrag über die Kette zum Preis von 2.000 € zustande gekommen. Doch unterlief K ein Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB. Erklärt sie die Anfechtung, kann sie nach den dargestellten Grundsätzen Rückzahlung der von ihr geleisteten 500 € nicht verlangen, da sie ihrerseits nicht in der Lage ist,

---

tar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 110; *Wieling*, Bereicherungsrecht, 4. Aufl. 2006, § 3 III 3 c.

<sup>7</sup> Dabei ist streitig, ob hier die *condictio solutionis causa* nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB oder die *condictio ob causam finitam* nach § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB einschlägig ist: im ersten Sinne etwa *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 142 Rn. 31; im zweiten Sinne etwa *Wieling* (Fn. 6), § 3 III 2; offenlassend *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 812 Rn. 175. Der Streit hat allenfalls im Hinblick auf § 814 BGB Bedeutung und verliert auch diese, wenn man § 814 BGB in den vorliegenden Fällen trotz Rückwirkung der Anfechtung von vornherein für unanwendbar hält, vgl. *Wieling* (Fn. 6), § 3 III 2.

<sup>8</sup> Vgl. zu diesen Ansätzen instruktiv *Finkenauer*, JuS 1998, 986; *ders.*, NJW 2004, 1704; *Wieling* (Fn. 6), § 5 I 4 c; *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, § 27 IV; *Flume*, JZ 2002, 321; *Wilhelm*, JZ 1995, 573; *Halfmeier*, JA 2007, 492.

<sup>9</sup> Vgl. etwa die Darstellung bei *Medicus* (Fn. 8), § 27 IV; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2007, Rn. 1134 ff., und, für den Fall des arglistig Getäuschten allerdings ablehnend, *Wieling* (Fn. 6), § 5 I 4 c. An abweichenden Konstruktionen mangelt es nicht, vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 73 III („Gegenleistungskondiktion“).

die Kette zurückzübergeben. Vielmehr sieht sie sich eines Anspruchs des V auf Wertersatz für die Kette ausgesetzt, wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß § 122 BGB auch beim Anfechtenden untergegangene Leistungen des Anfechtungsgegners erfaßt.<sup>10</sup>

Widerruf nach § 355 BGB und Rücktritt führen zur Umwandlung des ursprünglichen Austausch- in ein Rückgewährverhältnis; dabei verweist § 357 BGB mit einigen Modifikationen auf das Rücktrittsfolgenrecht.<sup>11</sup> Nach § 346 Abs. 1 BGB haben die Parteien einander die erhaltenen Leistungen samt daraus gezogener Nutzungen zurückzugewähren; ist das nicht möglich, schulden sie nach Abs. 2 Wertersatz, es sei denn, dies ist nach Abs. 3 ausgeschlossen. Besonderer Beachtung bedarf hier § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB: Geht im Falle der Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts der erhaltene Gegenstand beim Rücktrittsberechtigten unter, obwohl dieser eigenübliche Sorgfalt hat walten lassen, schuldet er keinen Wertersatz. Diese Norm gilt für die Widerrufsfolgen gemäß § 357 Abs. 3 S. 3 BGB nicht, wenn der Unternehmer beweisen kann, daß er den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt hat.<sup>12</sup>

§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB macht den wohl erheblichsten Unterschied zwischen der rücktritts- und der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung aus. Bei dieser hat der Lösungswillige, bei dem der empfangene Gegenstand trotz eigenüblicher Sorgfalt untergegangen ist, nach der Saldotheorie und der Lehre vom faktischen Synallagma letztlich dessen Wert zu ersetzen, wenn er das vom ihm Geleistete zurückhaben will;<sup>13</sup> bei rücktrittsrechtlicher Rückabwicklung ist das nicht der Fall, wenn der Rücktrittsberechtigte eigenübliche Sorgfalt hat walten lassen.<sup>14</sup>

Im oben geschilderten Fall hat K auch ein Widerrufsrecht nach §§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 355 BGB, das mangels Belehrung nicht verfristet ist. Übt sie dieses aus, kann sie nach §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB die von ihr gezahlten 500 € verlangen und muß umgekehrt nach §§ 357 Abs. 1

---

<sup>10</sup> So etwa *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 122 Rn. 12; *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 122 Rn. 8, jeweils m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. dazu näher etwa *Bülow*, in: *ders./Artz* (Hrsg.), Verbraucherprivatrecht, 2003, S. 44 ff., und zu den Einzelheiten *ders.*, in: *ders./Artz* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherprivatrecht, 2005, 4. Kap. Rn. 188 ff.

<sup>12</sup> Die Rücksendungsgefahr trägt gemäß § 357 Abs. 2 S. 2 BGB aber auch in diesem Fall der Unternehmer.

<sup>13</sup> Zur praktischen Durchführung lehrreich *Finkenauer*, NJW 2004, 1704.

<sup>14</sup> Mit Recht kritisch dazu etwa *Wieling* (Fn. 6), § 5 I 4 c ee; eingehend *Wagner*, in: *Baums/Wertenbruch* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, S. 591 ff. Nicht wenige plädieren allerdings gar für eine analoge Anwendung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB auch bei bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung, vgl. etwa *Schwab*, in: *ders./Witt* (Hrsg.), Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 387; *Lieb* (Fn. 7), § 818 Rn. 134 ff.; *Thier*, in: *Lorenz* (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 439 ff.

S. 1, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 2 Nr. 3, 357 Abs. 3 S. 3 BGB – wiederum wegen fehlender Belehrung – keinen Wertersatz für die gestohlene Kette leisten.

Wegen dieser erheblichen Unterschiede stellen sich – nicht nur bei der Klausurlösung – diverse Fragen, wenn dem Lösungswilligen mehrere Lösungsrechte zur Verfügung stehen: Welches von ihnen wollte er mit der Lösungserklärung ausüben (sogleich II. 1.)? Kann eine klar benannte Lösungserklärung im Falle ihrer Unwirksamkeit in eine andere umgedeutet werden (II. 2.)? Sollte sich der Lösungswillige für ein ihm ungünstiges Lösungsrecht entschieden haben: Kann er sich noch von seiner Lösungserklärung lösen (III.), oder kann er bezüglich der Erklärung, von der er sich schon wirksam gelöst hat, noch ein anderes Lösungsrecht wirksam ausüben (IV.)?

## II. Auslegung und Umdeutung von Lösungserklärungen

### 1. Auslegung

Willenserklärungen unterscheiden sich von Realhandlungen nach ganz herrschender Ansicht dadurch, daß sie auf die Setzung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet sind, die – in mehr oder minder großem Umfang – vom Willen des Erklärenden abhängen.<sup>15</sup> Daraus folgt, daß sich auch die Willenserklärungen untereinander nach den in Aussicht genommenen Rechtsfolgen unterscheiden: Eine Willenserklärung kann nicht auf die Setzung von einander widersprechenden Rechtsfolgen gerichtet sein, der Erklärende kann nicht die ersatzlose Vernichtung der angegriffenen Willenserklärung und zugleich die Umwandlung des durch diese begründeten Austauschverhältnisses in ein Rückgewährverhältnis wollen. Daher kann etwa eine Anfechtungs- nicht zugleich eine Rücktrittserklärung sein.

Erklärt eine Partei ihren Lösungswillen, ist diese Erklärung also zunächst durch Auslegung einem der unter I. genannten Rechtsinstitute zuzuordnen. Wie stets ist dabei nicht am Wortlaut zu haften, sondern unter Berücksichtigung von Verkehrssitte sowie Treu und Glauben der wirkliche Wille zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB): Die Erklärung der „Anfechtung“ kann also durchaus als Rücktritt oder Widerruf auszulegen sein.<sup>16</sup> Entscheidend ist der objektive Horizont des Empfängers; es ist zu fragen, was der für den Empfänger erkennbare Wille des Erklärenden war. Diese Grundsätze geraten hier freilich an ihre Grenzen: Jedenfalls dann, wenn der Erklärende juristischer Laie ist, wird er sich über die weitere Bedeutung seiner Erklärung keine Gedanken machen; der Unterschied zwischen Anfechtung, Rücktritt und den beiden Widerrufsarten ist ihm in aller Regel nicht einmal aufgrund einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ bekannt. Auch das wirtschaftliche Ziel der Erklärung<sup>17</sup> gibt für ihre nähere Bestimmung wenig her, denn im Vordergrund steht wohl immer die Lösung von der ursprünglichen Erklärung,

während die weiteren Rechtsfolgen, in denen sich die Lösungserklärungen vor allem unterscheiden, von einem Laien kaum jemals in Betracht gezogen werden dürften. Indem das Gesetz mehrere Lösungsrechte ähnlichen Inhalts zur Verfügung stellt, zwingt es denjenigen, der das Auslegungsergebnis festzustellen hat,<sup>18</sup> also dazu, eine Differenzierung in den Willen des Erklärenden hineinzulesen, die er mangels Kenntnis nicht enthalten konnte, von der der Erklärende nicht einmal eine vage, laienhafte Vorstellung hatte. Wenn geprüft wird, welche von mehreren Lösungsmöglichkeiten denn wahrgenommen werden sollte, so ist dies also eher eine Frage nach dem hypothetischen als nach dem wirklichen Willen des Erklärenden – weil man nämlich fingiert, der Erklärende wisse, daß ihm mehrere Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, und kenne die Unterschiede in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Das ändert freilich nichts daran, daß dem Gebot der §§ 133, 157 BGB auch insoweit zu folgen ist.

Begründet der Lösungswillige seine Erklärung, so kommt dem für die Auslegung naturgemäß besondere Bedeutung zu.<sup>19</sup> Beruft sich der Lösungswillige etwa auf einen Irrtum, will er offenbar anfechten. Glaubt er für den Empfänger erkennbar, die nicht mehr gewollte Erklärung habe diesen noch nicht erreicht, wird es sich um einen Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB handeln.

Im oben dargestellten Fall handelt es sich also eindeutig um eine Anfechtung, wenn K sich nur darauf beruft, sie habe sich beim Preis versprochen. Erklärt sie dagegen, es könne doch nicht angehen, ältere Damen zu Hause zu überfallen und ihnen Schmuck aufzuschwatzen, will sie offenbar einen Widerruf nach §§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 355 BGB erklären.

Allerdings muß nach ganz herrschender – wenn auch gerade vor dem Hintergrund der vorliegenden diskutierten Auslegungsprobleme nicht unbedenklicher – Ansicht keine der hier in Betracht kommenden Lösungserklärungen begründet werden, um wirksam zu sein.<sup>20</sup> Auch wenn eine Begründung

<sup>18</sup> Zum „Zusammenspiel von Richter- und Empfängerenauslegung“ lehrreich *Palm* (Fn. 17), § 133 Rn. 25 ff.

<sup>19</sup> Vgl. vor *Mankowski* (Fn. 3), S. 703, bereits *Flume* (Fn. 5), § 31 2, und v. *Tuhr* (Fn. 15), § 53 I 4.

<sup>20</sup> Allgemein hierzu *Mankowski* (Fn. 3), S. 695 ff.; *Grunsky*, JuS 1964, 97. – Auch eine Anfechtungserklärung kann nach heute ganz herrschender Meinung wirksam sein, wenn sich der Anfechtende nicht auf einen bestimmten Anfechtungsgrund beruft; doch sollen die tatsächlichen Umstände, auf die sich die Anfechtung stützt, für den Anfechtungsgegner wenigstens erkennbar sein müssen: *Hefermehl* (Fn. 17), § 143 Rn. 2; *Roth* (Fn. 7), § 143 Rn. 11; *Medicus* (Fn. 5), Rn. 724; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 908; *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1996, Rn. 947. Nicht wenige verlangen nicht einmal dies, sondern lassen die bloße Erklärung genügen, *Palm* (Fn. 17), § 143 Rn. 1 m.w.N. Wieder anders *Busch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 143 Rn. 9 (bei Anfechtung ohne Begründung bloße Irrtums-, keine Arglistanfechtung). Für die Widerrufserklärung

<sup>15</sup> Vgl. eingehend v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, § 50 V, VI.

<sup>16</sup> *Mankowski* (Fn. 3), S. 684 f. m.w.N.

<sup>17</sup> Zu diesem Auslegungstopos *Palm*, in: Erman, BGB, Handkommentar, 11. Aufl. 2004, § 133 Rn. 32; *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 133 Rn. 25.



gegeben wurde, kann diese mehrdeutig sein, etwa wenn der Lösungswillige sich zugleich auf eine Haustürsituation und einen Irrtum beruft. In diesen Fällen ist auf allgemeine Auslegungsgrundsätze zurückzugreifen. Und dabei muß ein redlicher Empfänger davon ausgehen, daß der Erklärende im Zweifel die für ihn günstigste Erklärung abgeben wollte; es ist also ein Günstigkeitsvergleich anzustellen.<sup>21</sup> Das gilt freilich nur, wenn dem Empfänger noch Auslegungszweifel bleiben; ohne diese muß er sich nicht zum Anwalt des Erklärenden machen und darf auch eine für den Erklärenden erkennbar nachteilige Erklärung als gewollt akzeptieren.

Im ersten Schritt des Günstigkeitsvergleichs ist zu ermitteln, welche Lösungserklärungen im konkreten Fall überhaupt wirksam abgegeben werden können: Im Zweifel wird niemand eine Anfechtung erklären wollen, wenn sie offenkundig nach § 121 BGB verfristet, ein Widerruf im Sinne des § 355 BGB dagegen noch möglich wäre. Auch hier ist aber im Auge zu behalten, daß für die Ermittlung des Willens des Erklärenden naturgemäß nur solche Umstände herangezogen werden können, die der Erklärende – aus Sicht und nach dem Wissen des Erklärungsempfängers – kennt oder zu kennen glaubt.<sup>22</sup> Weiß der Empfänger also etwa, daß der Erklärende sei noch nicht verfristet, wird er sie mitberücksichtigen müssen.

Glaubt der Lösungswillige – wiederum: aus Sicht und nach dem Wissen des Erklärungsempfängers –, daß ihm mehrere Lösungsmöglichkeiten zu Gebote stehen, wird er im Zweifel diejenige verwirklichen wollen, deren Rechtsfolgen für ihn am günstigsten sind. Diese also sind für die in Betracht kommenden Lösungserklärungen zu ermitteln und miteinander zu vergleichen, wenn die Auslegung noch zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat. Dabei ist gegebenenfalls auch die Rückabwicklung eines erfolgten Leistungsaustauschs zu berücksichtigen. Insofern ist eine Anfechtung nach § 123 BGB oftmals besonders günstig, wenn man der herrschenden Ansicht folgt, die in diesen Fällen die Saldotheorie oder die Lehre vom faktischen Synallagma nicht anwenden will. Glaubt der Lösungswillige, für den Empfänger erkennbar, daß er seine Erklärung nach § 123 BGB anfechten kann, wird er also im Zweifel dies und nicht ein eventuell daneben bestehendes Widerrufsrecht im Sinne des § 355 BGB mit den Folgen der §§ 357, 346 ff. BGB, insbesondere des § 357 Abs. 3 S. 3 BGB ausüben wollen. Für die Klausurlösung bedeutet dies, daß schon unter dem Prüfungspunkt der Lösungserklärung die Folgen der in Betracht kommenden Lösungserklärungen zu berücksichtigen, also schon hier inzident zu prüfen sein können.

ist diese Frage nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB in dem Sinne entschieden, daß sie einer Begründung nicht bedarf.

<sup>21</sup> So speziell zur Frage, ob eine Erklärung als Anfechtung oder Widerruf nach dem – inzwischen in §§ 312 ff. BGB aufgegangenen – HWiG auszulegen ist, *Werner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Bearb. 1998, Vorbem. zum HWiG Rn. 31 m.w.N. aus der Literatur zum HWiG.

<sup>22</sup> *Hefermehl* (Fn. 17), § 133 Rn. 25.

So ist im Ausgangsfall zu verfahren, wenn K dem V erklärt, sie wolle sich vom Vertrag lösen, weil sie sich beim Angebot versprochen habe und es ohnehin nicht angehe, alten Damen zu Hause Schmuck aufzuschwatzen. Die Prüfung wird dann ergeben, daß K den für sie wegen §§ 357 Abs. 3 S. 3, 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB günstigeren Widerruf nach § 355 BGB erklären, nicht etwa nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten wollte.

Es kann dabei der Fall eintreten, daß Vor- und Nachteile der in Betracht kommenden Lösungsmöglichkeiten einander in etwa die Waage halten. So möge ein in jeder Hinsicht ordnungsgemäß über das ihm zustehende Widerrufsrecht Belehrter zugleich vertraglich zum Rücktritt berechtigt sein. In diesem Fall greift die Gefahrtragungsregel des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB weder im Falle des Widerrufs noch des (vertraglich vorbehaltenen!) Rücktritts. Ein Widerruf wäre hier wegen § 357 Abs. 3 S. 1 BGB nachteilig, wonach – anders als gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB im Falle eines Rücktritts – auch für durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eingetretene Verschlechterungen Ersatz zu leisten ist.<sup>23</sup> Gegenüber einem Rücktritt vorteilhaft wäre der Widerruf aber wegen der Kosten- und Gefahrtragungsregel des § 357 Abs. 2 BGB, die gegenüber derjenigen des § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB günstiger ist. Diese ist zu berücksichtigen, auch wenn der Lösungswillige bei Abgabe der Erklärung noch nicht weiß, ob sich die Gefahr verwirklicht.

Führt auch der Günstigkeitsvergleich zu keinen eindeutigen Ergebnissen, läßt sich durch Auslegung also nicht ermitteln, welches von mehreren gegebenen Lösungsrechten ausgeübt wurde, müßte man nach allgemeinen Grundsätzen annehmen, daß die Erklärung insgesamt wirkungslos ist, weil sich ihr Inhalt nicht feststellen läßt.<sup>24</sup> Das erscheint – jedenfalls auf den ersten Blick – wenig sachgerecht, weil der Lösungswillige doch immerhin eindeutig zu erkennen gegeben hat, an den geschlossenen Vertrag nicht mehr gebunden sein zu wollen. Will man daher in solchen Fällen wenigstens eine wirksame Lösung der vertraglichen Bindung annehmen, steht man allerdings vor der Frage, auf welche Folgeordnung abzustellen ist, ob sich im soeben geschilderten Fall die Rücksendungsgefahr also nach § 357 Abs. 2 oder nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB richtet. Dabei darf es nicht zum Nachteil der Gegenseite reichen, daß sich der Lösungswillige nicht eindeutig festgelegt hat. Dieser kann sich also nicht auf die

<sup>23</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut hat der Verbraucher daneben gemäß §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB Nutzungersatz zu leisten, so etwa auch *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 358 Rn. 84. Das widerspricht der im Gesetz allerorten anzutreffenden, sachgerechten Wertung, daß derjenige die Nutzungskosten zu tragen hat, dem auch die Gebrauchsvorteile zugewiesen sind (vgl. etwa §§ 995 S. 2, 994 Abs. 1 S. 2 BGB).

<sup>24</sup> Zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, dessen Inhalt sich nach Ausschöpfen aller Auslegungsmittel nicht genau bestimmen läßt, etwa *Singer/Benedict*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 133 Rn. 23, 76; *Flume* (Fn. 5), § 16 3 e; *Hefermehl* (Fn. 17), § 133 Rn. 23; v. *Tuhr* (Fn. 15), § 61 II 4; BGHZ 20, 109 (111).

ihm jeweils günstigeren Rechtsfolgen der in Betracht kommenden Lösungsrechte berufen, im Gegenteil: Zum Schutze der berechtigten Interessen der Gegenseite müßten die für ihn jeweils ungünstigsten Rechtsfolgen zur Anwendung kommen. Folgt man dem, ist im soeben gebildeten Fall also zwar das Vertragsverhältnis wirksam gelöst, doch haftet der Lösungswillige auch für durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterungen nach § 357 Abs. 3 S. 1 BGB und trägt zugleich abweichend von § 357 Abs. 2 BGB gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB die Gefahr, daß der empfangene Gegenstand auf dem Rückweg zur Gegenseite zufällig untergeht.

Ob man nun so verfahren oder mehrdeutige Lösungserklärungen für gänzlich unwirksam halten will: Für den Lösungswilligen birgt es Nachteile, wenn er nicht eindeutig zum Ausdruck bringt, welches von mehreren Lösungsrechten er ausüben will. Das ist letztlich eine zwingende Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, in manchen Situationen mehrere Lösungsrechte mit unterschiedlichen Rechtsfolgen zu gewähren. Daß § 355 Abs. 1 S. 2 BGB für den Widerruf und die herrschende Ansicht allgemein die Pflicht verneinen, die Lösungserklärung zu begründen,<sup>25</sup> vermag den Lösungswilligen also nicht von der Last zu befreien, seinen Willen auch hinsichtlich des konkret ausgeübten Lösungsrechts erkennbar auszudrücken.

In den meisten Fällen wird sich freilich durch Auslegung ermitteln lassen, welches Lösungsrecht der Lösungswillige ausüben wollte. Damit steht der Inhalt seiner Erklärung fest. Führt sie nicht zum Ziel, kann ihr nicht ohne weiteres eine andere rechtliche Bedeutung untergeschoben werden: Geht etwa der Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB zu spät zu und kann er deshalb die Wirksamkeit der zu widerrufenden Erklärung nicht mehr verhindern, kann nicht einfach von einer Anfechtungserklärung ausgegangen werden. Und eine Anfechtungserklärung wird nicht schon deshalb und ohne weiteres zur Rücktrittserklärung, weil die Anfechtung mangels Anfechtungsgrunds oder Verfristung als solche unwirksam ist. Möglich bleibt in solchen Fällen allenfalls eine Umdeutung nach § 140 BGB.<sup>26</sup>

## 2. Umdeutung

Eine Umdeutung scheidet hier nicht schon daran, daß die in Rede stehenden Erklärungen regelmäßig nicht nichtig, sondern bloß wirkungslos sind;<sup>27</sup> auf solche Erklärungen ist § 140 BGB jedenfalls analog anwendbar.<sup>28</sup> Objektiv muß das

<sup>25</sup> O. Fn. 20.

<sup>26</sup> Die im Gesetz angelegte, klare Unterscheidung zwischen Umdeutung und Auslegung wird freilich vereinzelt bezweifelt, vgl. vor allem *Krampe*, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, 1980, S. 142 ff., 284; *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 155.

<sup>27</sup> Zur Unterscheidung etwa *Klinck*, WM 2006, 417 (420).

<sup>28</sup> *Mankowski* (Fn. 3), S. 16 Fn. 4. – Für Anwendung des § 140 BGB etwa auch auf solche Rechtsgeschäfte, die zunächst schwebend unwirksam waren und später endgültig unwirksam wurden, *Busche* (Fn. 20), § 140 Rn. 13; für An-

umzudeutende Rechtsgeschäft „den Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäfts“ entsprechen; subjektiv muß der hypothetische Wille des Erklärenden für den Fall, daß das umzudeutende Rechtsgeschäft unwirksam ist, auf Geltung des anderen Rechtsgeschäfts gerichtet sein. Diese subjektive Voraussetzung kann man in den vorliegenden Fällen jedenfalls dann bejahen, wenn sich der Erklärende auf jeden Fall lösen wollte, auch um den Preis womöglich weitergehender Rückabwicklungs- oder gewisser Schadensersatzpflichten. Größere Schwierigkeiten bereitet das objektive Tatbestandsmerkmal, dessen genauere Bestimmung zudem streitig ist. Das umzudeutende Rechtsgeschäft muß jedenfalls alle Tatbestandsmerkmale desjenigen Rechtsgeschäfts enthalten, in das es umgedeutet werden soll.<sup>29</sup> Diese Voraussetzung kann vor allem bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften problematisch werden, kaum jedoch bei einseitigen Willenserklärungen wie den vorliegenden.<sup>30</sup> Allgemein wird darüber hinaus angenommen, das andere Rechtsgeschäft dürfe auch in seinen Rechtsfolgen nicht über das umzudeutende hinausgehen.<sup>31</sup> Danach wird eine Umdeutung hier oftmals ausscheiden. Deutlich ist dies bei der Umdeutung eines Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB; denn Anfechtung, Rücktritt und Widerruf nach § 355 BGB als mögliche Umdeutungsziele gehen in ihren Rechtsfolgen über diejenigen des Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB regelmäßig hinaus, indem sie etwa Schadensersatz- oder Rückgewährpflichten begründen.<sup>32</sup> Insbesondere wegen der Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB soll nach verbreiteter Ansicht auch die Umdeutung einer Rücktritts- in eine Anfechtungserklärung ausscheiden,<sup>33</sup> während viele umgekehrt die Umdeutung einer Anfechtungs- in eine Rücktrittserklärung für möglich hal-

wendbarkeit des § 140 BGB auch auf Verfügungen eines Nichtberechtigten *Hefermehl* (Fn. 17), § 140 Rn. 3.

<sup>29</sup> *Busche* (Fn. 20), § 140 Rn. 17. Manche fordern weitergehend, das umzudeutende Rechtsgeschäft müsse bereits die Bestandteile des anderen Rechtsgeschäfts vollständig enthalten; so namentlich *Flume* (Fn. 5), § 32 9c, und die ältere Rspr. des BGH, BGHZ 20, 363 (370) = NJW 1956, 1198 (1200); BGHZ 19, 269 (275) = NJW 1956, 297 (298). Damit würde § 140 BGB zu einem Unterfall der Teilnichtigkeit; dezidiert ablehnend etwa *Medicus* (Fn. 5), Rn. 519; *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 21.

<sup>30</sup> Probleme könnten sich hier allenfalls ergeben, wenn man die Angabe eines Anfechtungsgrundes zum Tatbestand einer wirksamen Anfechtungserklärung rechnet, Fn. 20; dann käme eine Umdeutung womöglich nur in Betracht, wenn der Lösungswillige den Anfechtungsgrund angegeben hat.

<sup>31</sup> *Busche* (Fn. 20), § 140 Rn. 17; *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 22; *Faust*, in: Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, 2005, § 140 Rn. 18; *Medicus* (Fn. 5), Rn. 519; *Larenz/Wolf* (Fn. 5), § 44 Rn. 86 f.

<sup>32</sup> *Mankowski* (Fn. 3), S. 97, mit Nachw. auch der Gegenansicht. Diese vertritt etwa auch *Hau* (Fn. 5), Fall 5 (S. 27 f.).

<sup>33</sup> *Hefermehl* (Fn. 17), § 140 Rn. 4; *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 71; *Larenz/Wolf* (Fn. 5), § 45 Rn. 87; *Mankowski* (Fn. 3), S. 16.



ten.<sup>34</sup> Gleiches wie für den Rücktritt wird man wohl auch für den Widerruf nach § 355 BGB anzunehmen haben. Und wer der Ansicht folgt, eine Anfechtung könne in eine Rücktrittserklärung umgedeutet werden, wird erst recht die Umdeutung eines Widerrufs nach § 355 BGB in einen Rücktritt und umgekehrt für möglich halten, da deren Rechtsfolgen – trotz der aus § 357 BGB folgenden Unterschiede – einander in höherem Maße entsprechen als die von Rücktritt und Anfechtung.

### III. Lösung von der Lösungserklärung

#### 1. Durch Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB

Da jede der hier besprochenen Lösungserklärungen selbst eine Willenserklärung ist, kann sie ihrerseits nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen werden.<sup>35</sup> Der Widerruf einer Lösungserklärung führt unmittelbar lediglich dazu, daß die Lösungserklärung nicht wirksam wird. Darin erschöpft sich auch die Wirkung des Widerrufs eines Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB; er führt dazu, daß die ursprüngliche Erklärung wirksam werden kann.<sup>36</sup>

Für die Ausübung der anderen Lösungsrechte bleibt mehr Zeit als für diejenige des Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB. Daher stellt sich die Frage, ob dem Widerruf nicht ein über den unmittelbaren hinausgehender Erklärungswert beizulegen ist, derjenige nämlich, das Lösungsrecht auch künftig nicht ausüben zu wollen.<sup>37</sup> Denn wer seine Lösungserklärung widerruft, gibt damit auch zu verstehen, daß die ursprüngliche Erklärung zunächst weitergelten soll. Wird eine Anfechtungserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen, ist also zu überlegen, ob in der Widerrufserklärung zugleich eine Bestätigung der angefochtenen Erklärung nach § 144 BGB liegt. Das ist eine Auslegungsfrage, deren Bejahung zunächst nahezuliegen scheint. Dabei ist aber auch zu bedenken, daß der Anfechtungsberechtigte sich mit dem Widerruf der Anfechtungserklärung womöglich nur eine weitere Überlegungsfrist verschaffen wollte, etwa im Fall der Anfechtung nach § 123 BGB, wenn die kurze Frist des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB nicht greift. Man sollte eine Bestätigung also nicht vorschnell annehmen.<sup>38</sup> Das gilt in noch stärkerem Maße für den Fall, daß der Rücktrittsberechtigte seine Rücktrittserklärung oder der Widerrufsberechtigte seine Widerrufserklärung

nach § 355 BGB im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerruft. Auch hier ist es zwar denkbar, daß der Berechtigte mit dem Widerruf der Lösungserklärung zugleich den Verzicht auf sein Lösungsrecht erklärt;<sup>39</sup> im Zweifel wird er dazu aber keinen Anlaß haben und sich seine Lösungsmöglichkeit nicht endgültig nehmen wollen.

Wenn K im eingangs dargestellten Fall also ihre auf Lösung des Vertrags mit V gerichtete Widerrufserklärung im Sinne des § 355 BGB nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerruft, darf V nicht ohne weiteres davon ausgehen, K wolle damit auf ihr Widerrufsrecht insgesamt verzichten.

#### 2. Durch Anfechtung

Die Anfechtung einer Lösungserklärung ist ohne weiteres denkbar; als Anfechtungsgrund kommen vor allem die des § 123 BGB und der Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Var. 2 BGB in Betracht. Ob hier auch Raum für einen Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB bleibt, ist dagegen zweifelhaft. Ein solcher Irrtum liegt jedenfalls nicht vor, wenn sich der Lösungswillige von der (rechtlichen) Bedeutung, insbesondere von einzelnen Rechtsfolgen der Lösungserklärung falsche Vorstellungen machte. Hierbei handelt es sich vielmehr um einen nach h.M. unbeachtlichen Rechtsfolgeirrtum.<sup>40</sup>

Durch Anfechtung der Lösungserklärung wird der *status quo ante* hergestellt, die Lösung also *ex tunc* rückgängig gemacht. Entsteht dem anderen Teil daraus ein Schaden, muß der Anfechtende diesen unter den Voraussetzungen und im Umfang des § 122 BGB ersetzen. Daß der Anfechtende zugleich auf sein Lösungsrecht verzichten wollte, liegt hier im Regelfall ebenso fern wie in den soeben unter 1. dargestellten Konstellationen.

#### 3. Durch Rücktritt oder Widerruf nach § 355 BGB

Da Rücktritt und Widerruf nach § 355 BGB auch Rückgewährpflichten der Gegenseite hervorbringen können, ist immerhin denkbar, daß der den Rücktritt Erklärende der Gegenseite eine Frist setzt, nach deren fruchtlosem Ablauf er wiederum zurücktritt, diesmal vom Rückgewährschuldverhältnis. Nach ganz herrschender Ansicht sollen §§ 323 ff. BGB allerdings auf gesetzliche Schuldverhältnisse keine Anwendung

<sup>34</sup> So *Palm* (Fn. 17), § 140 Rn. 20; *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 140 Rn. 6, und – ohne jede Erörterung – jüngst auch der BGH NJW 2006, 2839 (2842) („[...] den in der Anfechtung zu sehenden Rücktritt [§ 140 BGB]“). Eine solche Umdeutungsmöglichkeit lehnen ab *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 71; *Mankowski* (Fn. 3), S. 16.

<sup>35</sup> *Mankowski* (Fn. 3), S. 1104.

<sup>36</sup> Zu den Problemen, die sich daraus insbesondere bei Formbedürftigkeit der zu widerrufenden Erklärung ergeben können, vgl. *Hau* (Fn. 5), Fall 9 (S. 53).

<sup>37</sup> Zum Verzicht auf Beseitigungsrechte umfassend *Mankowski* (Fn. 3), S. 1058 ff.

<sup>38</sup> Zu entsprechender Zurückhaltung bei der Annahme einer Bestätigung durch konkludentes Verhalten mahnt *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 5 f. m.w.N.

<sup>39</sup> Für Möglichkeit eines – nachträglichen, vgl. etwa §§ 312f, 506 BGB – Verzichts auf das einmal entstandene Widerrufsrecht nach § 355 BGB Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 355 Rn. 64, dagegen aber die h.M., vgl. etwa *Bülow/Artz*, Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 506 Rn. 8 ff. mit vielen Nachw.; *Mankowski* (Fn. 3), S. 1064 ff. Zum Verzicht auf ein Rücktrittsrecht vgl. *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 349 Rn. 7.

<sup>40</sup> Zu diesem *Flume* (Fn. 5), § 23 4 d; *Larenz/Wolf* (Fn. 5), § 36 Rn. 37 ff.; *Medicus* (Fn. 5), Rn. 750 f. Grundlegend *Manigk*, Irrtum und Auslegung, 1918, §§ 8 ff. Für Beachtlichkeit des Rechtsfolgeirrtums nach Maßgabe des § 119 Abs. 2 BGB aber *Wieling*, Jura 2001, 577 (581).

finden,<sup>41</sup> was sich für §§ 323 f. BGB mit dem Wortlaut „bei einem gegenseitigen Vertrag“ und für § 326 BGB mit der Erwägung stützen läßt, daß § 346 Abs. 2, 3 BGB Sonderregelungen für den Fall der Unmöglichkeit der Rückgewähr enthalten. Entsprechend kann eine Lösungserklärung schon deshalb nicht nach § 355 BGB widerrufen werden, weil die einzelnen Widerrufsrechte sich auf solche Willenserklärungen beziehen, die auf Vertragsschluß gerichtet sind.<sup>42</sup>

#### IV. Nochmalige Lösung nach wirksamer Lösung

Unter III. ging es um die Vernichtung der Lösungserklärung auf rechtsgeschäftlicher Ebene, die zunächst zu einer bloßen Nicht-Lösung führt und allemal die Möglichkeit eröffnet, nunmehr ein anderes Lösungsrecht wirksam auszuüben. Eine ganz andere Frage ist es, ob eine nochmalige Lösungserklärung ihre Wirkungen entfalten kann, nachdem der Erklärende schon eine wirksame Lösungserklärung abgegeben hat, von der er nicht mehr Abstand nehmen kann. Diese Frage bereitet für den Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wenig Kopfzerbrechen: Er kommt in diesen Fällen wohl immer zu spät, denn wenn schon die Lösungserklärung zugegangen ist, wird die zu widerrufende Erklärung vorher zugegangen sein. Genausowenig kommt ein Rücktritt vom ursprünglichen Austauschverhältnis in Betracht, nachdem dieses aufgelöst worden ist: Denn mit der Lösung sind die ursprünglichen Leistungspflichten entfallen, und die Voraussetzungen des § 323 BGB können insoweit<sup>43</sup> nicht mehr eintreten; waren sie vor der Auflösung schon gegeben, sind sie mit dieser entfallen.

##### 1. Anfechtung nach wirksamer Anfechtung oder Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB

Die Frage, ob nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufenen Erklärungen noch angefochten werden können, scheint in den vorliegenden Fällen aus praktischen Gründen keine Rolle zu spielen, da ja auch die Anfechtung nicht weiter zurückwirken kann als der Widerruf, im Gegenteil: Die angefochtene Erklärung wird nur, wenn auch rückwirkend (§ 142 Abs. 1 BGB), unwirksam, während die widerrufenen Erklärung gar nicht erst wirksam wurde. Die Anfechtung einer bereits wirksam nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufenen Erklärung kann für den

Lösungswilligen aber immerhin wegen § 142 Abs. 2 BGB interessant sein, ferner im Hinblick auf eine Rückabwicklung bereits ausgetauschter Leistungen, wenn die Gegenleistung beim Lösungswilligen untergegangen ist, dieser nach § 123 BGB anfechten kann und man der herrschenden Ansicht folgt, die in diesen Fällen die Saldotheorie oder die Lehre vom faktischen Synallagma nicht anwenden will.

So möge V der K im Ausgangsfall vorsätzlich wahrheitswidrig erklärt haben, daß es sich bei den im Collier befindlichen Steinen um echte Diamanten handle, und ihr die Kette zunächst gegen „Anzahlung“ zur Ansicht überlassen haben, mit der Maßgabe, der Vertrag solle erst dann wirksam sein, wenn K das Angebot des V später brieflich annehme. K schickt wenig später den Brief ab, widerruft die darin enthaltene Annahmeerklärung dann aber rechtzeitig per Fax. Sodann wird die Kette gestohlen, und K erfährt nun erst von der Täuschung des V. Kann sie nun die bereits nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufenen Erklärung noch anfechten?

Bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach Widerruf gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB würde sich der Untergang des erhaltenen Leistungsgegenstandes nach der Saldotheorie oder der Lehre vom faktischen Synallagma zu Lasten des Lösungswilligen auswirken und seinen eigenen Rückforderungsanspruch entsprechend ausschließen oder mindern. Eine durch die Täuschung ausgelöste Haftung der Gegenseite aus *culpa in contrahendo* nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB hülfe dem Lösungswilligen jedenfalls dann nicht, wenn die Kausalität zwischen Pflichtverletzung (Täuschung) und Schaden (Untergang der Gegenleistung und damit des Anspruchs auf Rückgabe der Leistung) fehlt. Das wäre im soeben geschilderten Fall etwa anzunehmen, wenn K die Kette auch ohne Täuschung gekauft hätte, womöglich zu einem niedrigeren Preis. Es ist also immerhin denkbar, daß die Frage relevant wird, ob eine wegen § 130 Abs. 1 S. 2 BGB gar nicht erst wirksam gewordene Willenserklärung noch angefochten werden kann.

Nach herrschender Ansicht kann eine ohnehin unwirksame Willenserklärung in der Tat angefochten werden, wofür man sich gemeinhin auf die sogenannte „Kipp'sche Doppelwirkung im Recht“ beruft. *Theodor Kipp* hatte diese Lehre im Hinblick auf § 142 Abs. 2 BGB anhand von Fällen wie dem folgenden begründet:<sup>44</sup> Ein Minderjähriger (M) veräußert nach arglistiger Täuschung des Erwerbers (E) diesem eine bewegliche Sache; E übereignet sie an einen Dritten (D) weiter, der zwar von der Täuschung, aber nichts von der Minderjährigkeit des M weiß. Die Übereignung an E ist zwar nach §§ 108, 107 BGB unwirksam, doch wußte D hiervon nichts, so daß er nach §§ 929, 932 BGB redlich erworben zu haben scheint. Daher wollte *Kipp* eine Anfechtung durch M zulassen, um zulasten des D § 142 Abs. 2 BGB anwenden zu können. Viele meinen heute freilich, man könne § 142 Abs. 2 BGB – entgegen seinem Wortlaut – in solchen Fällen ohnehin auch dann anwenden, wenn eine Anfechtung nicht er-

<sup>41</sup> *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 43; *Westermann*, in: Erman, BGB, Handkommentar, 11. Aufl. 2004, § 323 Rn. 8; *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 11 m.w.N. in Fn. 49 f. Für eine Anwendung des § 323 BGB a.F. auf die Rückgewährpflichten nach § 346 BGB a.F. aber noch *E. Wolf*, AcP 153 (1954), 97 (142 ff.), und diesem folgend *Wieling*, JuS 1973, 397 (398).

<sup>42</sup> Die auf Abschluß eines Anpassungs- oder Aufhebungsvertrags gerichtete Willenserklärung kann dagegen durchaus widerruflich sein, vgl. zur Mieterhöhung *Artz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 557 Rn. 33 ff.; vertiefend *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, S. 196 ff.

<sup>43</sup> Zum von der ganz herrschenden Meinung abgelehnten „Rücktritt vom Rücktritt“ vgl. soeben bei Fn. 41.

<sup>44</sup> *Kipp*, in: Universität Berlin (Hrsg.), Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, 1911, S. 211 ff., (insbes. 224 ff.).

folgt, denn an der Redlichkeit des Erwerbers fehle es schon dann, wenn er einen nur potentiellen Unwirksamkeitsgrund kennt.<sup>45</sup> Die „Lehre von der Doppelwirkung im Recht“ als solche aber herrscht noch heute.<sup>46</sup> Mit ihr läßt sich auch hier das begriffslogische Bedenken überwinden, es fehle wegen des wirksamen Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB an einem tauglichen Anfechtungsgegenstand. Daß es vorliegend nicht um eine unwirksame, sondern um eine gar nicht erst wirksam gewordene Willenserklärung geht, ändert an der Interessenlage nichts. Und diese rechtfertigt es, dem Lösungswilligen eine Anfechtung zu gestatten: Der arglistig Täuschende ist ihm gegenüber nicht schutzwürdig. Auch hier aber fragt sich, ob es einer solchen Anfechtung überhaupt bedarf: Wenn man der herrschenden Einschränkung von Saldotheorie und Lehre vom faktischen Synallagma bei arglistiger Täuschung folgt, sollte man hierfür schon die bloße Täuschung genügen lassen, ohne eine darauf gestützte Anfechtung zu verlangen – denn diese selbst hat mit der die Einschränkung tragenden Erwägung, der Täuschende sei nicht schutzwürdig, nichts zu tun. Dann sind Saldotheorie oder faktisches Synallagma schon aufgrund der zur Anfechtung berechtigenden Täuschung unanwendbar, ohne daß es einer nochmaligen Vernichtung durch Anfechtung bedürfte.<sup>47</sup>

Aus den gleichen Gründen kann auch eine bereits wirksam angefochtene Erklärung nochmals angefochten werden, etwa weil der Irrende später herausfindet, daß er arglistig getäuscht worden war.<sup>48</sup> Auch hier aber ist zweifelhaft, ob es einer erneuten Anfechtung überhaupt bedarf. So ist keine nochmalige Anfechtung nach § 123 BGB notwendig, um den Schadensersatzanspruch nach § 122 BGB auszuschalten. Denn hat der Anfechtungsgegner selbst arglistig getäuscht oder widerrechtlich gedroht, erscheint es interessengerecht, § 122 Abs. 2 BGB auch dann anzuwenden, wenn die Anfechtung nicht auf § 123 BGB, sondern auf einen Irrtum nach § 119 BGB oder auf § 120 BGB gestützt wurde. Schutzwürdiges Vertrauen nämlich konnte der Anfechtungsgegner in

diesem Fall nicht aufbauen.<sup>49</sup> Entsprechendes gilt, wenn der Anfechtungsgegner die Täuschung eines Dritten im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB kannte oder kennen mußte. Und auch für § 142 Abs. 2 BGB sollte man es genügen lassen, daß der Dritte die Anfechtbarkeit überhaupt kannte oder kennen mußte, ohne daß es auf den eher zufälligen Umstand ankommen sollte, ob der Anfechtungsberechtigte sich gerade auf das dem Dritten bekannte oder fahrlässig unbekannt gebliebene Anfechtungsrecht stützt.<sup>50</sup>

## 2. Anfechtung nach § 355 BGB widerrufener Erklärungen und Widerruf angefochtener oder nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufener Erklärungen

Die Anfechtung nach wirksamem Rücktritt ist schon deshalb begriffslogisch unbedenklich, weil der Rücktritt nur das Austauschschuldverhältnis umwandelt, die es begründenden Willenserklärungen als solche aber unberührt läßt.<sup>51</sup> Aber auch gegen eine Anfechtung bereits nach § 355 BGB widerrufener Erklärungen oder gegen einen Widerruf angefochtener Verbrauchererklärungen bestehen in dieser Hinsicht keine durchgreifenden Bedenken. Der Widerruf nach § 355 BGB führt zwar auch zur Unwirksamkeit der widerrufenen Willenserklärung; jedoch gilt das oben zur Anfechtbarkeit bereits unwirksamer Erklärungen nach der *Kipp*'schen Doppelwirkung im Recht Gesagte entsprechend, und zwar auch für den umgekehrten Fall, daß der Verbraucher die nach § 355 BGB zu widerrufende Erklärung bereits wirksam angefochten oder gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen<sup>52</sup> hat.

Die Antwort auf die Frage, ob in den genannten Fällen eine nochmalige Lösungserklärung mit der Folge zuzulassen ist, daß die Rückabwicklung anderen Regeln unterliegt, ist jedoch vorrangig aus der sich im Gesetz niederschlagenden Bewertung der beteiligten Interessen abzuleiten. Gegen eine nochmalige Lösungsmöglichkeit in diesen Fällen könnte dabei sprechen, daß die Gegenseite womöglich schon schutzwürdiges Vertrauen in die eine oder andere Art der Rückabwicklung aufgebaut hat. Vertrauensschutz wird zwar grundsätzlich nicht um seiner selbst Willen gewährt, sondern im Hinblick darauf, daß der Geschützte das Vertrauen betätigt und entsprechende Dispositionen getroffen hat.<sup>53</sup> Aber selbst wenn man dies auch für die Schutzwürdigkeit von Vertrauen in die Geltung einseitiger Rechtsgeschäfte verlangt,<sup>54</sup> scheidet schutzwürdiges Vertrauen der Gegenseite in eine bestimmte Art der Rückabwicklung hier dennoch nicht von vornherein aus, denn entsprechende Dispositionen sind auch

<sup>45</sup> So etwa *Medicus* (Fn. 5), Rn. 729; *Hasse*, JuS 1997, L 1; *Oellers*, AcP 169 (1969), 67. Anders wohl *Mankowski* (Fn. 3), S. 1096.

<sup>46</sup> Sie wird auch von den in Fn. 45 Genannten grundsätzlich akzeptiert; weitergehende Ablehnung allerdings bei *Oellers*, AcP 169 (1969), 67.

<sup>47</sup> Das sollte jedenfalls gelten, solange die Fristen des § 124 BGB noch nicht abgelaufen sind; danach ist zu erwägen, ob der Täuschende schutzwürdiges Vertrauen in die Folgenlosigkeit seiner Täuschung setzen konnte.

<sup>48</sup> Ebenso etwa *Medicus* (Fn. 5), Rn. 730. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Anfechtende, der wegen Fristablaufs nicht nochmals anfechten kann, Gründe für die ursprünglich erklärte Anfechtung „nachschieben“ kann; verneinend etwa *Busche* (Fn. 20), § 143 Rn. 10, und im Ergebnis auch *Mankowski* (Fn. 3), S. 711 ff.; sowie *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2007, § 143 Rn. 5 (als neue Anfechtungserklärung zu werten).

<sup>49</sup> *Mankowski* (Fn. 3), S. 553. Das gilt allemal dann, wenn man § 122 Abs. 3 BGB als *lex specialis* zu § 254 BGB begreift, so statt vieler *Singer* (Fn. 10), § 122 Rn. 18.

<sup>50</sup> Vgl. o. Fn. 45.

<sup>51</sup> Zu prozessualen Problemen, die sich ergeben, wenn der Kläger seine Klage zunächst allein auf einen Rücktritt, sodann auf eine Anfechtung stützt, vgl. jüngst *Renna*, ZGS 2007, 448.

<sup>52</sup> *Mankowski* (Fn. 3), S. 1077.

<sup>53</sup> Grundlegend *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 510 ff.

<sup>54</sup> Ablehnend *Canaris* (Fn. 53), S. 513.

in den vorliegend interessierenden Fällen denkbar.<sup>55</sup> Entscheidend ist also, ob das Vertrauen in den Bestand der einmal abgegebenen Lösungserklärung die schutzwürdigen Interessen des Verbrauchers überwiegt.

Kaum Schwierigkeiten bereitet hier der Fall, daß der Verbraucher nach wirksamem Widerruf gemäß § 355 BGB oder wirksamem Rücktritt noch anfechten will. Denn die dadurch bezweckte bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ist für ihn gegenüber der rücktrittsrechtlichen nur vorteilhaft, wenn Saldotheorie und Lehre vom faktischen Synallagma nicht zur Anwendung kommen, nach herrschender Meinung also dann, wenn der Verbraucher arglistig getäuscht wurde. Unter diesen Voraussetzungen nämlich wird der Lösungswillige bei bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung über das Maß des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB hinaus von der Rückgewährgefahr entlastet. In diesem hier einzig relevanten Fall scheidet – eben wegen der arglistigen Täuschung – schutzwürdiges Vertrauen der Gegenseite aus. Der Verbraucher kann auch nach wirksamem Widerruf oder Rücktritt noch nach § 123 BGB anfechten.

Ungleich schwerer fällt die Antwort auf die umgekehrte Frage, ob der Verbraucher seine Erklärung nach wirksamer Anfechtung oder wirksamem Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB noch gemäß § 355 BGB widerrufen kann.<sup>56</sup> So mag K in Fortführung des eingangs geschilderten Falles zunächst die Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB erklärt haben, später aber, nach rechtlicher Beratung, einen Widerruf nach §§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 355 BGB. Kann dieser noch dazu führen, daß das Rückabwicklungsverhältnis nicht mehr dem Bereicherungsrecht samt der Saldotheorie oder der Lehre vom faktischen Synallagma unterliegt, sondern §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 3 S. 3 BGB mit der Folge, daß K für die gestohlene Kette keinen Wertersatz zu leisten hat und ihr Geld in voller Höhe zurückverlangen kann?

Man könnte meinen: Wenn das Gesetz das Vertrauen des Unternehmers selbst in die Vertragsdurchführung geringer bewertet als den Schutz des Verbrauchers vor den Folgen seiner später als nachteilig erkannten Willenserklärung, muß erst recht das Vertrauen des Unternehmers in eine bestimmte Art der Rückabwicklung geringer als die Belange des Verbrauchers zu bewerten sein. Dieses *argumentum a maiore ad minus* ist jedoch nicht zulässig. Denn das Gesetz setzt den Unternehmer eben nur hinten, wenn die Willenserklärung des Verbrauchers unter bestimmten Bedingungen abgegeben wurde, was auf die Anfechtungserklärung gerade nicht zutrifft. Auf deren Wirksamkeit darf der Unternehmer also grundsätzlich vertrauen. Daß diesem Vertrauen überwiegende schutzwürdige Interessen des Verbrauchers gegenüberstehen, würde man verneinen müssen, wenn das Widerrufsrecht ihm

nur die Lösung als solche ermöglichen sollte; denn dieses Ziel konnte er in den vorliegenden Fällen schon durch Anfechtung erreichen. Das Widerrufsrecht soll den Verbraucher jedoch vor den negativen Folgen einer nicht hinreichend bedachten Willenserklärung schlechthin schützen, und zwar vor allem auch im Hinblick auf die Rückabwicklung. Das gilt ausweislich § 357 Abs. 3 S. 3 BGB insbesondere dann, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden ist; dann kommt er nicht nur in den Genuß der ihn gegenüber dem Rücktrittsrecht besserstellenden Regelungen des § 357 Abs. 2 BGB, sondern auch in den der Enthaltung nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB<sup>57</sup>. Und gerade deshalb und in diesen Fällen ist die vorliegende Frage, ob der Verbraucher nach Anfechtung noch widerrufen kann, ja relevant. Der Verbraucher ist natürlich nicht weniger schutzwürdig, weil er sich auch noch anfechtungsrelevant geirrt hat; und eine darauf gestützte Anfechtung ist kein Grund, den Unternehmer, der den Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt hat, von der ihn daher treffenden Rückgewährgefahr zu entlasten. Nach alledem ist also ein Widerruf nach § 355 BGB auch dann noch zuzulassen, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung bereits wirksam angefochten<sup>58</sup> oder gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen hat.

Ähnliche, genauso zu beantwortende Fragen stellen sich, wenn nicht der Verbraucher, sondern der Unternehmer seine auf Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung angefochten hat.<sup>59</sup> In Abwandlung des Ausgangsfalls hat nicht K, sondern V sich beim Preis versprochen. Die Kette wird gestohlen, V ficht an und K widerruft sodann nach § 355 BGB. Anders als im Fall der vorherigen Anfechtung durch den Verbraucher selbst liegt hier immerhin noch eine für sich genommene wirksame Willenserklärung des Verbrauchers vor, die von der Anfechtung des Unternehmers unberührt bleibt. Entscheidend ist, ob die gesetzliche Interessenbewertung es zuläßt, daß der Unternehmer dem Verbraucher durch Anfechtung die Möglichkeit nimmt, mit für diesen womöglich günstigeren Rückabwicklungsfolgen zu widerrufen. Nach dem soeben Gesagten ist das nicht der Fall. Der Verbraucher kann also grundsätzlich auch dann noch mit den in §§ 357, 346 ff. BGB genannten Rechtsfolgen widerrufen, wenn der Unternehmer seine auf Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung zuvor wirksam angefochten hat.

<sup>57</sup> Zu den rechtspolitischen Zweifeln an dieser Norm bereits Fn. 14.

<sup>58</sup> Ebenso zum HWiG im Ergebnis auch *Werner* (Fn. 21), Vorbem zum HWiG Rn. 31 m.w.N. aus der Literatur zum HWiG. Ganz allgemein *Mankowski* (Fn. 3), S. 1095 („Die Ausübung eines Beseitigungsrechts macht die Ausübung eines anderen Beseitigungsrechts nicht unmöglich“). Vertrauensschutzaspekte diskutiert *Mankowski* (Fn. 3), S. 1101 f., 1106 ff., nur im Hinblick auf eine Lösung von der Lösungserklärung.

<sup>59</sup> § 312 BGB steht einer Anfechtung des Unternehmers nicht entgegen *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 Rn. 80; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, Vorbem. zu §§ 312, 312a Rn. 44.

<sup>55</sup> Etwa im Hinblick darauf, die Leistung des Verbrauchers aufgrund der Saldotheorie oder der Lehre vom faktischen Synallagma behalten oder nach § 357 Abs. 3 S. 3 BGB entgegen § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB Wertersatz für die beim Verbraucher untergegangene Gegenleistung verlangen zu können.

<sup>56</sup> Dazu, daß ein Rücktritt nach wirksamer Anfechtung nicht denkbar ist, oben IV. pr.

# Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik

## Entwicklungstendenzen der Legisprudenz – Teil 1

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

*In Finnland haben wir viel zu viele Gesetze, aber nicht genug.\**

### I. Problemstellung

Unser tägliches Leben wie die moderne Gesellschaft insgesamt sind weitgehend von Gesetzen bestimmt.<sup>1</sup> Der Staat, insbesondere der Rechtsstaat, ist Gesetzesstaat und damit notwendigerweise Gesetzgebungsstaat.<sup>2</sup> Dennoch fristet die Gesetzgebungslehre in Wissenschaft und Lehre<sup>3</sup> nach wie vor ein Schattendasein. Zugleich unterstreichen große Gesetzgebungsvorhaben wie das UGB oder die GmbH-Reform die Bedeutung nicht nur von Gesetzgebung, sondern auch ihrer fachlichen Begleitung und Fundierung. Hierfür genügt es längst nicht mehr, sich lediglich in dem Sachbereich, der geregelt werden soll, gut auszukennen. Erforderlich ist ein übergreifendes Verständnis der Voraussetzungen, Leistungen und Grenzen von Gesetzgebung. Daher will dieser Beitrag eine Einführung in einige wichtige Fragestellungen der facettenreichen Gesetzgebungslehre bieten und Auskunft darüber geben, was Gesetzgebungslehre leisten kann, wofür sie Lösungen anbietet und welche unbewältigten Probleme sie birgt, wer zur Gesetzgebungslehre beiträgt und welche Stellung hierzu die Rechtswissenschaft und namentlich das Verfassungsrecht einnehmen.

### II. Begriffliches

Unter Gesetzgebungslehre sollen, dem üblichen Begriffsverständnis entsprechend, alle Theorien verstanden werden, die sich mit der Entstehung, Abfassung und Wirkung von Gesetzen befassen.<sup>4</sup> Dabei ist die Abfassung von Gesetzen Gegenstand der Gesetzesteknik bzw. Gesetzgebungstechnik oder auch, wie es vor allem in Österreich heißt, der Legistik.<sup>5</sup> Mit der Wirkung von Gesetzen, genauer: ihrer Antizipation im

Rahmen von Gesetzgebungsprojekten, befasst sich die Gesetzesfolgenabschätzung. Sie dient der Erkundung und vergleichenden Bewertung beabsichtigter und geltender Rechtsvorschriften (einschließlich ihrer Alternativen) mit Hilfe eines interdisziplinären Forschungsansatzes und soll die Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens sichern.<sup>6</sup> Die Gesetzgebungslehre bildet demgegenüber einen Oberbegriff, der sowohl klassisch-juristische Komponenten, wie die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen der Gesetzgebung (insofern erscheint die Gesetzgebungslehre als Teilbereich des Staatsrechts), als auch außerjuristische Theorien umfasst. Der Begriff der Rechtsetzungstheorie verdeutlicht, dass außer der Gesetzgebung auch andere Arten von Rechtsetzung, insbesondere Verordnungsgebung<sup>7</sup> und Satzungsgebung, zu beachten sind. Insofern geht es um mehr als um eine bloße „Funktionslehre der Ersten Gewalt“.<sup>8</sup> Noch weiter ist der Begriff der Regulierungstheorie, der stärker in einem sozialwissenschaftlichen Kontext steht und dort einen bestimmten Ansatz repräsentiert. Im Übrigen werden die Begriffe Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungstheorie und Gesetzgebungswissenschaft(en) sowie – in Deutschland seltener – Legisprudenz<sup>9</sup> synonym verwendet, spiegeln allerdings mitunter unterschiedliche Vorverständnisse und Schwerpunktsetzungen: Steht das Wort „Gesetzgebungslehre“ eher für eine Kunstlehre guter Gesetzgebung und die Weitergabe historischer und praktischer Erfahrungen, so signalisieren die Wortbildungen mit „-theorie“ bzw. „-wissenschaft“ einen eher szientifischen, typischerweise die Rechtswissenschaft transzendierenden, forschungsorientierten Ansatz. Die Pluralbildung „Gesetzgebungswissenschaften“ drückt darüber hinaus den Umstand aus, dass es nicht *eine* Gesetzgebungslehre, sondern eine Vielzahl unterschiedlicher Ansätze gibt, die vor allem Ausfluss der Zugangsweisen der jeweiligen Mutterdisziplinen sind. Gesetzgebungslehre ist daher im Idealfall eine Synthese verschiedener Gesetzgebungslehren. Nicht zur Gesetzgebungslehre gehört die Kritik konkreter Gesetze, es sei denn, diese stellt sich als Anwendung einer über das einzelne Gesetz hinausweisenden Gesetzgebungstheorie dar.

\* Äußerung eines finnischen Gesetzgebungswissenschaftlers, zitiert nach *Karpen*, AöR 124 (1999), 400 (419).

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates*, 1998, S. 105 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessen*, 2000, S. 70 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Nur an wenigen Fakultäten ist sie Teil des Curriculums. Wird sie überhaupt angeboten, so als Wahlfach, nicht als Pflichtveranstaltung. Neue Schwerpunktstudienangebote lassen jedoch einen Aufschwung erwarten. Vgl. zum Stellenwert der Gesetzgebungslehre in der Juristenausbildung den allerdings nicht mehr aktuellen Bericht von *Merten*, in: *Schreckenberger* (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre*, 1986, S. 178 ff.

<sup>4</sup> Vgl. einführend *Karpen* (Hrsg.), *Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland*, 1998 und *ders.*, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert*, 2006.

<sup>5</sup> Vgl. *Öhlinger* (Gesamtred.), *Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, 1982 und *Schäffer*, in: *Rödig* (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976, S. 192 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Ennuschat*, DVBl. 2004, 986 (992).

<sup>7</sup> Vgl. *Meßerschmidt*, *Rechtsverordnungen*, in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, LdR 122 (Dez. 2004).

<sup>8</sup> *Karpen*, *Gesetzgebungslehre* (Fn. 4), S. 5.

<sup>9</sup> Vgl. jedoch *Mader*, *LeGes* 2006, 143 (145); *Wintgens* (Hrsg.), *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, 2005; *ders.*, *Ratio Juris* 19 (2006), 1 und *ders.* (Hrsg.), *Legislation in Context. Essays in Legisprudence*, 2007. International könnte sich der Begriff der Legisprudence durchsetzen. Eher unüblich ist der Begriff „Nomologie“.

### III. Gesetzgebungslehre im juristischen Studium

Im Jurastudium hat die Gesetzgebungslehre keinen leichten Stand.<sup>10</sup> Sie konkurriert auf den ersten Blick mit anderen „modischen Disziplinen“ oder „Orchideenfächern“, die auf Berücksichtigung in den ohnehin überfüllten Studienplänen pochen, und führt daher ein „Mauerblümchendasein“.<sup>11</sup> Mit einer Emanzipation der Nebenfächer hat das Desiderat einer stärkeren Berücksichtigung der Gesetzgebungslehre allerdings wenig zu tun. Sie ist vielmehr – wie die juristische Methodenlehre – ein Grundlagenfach, ohne dass ihr durch diese Etikettierung schon ein bestimmter Platz in der Abfolge des juristischen Studiums zugewiesen werden soll. Gleich anderen Grundlagenfächern, wie der Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie, ist sie einerseits grundlegend, erschließt sich andererseits dem Anfänger jedoch nur schwer, weshalb sie eher Fortgeschrittenen angeboten wird. Das Schicksal der curricularen Randständigkeit teilt die Gesetzgebungslehre mit der übrigen sog. Kautelarjurisprudenz, wie insbesondere der Vertragsgestaltung, die während des juristischen Studiums nach wie vor nur selten geübt wird.<sup>12</sup>

Es wäre allerdings unfair, die Vernachlässigung der Gesetzgebungslehre nur als Defizit anzuprangern, ohne einzuräumen, dass die nachrangige Stellung des Fachs im juristischen Studium auch gute Gründe hat: Juristen sind zuallererst Leser und Anwender von Gesetzen, nicht deren Verfasser. Nur eine kleine Minderheit der Studierenden wird später in der Ministerialbürokratie oder in Verbänden direkt oder indirekt als Gesetzgebungsreferenten mit der Formulierung von Gesetzen zu tun haben. In ihrer überwältigenden Mehrheit bleiben Juristen mit der Anwendung und Interpretation von Gesetzen befasst, sei es als Verwaltungsjuristen, Richter oder Rechtsanwälte, von denjenigen einmal ganz abgesehen, die in ihrem Beruf mit Hilfe von Formbriefen und Textvorlagen juristisches Können durch bürokratische Routine ersetzen. Freilich ist die Gesetzgebungslehre, namentlich die Gesetzestechnik, auch für Nur-Anwender von Interesse, da sie die Sensibilität für Wortlaut, Motive und Struktur der Gesetze

<sup>10</sup> Vgl. zum Stellenwert der Gesetzgebungslehre in der Juristenausbildung den allerdings nicht mehr aktuellen Bericht von *Merten* (Fn. 3), S. 178 ff. In Deutschland werden Kurse zur Gesetzgebungswissenschaft insbes. in Hamburg, Speyer und Berlin angeboten, vgl. i.Ü. *Karpen*, *LeGes* 2006, 125 (125 f.). Zum relativ, wenn nicht sogar absolut größeren Ausbildungsangebot in der kleinen Schweiz *Mader*, *LeGes* 2006, 143. Ein ermutigendes Beispiel ist die rege Beteiligung Berliner Studierender an dem Aufsatzwettbewerb über die „Fabrikation von Recht“ des „Humboldt Forum Recht“, der im Jahr 2006 unter der Schirmherrschaft des Bundesjustizministeriums stattfand. Die Teilnahme der Bundesjustizministerin an der Preisverleihung stellte darüber hinaus eine in Anbetracht des in der Wissenschaft nach wie vor vorherrschenden hierarchischen Denkens keineswegs selbstverständliche Geste dar. Vgl. [www.humboldt-forum-recht.de](http://www.humboldt-forum-recht.de).

<sup>11</sup> *Mader*, *LeGes* 2006, 143 (144).

<sup>12</sup> Vgl. zur Forderung nach einer stärkeren Berücksichtigung der Kautelarjurisprudenz schon *Rehbinder*, *Vertragsgestaltung*, 1982.

erhöht, wie überhaupt eine enge Beziehung zwischen juristischer Interpretationskunst bzw. Methodelehre und Gesetzestechnik besteht, worauf das Wort von der Gesetzgebung als umgekehrter Subsumtion anspielt.<sup>13</sup>

### IV. Gesetzgebungslehre in der Wissenschaft

#### 1. Status

Die Gesetzgebungslehre ressortiert – unbeschadet ihrer häufigen Anbindung an die Rechtswissenschaft – nicht bei einem einzelnen Fach, sondern ist eine interdisziplinäre Querschnittmaterie.<sup>14</sup> Innerhalb der Rechtswissenschaft will sie deren Reduktion auf eine „Rechtsprechungswissenschaft“ korrigieren.<sup>15</sup> Dies ist ihr zumindest insoweit gelungen, als inzwischen eine breite, vor allem juristisch geprägte Literatur zu Gesetzgebungsfragen vorliegt.<sup>16</sup> Hingegen erscheint die systematische Durchdringung der Gesetzgebung mit politikwissenschaftlichen und wirtschaftswissenschaftlichen Methoden in Deutschland sowohl im fachlichen als auch im internationalen Vergleich ausbaubedürftig.<sup>17</sup>

Pauschal lassen sich zwei Dimensionen von Gesetzgebungslehre unterscheiden: Diese bemüht sich „einerseits um eine kausal-deskriptive Erfassung der Rechtssetzung in ihren Zusammenhängen, Bedingungen, Ursachen und Wirkungen, und sie unternimmt es andererseits auch, präskriptive Aussagen darüber zu gewinnen, wie die Rechtssetzung unter Beobachtung vorgegebener Ziele, Werte und Aufgaben rational und möglichst effektiv gestaltet werden könnte und sollte.“<sup>18</sup> Die Charakterisierung der Gesetzgebungswissenschaft als eine „durchgängig auf Rechtstatsachenforschung gegründete Gesetzgebungslehre“ und „wissenschaftliche Theorie für die gesetzgeberische Praxis zur besseren wissenschaftlichen Vorbereitung und Anleitung der Gesetzgebung“<sup>19</sup> bezeichnet demgegenüber nur einen Unterfall der Gesetzgebungslehre, die sich auch als Teil einer umfassenderen Regelungstheorie

<sup>13</sup> *Maihofer*, in: Winkler/Schilcher (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 1981, S. 3 ff., 25.

<sup>14</sup> Vgl. *Smeddinck*, *Integrierte Gesetzesproduktion. Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive*, 2006, S. 35 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> *Schilcher*, in: Winkler/Schilcher (Fn. 13), S. 35 ff. m.w.N.

<sup>16</sup> Dies belegt schon die anschwellende Literaturflut. Seit der (20-seitigen) Auswahlbibliographie zur Gesetzgebungslehre von Baden, in *Schreckenberger* (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre*, 1986, S. 187 ff., sind Aberhunderte von Beiträgen hinzugekommen, die im Folgenden nur sehr selektiv aufgenommen werden können. Vgl. auch die neuere, nach Ländern geordnete Bibliographie von *Karpen* (Fn. 8), S. 169 ff., die v.a. wegen der Einbeziehung gesetzgebungswissenschaftlicher und legistischer Literatur aus anderen europäischen Staaten hilfreich ist.

<sup>17</sup> Vgl. jedoch zuletzt *Ismayr*, *Gesetzgebung in Westeuropa*, 2007.

<sup>18</sup> *Schäffer*, in: ders. (Hrsg.), *Theorie der Rechtssetzung*, 1988, S. 11 ff., 13.

<sup>19</sup> *Maihofer* (Fn. 13), S. 24.



begreifen lässt.<sup>20</sup> Keiner Begründung bedarf schließlich, dass die Gesetzgebungslehre für die Setzung untergesetzlicher Vorschriften weitgehend analog gilt, was spezielle Darstellungen der Verordnungsgebung oder des Erlasses von Verwaltungsvorschriften nicht ausschließt.

## 2. Entwicklung

Die Entwicklung der Gesetzgebungslehre verläuft – stärker noch als in der Wissenschaft sonst üblich – in Zyklen. Mit der Renaissance der Gesetzgebungslehre in den 1970er Jahren ging – nur wenig überspitzt ausgedrückt – ein Jahrhundert ohne Gesetzgebungslehre zu Ende. Protagonisten dieser Wiedererweckung waren Autoren wie *Maihofer*, *Rödig* und *Noll*, der auch ein Lehrbuch zur Gesetzgebungslehre<sup>21</sup> vorlegte, dem insbesondere ein Kurzlehrbuch von *Hill*<sup>22</sup> nachfolgte. Die Zahl der Veröffentlichungen, namentlich der Monographien, blieb jedoch in Deutschland zunächst gering.<sup>23</sup> Nach dem Schweizerischen Juristenverein<sup>24</sup> (1974) und dem Österreichischen Juristentag<sup>25</sup> (1979) befasste sich der Deutsche Juristentag 1980 erstmals mit übergreifenden Gesetzgebungsfragen, wenn auch in nicht allzu ergiebiger Weise, unter dem kritischen Blickwinkel der „Gesetzesflut“ und des „Gesetzesperfektionismus“.<sup>26</sup> Die Gründung der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung – DGG – (1987)<sup>27</sup> und der von die-

ser herausgegebenen Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG) fallen ebenfalls in diese Zeit. Zudem kürte die Staatsrechtslehrervereinigung die Gesetzgebungslehre zu ihrem Beratungsgegenstand.<sup>28</sup> Nach diesem juristischen „Ritterschlag“ ist das Gesetzgebungsthema jedoch wieder in den Hintergrund getreten,<sup>29</sup> ohne dass die gesetzgebungswissenschaftliche Diskussion und Forschung abgerissen wäre. Für Kontinuität sorgen insbesondere die Arbeiten zur Gesetzesfolgenabschätzung.<sup>30</sup>

Für die Kontinuität der modernen juristischen Gesetzgebungslehre stehen insbesondere Autoren wie *Karpen*<sup>31</sup> und *Kloepfer*<sup>32</sup>, während *Hans Schneider* vor allem mit seinem Lehrbuch zur Gesetzgebung<sup>33</sup> hervorgetreten ist, das ein traditionell juristisches, gegenüber einer – heute zwingend gebotenen – multidisziplinären Gesetzgebungstheorie kaum anschlussfähiges Gesetzgebungsverständnis repräsentiert. Hiervon unterscheidet sich ein von *Schreckenberger* herausgegebener Sammelband, der von allem etwas bietet.<sup>34</sup> Eine eigenständige Traditionslinie verkörpern die überwiegend von Gesetzgebungspraktikern aus der Ministerialbürokratie verfassten, mehr oder weniger offiziellen Handreichungen zur Gesetzestheorie, wie etwa zuletzt das „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“,<sup>35</sup> dessen Bezeichnung sich aus der Aufgabe

<sup>20</sup> *Rödig*, in: ders. (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 5 ff., 8.

<sup>21</sup> *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973.

<sup>22</sup> *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982.

<sup>23</sup> Vgl. etwa *Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 1979.

<sup>24</sup> Vgl. Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), Hundert Jahre Bundesverfassung 1874-1974. Probleme der Rechtssetzung. Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974 – Centenaire de la Constitution fédérale 1874-1974. L'Art de Légiférer. Recueil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1974, 1974.

<sup>25</sup> Vorstand des Österreichischen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Siebenten Österreichischen Juristentages Salzburg 1979, Bd. I, 1. Teil B: Die Gesetzesflut, Gutachten erstattet von Dr. *Wolfgang Schmitz*, 1979, S. 5 ff.

<sup>26</sup> Verhandlungen des 53. DJT Berlin 1980, Bd. II (Sitzungsberichte) Teil Q, 1980, mit Kurzreferaten im Rahmen der Schlussveranstaltung.

<sup>27</sup> Unter dem Vorsitz von *Karpen*, Kontakt über [dggev@web.de](mailto:dggev@web.de). Zur Entstehung und Entwicklung der DGG *Karpen*, in: Letzgus (Hrsg.), Für Recht und Staat: Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, 1994, S. 525 ff. (527 ff.). Vgl. auch den Jubiläumsband von *Karpen* (Hrsg.), Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland – Zehn Jahre „Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung“, zehn Jahre „Zeitschrift für Gesetzgebung“, 1998. In Österreich und der Schweiz bestehen in Gestalt der Österreichischen Gesellschaft für Gesetzgebungslehre (ÖGGL, im Internet unter <http://www.sbg.ac.at/oegg/> mit Links zu Gesellschaften und Instituten in weiteren Ländern) und der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) vitale Organisationen. Seit 1991 besteht auch die „European Association of Legislation (EAL)“ (vgl. *Karpen*,

LeGes 2006, 125), die eine eigene, (überwiegend) englischsprachige Schriftenreihe im Nomos-Verlag herausgibt (inzwischen 12 Titel), vgl. u.a. *Karpen* (Hrsg.), Legislation in European Countries, 1995; *Karpen/Delnoy* (Hrsg.), Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law, 1996; EAL (Hrsg.), National Legislation in the European Framework, 1998; *Mader/Karpen* (Hrsg.), The Participation of Civil Society in the Legislative Process, 2006 und *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert/Legistics – freshly evaluated, 2006; weitere Titel nachgewiesen bei *Karpen*, LeGes 2006, 125 (131).

<sup>28</sup> Vgl. zur Staatsrechtslehrertagung von 1981 VVDStRL 40 (1981), 1982, mit Vorträgen von *Kloepfer*, *Eichenberger* und *Novak* zum Beratungsgegenstand „Gesetzgebung im Rechtsstaat“.

<sup>29</sup> Symptomatisch ist das Schicksal der Vorlesungen *Nolls* zur Gesetzgebungslehre, das sein Nachfolger wie folgt beschreibt: „Ich übernahm diese [dem Lehrbuch zugrunde liegende] Vorlesung [über Rechtssetzungslehre] von *Peter Noll*, dem leider früh verstorbenen Pionier auf diesem Gebiet, der die Freude daran – vor allem wegen des geringen Interesses der Studierenden – verloren hatte“ (*Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 1999, S. V; inzwischen 2. Aufl. 2006).

<sup>30</sup> Siehe nachfolgend unter IX. 2.

<sup>31</sup> Vgl. insbes. *Karpen*, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre. Beiträge zur Entwicklung einer Regelungstheorie, 1989.

<sup>32</sup> Vgl. insbes. *Kloepfer*, VVDStRL 40 (1981), 63.

<sup>33</sup> *H. Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002.

<sup>34</sup> *Schreckenberger* (Fn. 16), 1986.

<sup>35</sup> Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit. Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs. 3 GGO II,

des Bundesjustizministeriums als zentraler Rechtsprüfungsin-  
stanz ableitet (vgl. § 38 Abs. 3 GGO II)<sup>36</sup>. Daneben dürfen  
die Gesetzgebungslehre in Österreich und in der Schweiz  
keineswegs ausgeblendet werden. Die österreichische Leg-  
istik und die Schweizer Rechtsetzungslehre<sup>37</sup> genießen zu  
Recht einen hervorragenden Ruf und sind in ihren Heimat-  
ländern seit langem stärker institutionalisiert und wohl auch  
einflussreicher als ihr deutsches Pendant. Hier sollte man sich  
für Literaturrecherchen insbesondere die Namen *Öhlinger*,<sup>38</sup>  
*Schilcher*,<sup>39</sup> *Walter*<sup>40</sup> und *Winkler*<sup>41</sup> (Österreich) sowie *Flei-  
ner-Gerster*<sup>42</sup>, *Mader*<sup>43</sup> und *Müller*<sup>44</sup> (Schweiz) merken. Für  
die Wissenschaft im deutschsprachigen Raum eröffnet sich  
damit die Chance einer erleichterten Wissenschaftsverglei-  
chung und eines regen Austauschs. Darüber hinaus kommt  
vor allem im Kontext der europäischen Rechtsintegration der  
ausländischen, insbesondere europäischen Gesetzgebungs-  
wissenschaft wachsende Bedeutung auch für die deutsche  
Gesetzgebungslehre zu.<sup>45</sup>

Erst seit der Jahrtausendwende ist es zu einem erneuten  
sichtbaren Wiedererstarken der Gesetzgebungslehre gekom-  
men. Den vorläufigen Höhepunkt dieser Entwicklung bilde-  
ten in Deutschland der 65. DJT im Jahr 2004 („Wege zu

besserer Gesetzgebung“)<sup>46</sup> sowie im europäischen Rahmen  
das Programm der „besseren Rechtsetzung“.<sup>47</sup>

Zugleich sind in den letzten Jahren etliche Monographien  
zur Gesetzgebungslehre i.w.S. erschienen, von der Fülle  
kürzerer, darum jedoch mitunter nicht weniger wichtiger  
Beiträge in Zeitschriften und Sammelbänden einmal ganz  
abgesehen. Eine überdurchschnittliche Rolle spielt inzwi-  
schen auch die sog. graue Literatur, nachdem sich z.B. auch  
politische Stiftungen, namentlich die Friedrich-Ebert-  
Stiftung,<sup>48</sup> des Gesetzgebungsthemas angenommen haben. Im

---

2. Aufl. 1999. Vgl. davor insbes. *Müller*, Handbuch der Ge-  
setzgebungstechnik, 2. unveränd. Aufl. 1968 und Bundesaka-  
demie für öffentliche Verwaltung (Hrsg.), Praxis der Gesetz-  
gebung – Eine Lehr- und Lernhilfe, 1984 – bekannter wohl  
unter dem Namen des damaligen Präsidenten *Mattern* – so-  
wie BMI, Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Ver-  
waltungsvorschriften, 1992.

<sup>36</sup> I.d.F. v. 25.3.1996 (GMBI. 1996, 449); inzwischen abge-  
löst durch GGO v. 9.8.2000 (GMBI. 2000, 526).

<sup>37</sup> Vgl. außer den nachfolgend gesondert genannten Bundes-  
amt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden – Leitfaden  
für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl. 2007;  
*Eichenberger* (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, 1978;  
*Hotz*, Methodische Rechtsetzung, 1983 und *Rhinow*, Recht-  
setzung und Methodik, 1979; *Morand* (Hrsg.), Légistique  
formelle et matérielle, 1999 sowie zusammenfassend *Mader*,  
LeGes 2006, 143.

<sup>38</sup> Vgl. *Öhlinger* (Fn. 5).

<sup>39</sup> Vgl. insbes. *Winkler/Schilcher* (Fn. 13).

<sup>40</sup> Vgl. etwa *Walter*, in: Kindermann (Hrsg.), Studien zu einer  
Theorie der Gesetzgebung 1982, 1982, S. 144.

<sup>41</sup> Vgl. insbes. *Winkler/Schilcher* (Fn. 13).

<sup>42</sup> Vgl. insbes. *Fleiner*, Wie soll man Gesetze schreiben?  
Leitfaden für die Redaktion normativer Texte, 1985.

<sup>43</sup> Vgl. insbes. *Mader*, L'évaluation législative, 1985.

<sup>44</sup> *Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl. 2006.

<sup>45</sup> Vgl. die Übersicht und Nachw. bei *Karpen*, AöR 124  
(1999), 400.

---

<sup>46</sup> Vgl. dort insbes. *Blum*, Wege zu besserer Gesetzgebung –  
sachverständige Beratung, Folgeabschätzung und Wirkungs-  
kontrolle. Gutachten I zum 65. DJT, 2004 und dazu auch die  
Begleitaufsätze insbes. von *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862;  
*Schneider*, ZG 19 (2004), 105 und *Ennuschat*, DVBl. 2004, 986.

<sup>47</sup> Vgl. als wichtigste Etappen das Weißbuch „Europäisches  
Regieren“ KOM (2001), 428 endg. v. 25.7.2001; den sog.  
Mandelkern-Bericht „Auf dem Weg zu besseren Gesetzen“  
(Abschlussbericht vom 13.11.2001, in deutscher Übersetzung  
vom BMI in der Reihe „Moderner Staat – Moderne Verwal-  
tung“ veröffentlicht; im Internet unter [www.staat-modern.de](http://www.staat-modern.de)  
abrufbar; dazu etwas euphorisch *Smeddinck*, DVBl. 2003, 641)  
sowie die vier Mitteilungen der Kommission „Europäisches  
Regieren: Bessere Rechtsetzung“ KOM (2002), 275 endg.  
v. 6.6.2002, „Vereinfachung und Verbesserung des rechtli-  
chen Umfelds“ KOM (2002), 278 endg. v. 5.6.2002, „Folgen-  
abschätzung (Impact Assessment)“ KOM (2002), 276 endg.  
v. 5.6.2002 und „Eine Kultur des Dialogs und der Mitwir-  
kung fördern“ KOM (2002), 277 endg. v. 5.6.2002. Vgl. seit-  
her insbes. die Interinstitutionelle Vereinbarung über „Bes-  
sere Rechtsetzung“ zwischen dem EP, dem Rat und der Kom-  
mission (ABl. C 321 v. 31.12.2003); die Mitteilung KOM  
(2003), 71 mit einer Begriffsbestimmung und Methodik der  
„Vereinfachung“; den ersten Durchführungsbericht KOM  
(2003), 592 mit begleitendem Arbeitspapier der Kommissi-  
onsdienststellen SEK (2003), 1085; die Mitteilung KOM  
(2005), 97 endg. v. 16.3.2005 über „Bessere Rechtsetzung für  
Wachstum und Arbeitsplätze in der Europäischen Union“; die  
Mitteilung KOM (2005), 462 endg. v. 27.9.2005 „Ergebnis  
der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Ge-  
setzgebungsverfahren befinden“ sowie die Mitteilung KOM  
(2006), 689 endg. v. 14.11.2006 über „Strategische Überle-  
gungen zur Verbesserung der Rechtsetzung in der Europäi-  
schen Union“; ferner die Jahresberichte über „Bessere Recht-  
setzung“ gem. Art. 9 des Protokolls über die Anwendung der  
Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit,  
z.B. Bericht KOM (2005), 98 (ABl. C 146 v. 16.6.2005).  
Vgl. auch *Renda*, Impact Assessment in the EU, 2006 und  
*Herten-Koch*, Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Euro-  
pa, 2003 sowie der Broschüre der Kommission „Better Regu-  
lation – simply explained“, 2006. Aktuelle Informationen  
finden sich auf folgenden Internet-Seiten der Kommission:  
[http://ec.europa.eu/governance/better\\_regulation/index.en.htm](http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index.en.htm)  
und <http://ec.europa.eu/governance/impact/index.en.htm>.

<sup>48</sup> Vgl. insbes. das Thesenpapier und das Gutachten von  
*Fliedner*, Moderner Staat – moderne Gesetzgebung (FES-

Schrifttum bilden gesetzgebungswissenschaftliche Arbeiten von Nichtjuristen und juristische Gesetzgebungsstudien die Hauptströme, die oftmals gleich Mäandern miteinander verbunden sind. Hierbei scheint die Rezeptionsbereitschaft von Seiten der Jurisprudenz allerdings ausgeprägter als in der Gegenrichtung. Jedoch stellen die Schriften aus der Feder von Juristen in der Regel keine rein gesetzgebungstheoretischen Arbeiten dar, sondern sind überwiegend in den Grenzbereichen von Gesetzgebungslehre und tradierten juristischen Fächern, namentlich Verfassungsrecht und Rechtsgeschichte, angesiedelt. Als Beispiele seien die primär verfassungsrechtlichen Studien über Vorwirkung von Gesetzen,<sup>49</sup> Gesetzesänderung<sup>50</sup> und Gesetzgebungsermessen,<sup>51</sup> Normsetzung der Exekutive<sup>52</sup> und gubernative Rechtsetzung<sup>53</sup>, die Auswertung der parlamentarischen Gesetzgebung einer ganzen Legislaturperiode<sup>54</sup> sowie die rechtshistorischen Studien über Gesetzgebungskunst zu verschiedenen Zeiten der deutschen Gesetzgebung<sup>55</sup> und über Recht und Normierung in der industriellen Revolution<sup>56</sup> genannt. Spezielleren Fragen, wie der experimentellen Gesetzgebung<sup>57</sup> und der symbolischen Gesetzgebung,<sup>58</sup> der Befristung von Gesetzen,<sup>59</sup> der Einpassung neuen Rechts mit Hilfe von Unberührtheitsklauseln,<sup>60</sup> der Verweisung<sup>61</sup> und Fiktion,<sup>62</sup> den Gesetzesadressaten<sup>63</sup>

sowie der Rolle von Gesetzesvorsprüchen (Präambeln)<sup>64</sup> und Legaldefinitionen,<sup>65</sup> widmen sich vor allem Dissertationen. Manche unter ihnen belegen leider, dass der „Pflicht zum guten Gesetz“ keine „Pflicht zum guten Buch“ entspricht.<sup>66</sup>

Um wahre Fundgruben gesetzgebungswissenschaftlicher Erkenntnisse handelt es sich bei den von Rödиг und seinen Schülern herausgegebenen Vorstudien und Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung<sup>67</sup> sowie der Rödиг-Gedächtnisschrift<sup>68</sup>. Viele Themen der gesetzgebungswissenschaftlichen Diskussion, wie experimentelle und symbolische Gesetzgebung und Zeitgesetz, sind dort erstmals im deutschsprachigen Raum aufbereitet worden. Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik stehen auch im Mittelpunkt des 13. Bandes des (inzwischen eingestellten) Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheorie.<sup>69</sup> Beachtung verdient schließlich die Festschrift, die der Schweizerische Juristenverein Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungskunst gewidmet hat.<sup>70</sup> Die Schriftenreihe zur Gesetzgebungslehre gibt es im deutschsprachigen Raum nicht. Jedoch finden sich in den „Beiträgen zum Parlamentsrecht“ immer wieder Veröffentlichungen, die auch von gesetzgebungswissenschaftlichem Interesse sind. Die englischsprachige gemeinsame Reihe von EAL und DGG umfasst vor allem die Tagungsbände der EAL. Unter dem Titel „Wirkungsforschung zum Recht“ erscheinen in unregelmäßiger Folge im Nomos-Verlag Sammelbände zur Gesetzesfolgenabschätzung. Unter den Zeitschriften nimmt die Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG) beinahe eine Monopolstellung ein, was den Vorteil hat, dass wenigstens die Aufsatzliteratur weniger stark verstreut ist als sonst. Die „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)“ bildet trotz ihres Titels keine Konkurrenz, da sie stärker rechtspolitischen Sachthemen – ähnlich wie die ZRP – gewidmet ist. Jedoch muss man ausländische Periodika im Auge behalten, wie die schweizerische LeGes<sup>71</sup>, das

Analyse 2004) und *ders.*, Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze, 2006.

<sup>49</sup> Kloepfer, Vorwirkung von Gesetzen, 1974.

<sup>50</sup> Brandner, Gesetzesänderung, 2004.

<sup>51</sup> Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000.

<sup>52</sup> Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, 2000.

<sup>53</sup> v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 2000.

<sup>54</sup> Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988.

<sup>55</sup> Vgl. B. Mertens, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, 2004 und Emmenegger, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, 2006.

<sup>56</sup> Vec, Recht und Normsetzung in der Industriellen Revolution, 2006.

<sup>57</sup> Horn, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989.

<sup>58</sup> Voß, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, 1989.

<sup>59</sup> Chanos, Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung, 1999.

<sup>60</sup> Böckel, Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung – unter besonderer Berücksichtigung der Unberührtheitsklauseln, 1993.

<sup>61</sup> Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970.

<sup>62</sup> Jachmann, Die Fiktion im öffentlichen Recht, 1998.

<sup>63</sup> Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969.

<sup>64</sup> Hill/Fließner, Gesetzesvorspruch. Verbesserter Zugang des Bürgers zum Recht, 1988.

<sup>65</sup> Ebel, Über Legaldefinitionen, 1974 und Weber-Lejeune, Legaldefinitionen unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts, 1997.

<sup>66</sup> Vgl. Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996.

<sup>67</sup> Rödиг/Baden/Kindermann (Hrsg.), Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1975 und Kindermann (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982, 1982.

<sup>68</sup> Schäffer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rödиг Gedächtnissymposium, 1984.

<sup>69</sup> Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 13, 1988.

<sup>70</sup> Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), Hundert Jahre Bundesverfassung 1874-1974. Probleme der Rechtsetzung. Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974 – Centenaire de la Constitution fédérale 1874-1974. L'Art de Légiférer. Recueil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses 1974, 1974.

<sup>71</sup> LeGes (Gesetzgebung & Evaluation), Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL).

internationale Journal „Legisprudence“<sup>72</sup> oder das „Harvard Journal on Legislation (JOL)“. Gelegentlich finden sich auch relevante Beiträge in der Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl) und anderen politikwissenschaftlichen Periodika. Eine Bilanz der modernen, fächerübergreifenden Gesetzgebungsdiskussion zieht *Schuppert* in seinem Generalreferat über „Gute Gesetzgebung“,<sup>73</sup> das den Leser an die Front des gesetzgebungswissenschaftlichen Fortschritts heranführt und sich daher nicht nur als – im angelsächsischen Reader-Stil reichlich mit Textauszügen gespickte – Einführung empfiehlt. Spätestens bei der Lektüre dieser Schrift wird aber auch deutlich, dass für die Gesetzgebungslehre kein Weg an der amerikanischen Literatur vorbeiführt.

### 3. Kodifikation als Gesetzgebung besonderer Art

Um ein primär juristisches und dort auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückgehendes, aber stets aktuelles Thema handelt es sich bei der Kodifikationsfrage.<sup>74</sup> Hierbei hat der Begriff der Kodifikation allerdings – zumindest in Deutschland – einen Bedeutungswandel erlebt. Ursprünglich auf Gesetzgebung schlechthin gemünzt, bezeichnet er spätestens seit den großen Kodifikationen des ausgehenden 19. und frühen 20. Jahrhunderts (BGB, HGB, StGB) eine Zusammenfassung einer Vielzahl von Regelungen zu einem komplexen Gesetz, einem sog. Gesetzbuch. Trotz des ganz anders gearteten Charakters des historischen Kodifikationsstretes<sup>75</sup> erinnern die Kontroversen um die Kodifikationsreife von Rechtsgebieten, die bei jedem neuen Kodifikationsvorhaben anscheinend unvermeidlich sind, an jenes – falsche – Vorbild. Die unbegrenzte Zitierfähigkeit des *Savigny*-Wortes vom „fehlenden Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung“ trägt zur vermeintlichen Kontinuität eines Schulenstreits bei. Tatsächlich geht es jeweils um sachgebietsspezifische Fragestellung und die neue europarechtlich geprägte Problematik der Kodifikationsfähigkeit nationaler Gesetze unter den Bedingungen weitgehender Determination durch Richtlinienvorgaben. Auch wenn die Chancen einer Kodifikation, bei der immer noch der Gedanke der Regelung von „hinlänglich abgeschlossenen Materien“ mitschwingt,<sup>76</sup> in einer sich dynamisch verändernden, offenen Gesellschaft mit einer international vernetzten Wirtschaft sehr differenziert zu beurteilen

sind, wird die Zukunft der Kodifikationsidee<sup>77</sup> durch diese Entwicklung nicht schlechthin in Frage. Das im zweiten Anlauf hoffentlich erfolgreiche UGB-Projekt, dessen Fortgang derzeit zu beobachten ist,<sup>78</sup> unterstreicht die Bedeutung von Kodifikationen. Das UGB soll eine Vielzahl umweltrechtlicher Bundesgesetze integrieren.

Demgegenüber beschränkte sich das BauGB auf eine Fusion des BBauG mit dem Städtebauförderungsgesetz. Eine komplexe, nur in mehreren Stufen vollbrachte Kodifikationsleistung stellt die SGB-Serie dar.<sup>79</sup> Die von römisch I bis römisch XII durchnummerierten Sozialgesetzbücher sind insoweit eine Besonderheit, als hier gerade kein einheitliches, einziges „Sozialgesetzbuch“, sondern eine Mehrheit von Gesetzen vorliegt, deren Zusammenhalt allerdings durch einen gemeinsamen, lediglich durch Zusätze modifizierten Titel unterstrichen wird. Das bekannteste Beispiel eines nicht zustande gekommenen und wahrscheinlich niemals das Licht der Welt erblickenden Gesetzbuchs ist das „Arbeitsgesetzbuch“.<sup>80</sup> Dies hat allerdings nichts mit kodifikationspezifischen Problemen und umso mehr mit der Nichterreichbarkeit eines politischen Konsenses über bislang vom Gesetzgeber ausgesparte Fragen des Arbeitsrechts zu tun. Ad calendae graecas vertagt ist die Vereinfachung des Steuerrechts durch Kodifikation.<sup>81</sup>

Das Gesetzbuch ist wiederum nicht zu verwechseln mit einer Gesetzessammlung, auch wenn dies der ursprünglichen Bedeutung des Wortes entspricht. Schließlich ist der in Deutschland eingebürgerte Kodifikationsbegriff nicht mit dem Begriff der Kodifikation gleichzusetzen, wie ihn inzwi-

<sup>77</sup> Vgl. den gleichnamigen Essay von *Karsten Schmidt* aus dem Jahr 1985, den jeder künftige Doktorand nicht nur wegen des Inhalts, sondern auch wegen seines Stils einmal gelesen haben sollte.

<sup>78</sup> Der Referentenentwurf der Projektgruppe UGB aus dem BMU (Stand: 19.11.2007 und später) findet sich unter <http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application.pdf/ugb3>. Vgl. zu den Vorarbeiten *Kloepfer*, Systematisierung des Umweltrechts, 1978; *Kloepfer/Meßerschmidt*, Innere Harmonisierung des Umweltrechts, 1986; *Kloepfer et al.*, Umweltgesetzbuch AT/BT (ProfE), 2 Bde., 1990/1994 und BMU (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE). Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998 sowie zur vorangegangenen Diskussion *Bohne* (Hrsg.), Das Umweltgesetzbuch als Motor oder Bremse der Innovationsfähigkeit in Wirtschaft und Verwaltung, 1999; *Breuer*, Gutachten B zum 59. Deutschen Juristentag 1992 in Hannover, 1992 und zusammenfassend *Riedel*, Das Vorhaben der kodifikatorischen Vereinheitlichung des Umweltrechts, 1995.

<sup>79</sup> Vgl. dazu schon *Merten*, Vierteljahresschrift f. Sozialrecht 1974, 324.

<sup>80</sup> Vgl. dazu nur *Ramm*, in: *Merten/Schreckenberger* (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995, S. 167 ff. sowie die weiteren Nachw. bei *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 143 Anm. 556.

<sup>81</sup> Vgl. dazu zuletzt *P. Kirchhof*, Das Gesetz der Hydra, erw. Taschenbuchausg. 2008.

<sup>72</sup> Erscheint seit 2007, hrsg. vom Center for Legislation, Regulation and Legisprudence in Brüssel (vgl. [http://www.cwrl.be/eng/legisprud\\_journal.htm](http://www.cwrl.be/eng/legisprud_journal.htm)). Weitere ausländische Zeitschriften nachgewiesen bei *Karpen*, LeGes 2006, 125 (126).

<sup>73</sup> *Schuppert*, ZG 18 Sonderheft 2003.

<sup>74</sup> Vgl. insbes. *Merten/Schreckenberger* (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995; *Kindermann*, Rechtstheorie 10 (1979), 357; *Csaba*, Codification as a Socio-historical Phenomenon, 1991; *Kübler*, JZ 1969, 645 und *Esser*, in: *Vogel/Esser* (Hrsg.), 100 J. oberste deutsche Justizbehörde, 1977, S. 13 ff.

<sup>75</sup> Siehe nachfolgend bei Fn. 91.

<sup>76</sup> Vgl. *Esser* (Fn. 74), S. 30 f. und *K. Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 41.

schen die EU im Kontext ihres Programms „Bessere Rechtsetzung“ verwendet. Die EU-Kommission versteht unter „Kodifizierung“ die Zusammenfassung mehrerer Rechtsakte zu einem einheitlichen neuen Rechtsakt unter Verzicht auf inhaltliche Änderungen, während sie im Falle der Kombination von Kodifizierung mit inhaltlichen Änderungen von Neufassung spricht. Da die europäischen Rechtsetzungsorgane den Verzicht auf inhaltliche Änderungen jedoch nicht allzu ernst nehmen, nähern sich die Bedeutungsgehalte an. Der europäische Terminus „Neufassung“ geht wiederum über den deutschen Begriff hinaus, der keine Zusammenfassung bislang getrennter Regelungen voraussetzt, sondern schon verwendet wird, wenn eine Gesetzesnovelle mehr oder weniger umfassend ausfällt.

#### 4. Gesetzessprache

Zu guter Letzt sei an die zahlreichen, auch älteren und regelmäßig kürzeren Schriften zur Gesetzessprache erinnert.<sup>82</sup> Die meisten legistischen Empfehlungen<sup>83</sup> stehen in der Tradition des Kanzlei-Deutsch. Die jüngsten, insbesondere europarechtlich induzierten, eher unvorteilhaften Wandlungen der Gesetzessprache sind dabei noch nicht berücksichtigt. *Stendhal* soll jeden Morgen einige Artikel des Code Civil gelesen haben, „pour prendre le ton“. Dies dürfte sich angesichts der zeitgenössischen, oft durch Übersetzungsprobleme und Formellkompromisse gebrochene und durch technische und bürokratische Details überlastete Gesetzessprache kaum empfehlen. Die meist kritischen Auseinandersetzungen mit dem zeitgenössischen Gesetzgebungsstil greifen in der Regel über Sprach- und Stilfragen hinaus.<sup>84</sup>

#### V. Gesetzgebungslehre in der Öffentlichkeit und in der Praxis

Gesetzgebung zieht kein gleichmäßiges Interesse auf sich. Einige Gesetze interessieren mehr, andere weniger. Manche Gesetze sind nur Spezialisten bekannt, andere mobilisieren die Öffentlichkeit.<sup>85</sup> Deutlich geringer ist das Interesse an Gesetzgebungslehre. Dass die Abteilung „Gesetzgebung“ auf dem Fünfundsechzigsten Deutschen Juristentag im Jahre 2004 mehr Teilnehmer auf sich zog als jede andere der insgesamt sieben überwiegend praxisrelevanten Abteilungen, mar-

kiert nur bedingt eine Wende, zumal in keiner anderen Abteilung die Diskussionen so kurz waren wie in der Abteilung „Gesetzgebung“. In dieser Divergenz zwischen Breite und Stärke des Interesses äußert sich ein „Paradox der Gesetzgebungslehre“: Viele interessieren sich für sie, aber nur wenige wissen etwas mit ihr anzufangen. Zwei Erklärungen bieten sich an: 1. Normadressaten, Juristen und Interessenvertreter, überhaupt Praktiker interessieren sich für bestimmte Gesetze (ihren Inhalt wie auch ihr Zustandekommen), aber selten für Gesetzgebung als solche. 2. Die Unverbindlichkeit des Diskurses über bessere Gesetzgebung und bessere Gesetze ist Ausdruck eines trotz der häufigen Klagen über „Gesetzesflut“ und „Vorschriftenschwungel“<sup>86</sup> nach wie vor geringen Leidensdrucks. Die Krise der Gesetzgebung<sup>87</sup> und der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens werden beschworen, aber nicht behoben. Zudem ist manche Rückbau-Forderung utopisch, wenn nicht demagogisch, da die komplexe Gesetzgebung nicht nur dem Übereifer staatlicher Gesetzgeber, sondern auch dem „Normenhunger“ von Rechtsstaat, Sozialstaat und technischer Entwicklung<sup>88</sup> sowie nachlassender gesellschaftlicher Integration geschuldet ist. Die Diskrepanz zwischen der Fülle gesetzgebungswissenschaftlicher Literatur und ihrem eher schwachen Einfluss auf die Gesetzgebungspraxis kennzeichnet Glanz und Elend der Gesetzgebungslehre. Vergleicht man allerdings das Juristentagsgutachten von 2004 mit den Kurzreferaten des Juristentages von 1980, so wird deutlich, welchen gewaltigen theoretischen und praktischen Fortschritt die Gesetzgebungslehre in diesem Vierteljahrhundert in Deutschland gemacht hat.

<sup>82</sup> Vgl. etwa *Forsthoff*, *Recht und Sprache* 1940, S. 41; *Haß-Zumkehr* (Hrsg.), *Sprache und Recht*, 2002; *P. Kirchhof*, *Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache*, 1987; *Müller/Burr* (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, 2004 und *Schönherr*, in: *Öhlinger* (Hrsg.), *Methodik der Gesetzgebung*, 1982, S. 211 ff.; unter linguistischen Aspekten *Heller* (Hrsg.), *Studien zur Rechtskommunikation*, 2007; *Lundmark* (Hrsg.), *Law and Language – Recht und Sprache*, 2004 und *Wagner/Cacciaguidi-Fahi* (Hrsg.), *Legal Language and the Search for Clarity*, 2006.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu die Angaben in Teil 2, Fn. 55.

<sup>84</sup> Vgl. etwa *Honsell*, *Vom heutigen Stil der Gesetzgebung*, 1979.

<sup>85</sup> Ein Extrembeispiel ist der Streit um die Reform des § 218 StGB (Schwangerschaftsabbruch) in den 1970er Jahren.

<sup>86</sup> Vgl. aus der Literaturflut zur Gesetzesflut nur Verhandlungen des 53. DJT Berlin 1980, Bd. II (Sitzungsberichte) Teil Q, 1980; *Heldrich*, in: *Bernstein* (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, 1981, S. 811 ff. und Vorstand des Österreichischen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des Siebenten Österreichischen Juristentages Salzburg 1979*, Bd. I, 1. Teil B: *Die Gesetzesflut*. Gutachten erstattet von Dr. *Wolfgang Schmitz*, 1979, S. 5 ff. sowie die Nachw. bei *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 142 f. Anm. 555 und zuletzt *Kurzka*, *Im Paragraphenrausch: Überregulierung in Deutschland – Fakten, Ursachen, Auswege*, 2005. Es gibt zahlreiche Belege dafür, dass die Klage über die Gesetzesflut wenig jünger ist als die Gesetzgebung selbst, vgl. etwa die Äußerung des Florentiner Juristen *Alberti* aus dem 15. Jahrhundert: „Den Römern genügten [...] allein 12 äußerst kurze Tafeln. Wir haben 60 Schränke voll Statuten, und jeden Tag produzieren wir neue Verordnungen.“ Allein das Bundesrecht umfasst heute mehr als 5.000 Gesetze und Verordnungen, die aus fast 100.000 Einzelschriften bestehen. Der *Acquis communautaire* des Gemeinschaftsrechts beläuft sich auf 100.000 Seiten.

<sup>87</sup> Vgl. stellvertretend für viele *Schreckenberger* (Fn. 16), S. 21 ff.

<sup>88</sup> Vgl. insbes. *Kloepfer* (Fn. 32), 70 ff.

## VI. Ausgangslagen und Funktionen der Gesetzgebungslehre

Hinter dem Aufkeimen und Abflauen des akademischen, aber auch politischen Interesses an Gesetzgebungslehre lassen sich Gründe finden, die zugleich etwas über die Rolle aussagen, die der Gesetzgebung in der Gesellschaft zugewiesen wird.

### 1. Gesetzgebungslehre als Aufklärungsphilosophie

Stark vereinfacht ausgedrückt ist die klassische Gesetzgebungslehre ein Kind der Aufklärung und Ausdruck eines umfassenden gesellschaftlichen Erneuerungs- und Rationalisierungswillens.<sup>89</sup> Gesetze werden nicht mehr als statische Sätze einer gottgewollten Ordnung aufgefasst, sondern erscheinen als Ergebnis bewusster und zielgerichteter Setzung, die idealerweise durch Gesetzgebungswissenschaft angeleitet wird. Paradigmatisch für ein solches in Pragmatik mündendes Gesetzgebungsverständnis ist die – aus der Common Law-Tradition herausfallende – „Theory of legislation“ *Bentham's*.<sup>90</sup> In dem zwischen *Savigny* und *Thibaut* in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts ausgetragenen Kodifikationsstreit<sup>91</sup> formieren sich progressiver Gesetzgebungsoptimismus und konservative Gesetzgebungsskepsis als historische Gegenspieler.

### 2. Gesetzgebung ohne Gesetzgebungslehre

Eigentümlicherweise ist die Zeit der großen Kodifikationen in Deutschland von keiner bedeutenden Gesetzgebungstheorie begleitet. Die wegweisende – und heute noch wegen ihrer Modernität lesenswerte – Monographie *Robert von Mohls* über die „Abfassung der Rechtsgesetze“ (1862)<sup>92</sup> lag zu dieser Zeit schon einige Jahre, wenn nicht Jahrzehnte zurück und vermochte zu der vor allem eine rechtsdogmatisch-systematische Leistung erfordernden Kodifikation des Zivilrechts auch wenig beizutragen. Der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zur Herrschaft gelangende Gesetzespositivismus und insbesondere der staatsrechtliche Positivismus konzentrierten sich – plakativ gesagt – auf das Gesetz und blendeten die Gesetzgebung bis auf den formellen Gesetzgebungsprozess und die Frage nach dem Urheber des Gesetzesbefehls weitgehend aus. Autoren der sog. Gerber-Laband-Schule leisten dementsprechend nicht nur keinen bedeutenden Beitrag zur Gesetzgebungslehre, sondern entziehen ihr in gewisser Weise die Grundlage.<sup>93</sup> Die Reine Rechtslehre *Kelsens* hält hieran fest, aber auch die übrigen Kontrahenten im Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre leisten keinen substanziellen Beitrag zur Weiterentwicklung der Gesetzge-

bungslehre.<sup>94</sup> Abhandlungen zu Gesetzgebungsfragen erscheinen in den Jahrzehnten zwischen 1870 bis 1950 eher sporadisch als Nebenprodukte zivilrechtlicher oder rechtsphilosophischer Forschung. Zu den bedeutenderen Veröffentlichungen aus dieser Zeit gehören etwa der Vortrag des Schweizer Juristen *Walter Burckhardt* über „Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft“, der zu einer Zeit erschien (1937), als im benachbarten Deutschland Gesetz und Gesetzgebung einem Staatsterrorismus wichen, der dennoch auf Gesetzestechnik nicht verzichten wollte,<sup>95</sup> sowie etliche kleinere – darum aber nicht weniger bedeutende – Schriften, die sich Spezialfragen von Gesetz und Gesetzgebung, wie etwa den Generalklauseln, widmen. Bezeichnenderweise sind es immer wieder Vorträge, die sich Gesetzgebungsthemen zuwenden, was für den langfristig für die Reputation der Gesetzgebungslehre verheerenden Eindruck sorgt, dass es sich um ein typisches Thema für Sonntagsreden handele. Hieran ändern auch einzelne Äußerungen durchaus bedeutender Staatsrechtslehrer zu Aufgaben und Technik der Gesetzgebung in den beiden ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland wenig.<sup>96</sup>

### 3. Neuentdeckung der Gesetzgebungslehre

Dieser Wahrnehmung einer letztlich feuilletonistischen Gesetzgebungslehre hat erst die in Deutschland seit den 1970er Jahren mit großer Dringlichkeit erhobene Forderung nach einer genuinen Gesetzgebungslehre ein Ende bereitet. Eine ähnliche Situation erleben wir zurzeit aufgrund der nicht nur auf die deutsche, sondern auch und zuvörderst auf die europäische Gesetzgebung bezogenen Forderung nach besserer, wenn nicht gar optimaler Rechtsetzung. Ein Vergleich beider gesetzgebungswissenschaftlichen und legistischen Aufbruchsituationen erlaubt die Formulierung einiger Thesen über die Ursachen und Bedingungen gesetzgebungswissenschaftlicher und gesetzestechnischer Ambitionen, Interessen und Theorien.

#### a) Motive

Ganz allgemein liegt dem Interesse an Gesetzgebungslehre der Wunsch nicht nur nach einem besseren Verständnis, sondern auch einer besseren Handhabung und Gestaltung der Gesetzgebung zugrunde. Gesetzgebungslehre ist regelmäßig mit einem reformatorischen Anliegen verbunden, wobei dieses allerdings von unterschiedlicher Reichweite und Aus-

<sup>89</sup> Vgl. statt vieler *Gose/Krause* (Hrsg.), *Aufklärung und Gesetzgebung*, 1988; allgemeiner *Gagnér*, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960.

<sup>90</sup> *Bentham*, *Theory of Legislation*, 1864.

<sup>91</sup> Dokumentiert bei *Hattenhauer* (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 1973.

<sup>92</sup> Wieder abgedruckt in *v. Mohl*, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Bd. 2, 1962, S. 375 ff.

<sup>93</sup> Vgl. *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 661 ff. m.w.N.

<sup>94</sup> Vgl. *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 686 ff. m.w.N.

<sup>95</sup> Vgl. *Schmidt-Rimpler*, in: *Freisler et al.* (Hrsg.), *Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag am 24. April 1938*, 1938, S. 75 ff. und *C. Schmitt*, *DJZ* 1935, Sp. 919 ff. Zum aktuellen Forschungsstand und Forschungsbedarf *Forster* am 13.4.2005 in der Internetzeitschrift *forum historiae iuris*, abrufbar unter <http://www.forhistiur.de/zitat/0504forster.htm>.

<sup>96</sup> Vgl. insbes. *Scheuner*, *DÖV* 1960, 601 und *H. Schneider*, *NJW* 1962, 1273. Der Aufsatz von *Kübler*, *JZ* 1969, 645 steht bereits an der Schwelle zur zweiten Phase der Gesetzgebungslehre im Nachkriegsdeutschland.



richtung sein kann. In der wenigstens auf den ersten Blick naiv erscheinenden Frage nach dem „guten Gesetz“ wie auch in der Forderung nach „besserer Gesetzgebung“ klingt immer auch Unzufriedenheit mit dem bisherigen Zustand der Gesetzgebung an. Die Verbesserungswünsche können sich dabei sowohl auf das Produkt („Gesetz“) als auch auf die Produktion („Gesetzgebung“) beziehen, betreffen aber in der Regel beide simultan, wie denn auch der Begriff der Gesetzgebung eine doppelte Bedeutung aufweist: Er bezeichnet sowohl den Vorgang des Gesetzgebens als auch dessen Resultat, insbesondere wenn es sich um eine Vielzahl oder Gesamtheit von Gesetzen handelt.

Die Bandbreite reformatorischer Bestrebungen reicht von der bloßen sprachlichen Verbesserung von Gesetzen, die allerdings fast nie einen Novellierungsanlass bildet, bis hin zu ihrer inhaltlichen Neuausrichtung; darüber hinaus ist auch immer wieder der Gesetzgebungsprozess als solcher Gegenstand von Reformforderungen. Diese Tendenzen spiegeln sich in einzelnen Gesetzgebungslehren.

#### b) Gesetzgebungsreform als Gesellschaftsreform?

Die im Jahrzehnt von 1970 bis 1980 gehäuft erschienenen Gesetzgebungslehren waren überwiegend von der Zielsetzung einer mehr oder weniger umfassenden Gesellschaftsreform getragen. Die zeitliche Koinzidenz mit dem politisch-kulturellen Wendejahr „1968“ und der darauf folgenden Reformagenda ist kein Zufall. Kein Zufall ist auch, dass Strafrechtslehrer wie *Noll* eine herausragende Rolle bei der Neuetablierung der Gesetzgebungslehre spielten. Die gesetzgebungstheoretischen Aspirationen gingen oftmals Hand in Hand mit konkreten Gesetzgebungsprogrammen, wie insbesondere dem Alternativentwurf zum Strafgesetzbuch. Das damalige Strafrecht erschien den Strafrechtsreformern als Inbegriff antiquierten Rechts, dem eine rationale Gesetzgebung abhelfen sollte. Die hiervon geprägte Gesetzgebungslehre steht dementsprechend unter dem Zeichen von Modernisierung und Rationalisierung des Rechts sowie der rechtlich verfassten und durch Gesetzgebung gesteuerten Gesellschaft. Von ostentativen politischen Untertönen gereinigt, erscheint das Rationalisierungsmotiv auch in der – häufig als mathematisch bezeichneten – Gesetzgebungstheorie von *Rödiger*, die Mitte der 1970er Jahre, ähnlich wie die zeitlich parallele Anknüpfung der juristischen Methodenlehre an die moderne Logik, Furor machte, nach dem frühen Tod *Rödigers* aber von seinen Schülern – wohl auch wegen ihres hermetischen Charakters – nicht fest etabliert werden konnte.<sup>97</sup> Dafür haben sozialwissenschaftliche Wirkungslehren in Gestalt der unter anderem von *Böhret* entwickelten Gesetzesfolgenabschätzung dauerhaft in der Gesetzgebungslehre und in geringerem Maße auch in der Gesetzgebungspraxis Fuß gefasst.<sup>98</sup> Die

<sup>97</sup> Vgl. die Nachw. in Anm. 67 und 68.

<sup>98</sup> Vgl. insbes. *Böhret*, Folgen, 1990; *ders.*, Guidelines on Regulatory Impact Assessment (RAI), 2004; *ders./Konzen-dorf*, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001; *dies.*, Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, 2000; *Karpen/Hof* (Hrsg.), Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von

von ideologischen Prämissen weitgehend unabhängige Evaluationsforschung hat die teils politisch erfüllte, teils verwelkte aktivistisch-sozialreformerische Gesetzgebungslehre überlebt. Es versteht sich von selbst, dass diese holzschnittartige Darstellung keineswegs allen Autoren und allen Facetten der deutschsprachigen Gesetzgebungslehre zwischen 1970 und 1990 gerecht wird und insbesondere die zunehmend versachlichte Diskussion der 1980er Jahre nur bedingt charakterisiert.

#### c) Gesetzgebungslehre als Effizienzmanagement

Das fast zwei Jahrzehnte später, kurz vor der Jahrtausendwende einsetzende „Revival“ der Gesetzgebungslehre steht ganz überwiegend unter anderen Vorzeichen. Gegenüber den politisch „linksliberalen“ und sozialstaatlichen Reformzielen der älteren Gesetzgebungslehren werden nun vorwiegend auf wirtschaftsliberaler Grundlage die Chancen einer Deregulierung und von Alternativen zu staatlicher Rechtsetzung<sup>99</sup> eruiert. Das Leitbild des „schlanken Staates“<sup>100</sup> erstreckt sich auch auf die Gesetzgebung, die vor allem unter dem Blickwinkel der Gesetzesflut und der Überregulierung kritisiert wird.<sup>101</sup> Ihr Wachstum soll nicht nur begrenzt werden, durch ersatzlose Streichung von zahlreichen Gesetzen soll vielmehr eine Trendumkehr erreicht werden. Ein Extrembeispiel sind Zielvorgaben, den Umfang der Gesetzgebung um einen bestimmten Prozentsatz zu senken, notfalls auch mit der „Rasenmähermethode“. Dabei werden allerdings zum Teil die rechtsstaatlichen Kosten einer Deregulierung (insbesondere Rechtsunsicherheit) übersehen.<sup>102</sup> Zudem führen nicht alle Wege zu einem schlanken Staat zwangsläufig zu Deregulierung. So zieht beispielsweise die Privatisierung öffentlicher

Gesetzen (Wirkungsforschung zum Recht IV), 2004; *Köck*, VerwArch. 93 (2002), 1; BDI (Hrsg.), Folgenabschätzung im Vergleich, 2005; *Blum* (Fn. 46), I 51 ff.; *Brocker*, in: *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1998, S. 35 ff.; *Bussmann*, ZG 13 (1998), 127; *ders./Klöti/Knöpfel* (Hrsg.), Einführung in die Politikevaluation, 1997; *Deckert*, ZG 10 (1995), 240; *Grimm/Brocker*, ZG 14 (1999), 58; *Hadamek*, ZG 16 (2001), 382; *Neuser*, NdsVBl. 1998, 249; *Redeker*, NJW 2002, 2756; *Schmidt-Eichstaedt*, DVBl. 1998, 322 und *Wagner*, ZRP 1999, 480; zur GFA in der EU *Karpen*, AöR 124 (1999), 400 und *Renda*, Impact Assessment in the EU, 2006. Vgl. außerdem bereits *Zeh*, Wille und Wirkung der Gesetze, 1984.

<sup>99</sup> Hierzu im Kontext neuer Governance-Instrumente *Schuppert* (Fn. 73), 86 f. m.w.N.; zuvor *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987.

<sup>100</sup> Vgl. Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ Abschlußbericht, Bd. 1, 2. unveränd. Aufl. 1998.

<sup>101</sup> Vgl. etwa *Isensee*, ZRP 1985, 139 und *Stempel* (Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetze? Beiträge eines Forums des Bundesministers der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung, 1987.

<sup>102</sup> Zu weiteren nachteiligen Folgen der Deregulierung *Erbguth* (Hrsg.), Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht – am Beispiel des Planfeststellungsrechts, 1999.

Aufgaben und Einrichtungen wegen der staatlichen Gewährleistungsverantwortung vielfach eine Privatisierungsfolgen-gesetzgebung nach sich,<sup>103</sup> so dass es eher um einen Wandel als um einen Abbau der Gesetzgebung geht. Die kontroverse Deregulierungsprogrammatik und die dahinter stehende Staatsaufgabenkritik bilden eine der Quellen der jüngeren Gesetzgebungslehre.

Breiterer Konsens herrscht bezüglich der zweiten aktuellen Forderung nach einer Effizienzkontrolle der Gesetzgebung. Ausdruck der postulierten Effizienzorientierung der Gesetzgebung ist die Einsetzung des Nationalen Normenkontrollrates, dem die spezielle Aufgabe zugewiesen ist, die Bundesregierung dabei zu unterstützen, die durch Gesetze erzeugten Bürokratiekosten durch Anwendung, Beobachtung und Fortentwicklung einer standardisierten Bürokratiekostenmessung auf Grundlage des Standardkosten-Modells zu reduzieren.<sup>104</sup>

Eine dritte Quelle der aktuellen Gesetzgebungslehre ist die europapolitische Vorgabe besserer Rechtsetzung, die sich zunächst auf die EG-Rechtsetzung bezieht, aber auch auf die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten jenseits der Richtlinienumsetzung ausstrahlt. Schließlich speist sich das erneuerte Interesse an der Gesetzgebung aus der Fokussierung internationaler Organisationen wie der Weltbank auf „Good Governance“,<sup>105</sup> die auch der politikwissenschaftlichen Governance-Forschung Auftrieb gegeben hat.<sup>106</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Die Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen von Gesetzgebungslehren lassen sich, allgemeiner gesprochen, in intrinsische und extrinsische Faktoren unterscheiden. Im Vordergrund der letzten Etappe der Gesetzgebungslehre standen nicht wissenschaftsimmanente Tendenzen, sondern Anstöße von außen. Ausschlaggebend für die Etablierung der Gesetzgebungsreform auf der politischen Agenda ist die entsprechende Festlegung der Europäischen Gemeinschaft.<sup>107</sup> Diese wiederum speist sich nicht nur aus Qualitätsansprüchen an die europäische Rechtsetzung und der Überzeugung, durch eine Vereinfachung des ordnungspolitischen Regelwerks die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft steigern

zu können,<sup>108</sup> sondern auch aus institutionellen Eigeninteressen der EG-Organe, namentlich der Kommission, die nach Jahrzehnten einer mit einer Extensivierung der europäischen Rechtsetzung verbundenen Kompetenzexpansion die aufgestockten Rechtsetzungskapazitäten nicht brach liegen lassen, sondern für neue Rechtsetzungsaufgaben nutzen möchte, die man in der – auch sachlich durchaus gebotenen – Revision des Gemeinschaftsrechts im Sinne einer Vereinheitlichung und Zusammenfassung eher punktueller Rechtsakte zu Kodifikationen gefunden hat. Ohne das explizite Bekenntnis der Gemeinschaftsorgane zu „besserer Rechtsetzung“ stünden entsprechende Fragestellungen der Gesetzgebungslehre und erst recht das Postulat des „guten Gesetzes“ nur zu leicht im Verdacht des Populismus oder wissenschaftlichen Traumtänzertums. Durch diese politische Vorgabe wird der Gesetzgebungslehre nicht nur Relevanz attestiert, sondern es werden auch Arbeitsfelder und Finanzierungsquellen für die auf diese Weise gegen pauschale Kritik immunisierte Disziplin erschlossen.

#### 5. Doppelstatus der Gesetzgebungslehre

Die Gesetzgebungslehre hat demnach nicht nur eine analytische und empirische Aufgabe, sondern wächst, ob sie es will oder nicht, in eine präskriptive Funktion hinein. Insofern könnte man auch von einer „normativen Gesetzgebungslehre“ sprechen, wäre diese Kategorie nicht schon mit der Diskussion um die Begründbarkeit und Herleitbarkeit von Regeln guter Gesetzgebung durch Recht oder aus Verfassungsrecht verbunden.

##### a) Gesetzestechnik und Gesetzgebungslehre als Handlungsorientierung

Im Falle der Gesetzestechnik ist die handlungsanleitende Funktion offensichtlich; hier geht es schlicht darum, aus dem reichhaltigen legistischen Erfahrungsschatz Handreichungen für künftige Gesetzgebung zu entwickeln. Die einschlägigen Veröffentlichungen haben den Charakter von „Kochbüchern“, die umso nützlicher sind, je mehr Beispiele sie bringen. Dabei sind nicht nur positive, sondern auch negative Beispiele hilfreich, da gerade letztere den Gesetzesredaktoren bei der Fehlervermeidung helfen. Was in der Literatur neben den altbewährten Rezepten zu kurz kommt, sind innovative Vorschläge, die phantasievoll die in der Informations- und Kommunikationsgesellschaft vielleicht möglichen und angemessenen neuen Formen der Gesetzesgestaltung aufgreifen. Freilich erschöpft sich auch das praktische Interesse an Gesetzgebungslehre nicht in der gesetzestechnischen Umsetzung vorgegebener Ziele. Von der Gesetzgebungslehre wird vielmehr zunehmend auch ein Beitrag zur Zielfindung und zu komplexeren Fragen der Mittelwahl erwartet.

<sup>103</sup> Vgl. König/Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997 und Flidner, Weniger Gesetze durch Privatisierung öffentlicher Aufgaben? (FES), 2006.

<sup>104</sup> § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates vom 14.8.2006 (BGBl. I, S. 1866). Vgl. zur dahingehenden Vereinbarung im Koalitionsvertrag Röttgen, ZRP 2006, 47.

<sup>105</sup> Vgl. Theobald, Zur Ökonomik des Staates. Good Governance und die Perzeption der Weltbank, 2000; umfassender Curtin/Wessels (Hrsg.), Good Governance and the European Union, 2005.

<sup>106</sup> Vgl. insbes. Benz (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, 2004 m.w.N.

<sup>107</sup> Vgl. zuvor schon Schäffer (Hrsg.), Europäische Integration und Gesetzgebung, 1992.

<sup>108</sup> Unmittelbarer Ausgangspunkt des europäischen Rechtsetzungsreformprogramms ist der sog. Lissabon-Prozess mit seiner utopischen, jedenfalls nicht mehr „fristgerecht“ zu realisierenden Verheißung, die EU durch gezielte Maßnahmen zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten Wirtschaftsraum der Welt zu entwickeln.“

*b) Politisierung der Gesetzgebungslehre*

In dem Maße, in dem Gesetzgebungslehre sich auf solche anspruchsvolleren Erwartungen einlässt, gerät sie allerdings in eine „Politikfalle“. Die zeitgenössische Erfahrung lehrt, dass die Gesetzgebungslehre eingebettet ist in Gesellschaftsmodelle und Staatsaufgabenlehren, die nicht nur in Zeit und Raum variieren, sondern auch Gegenstand widerstreitender politischer Programme der miteinander konkurrierenden politischen Eliten sind. Von daher kann die Gesetzgebungslehre nicht nur nach ihrer fachlichen Ausrichtung, sondern auch nach ihren politischen und staatsphilosophischen Prämissen in unterschiedliche Schulen unterteilt werden. Vergrößernd könnte man von sozialstaatlichen, wirtschaftsliberalen (tendenziell minimalstaatlichen) und konservativen (ordnungsstaatlichen) Gesetzgebungslehren sprechen, wobei innerhalb der sozialstaatlichen Gesetzgebungslehren noch zwischen traditionell sozialstaatlichen Lehren und dem Modell des „aktivierenden Staates“ zu differenzieren ist. Dennoch ist es bislang nicht zum großen Schulenstreit in der Gesetzgebungslehre gekommen.

*c) Konstitutionalisierung der Gesetzgebungslehre*

Wenn es dort einen Schulenstreit gibt, so bezieht sich dieser auf die ebenfalls nicht unwichtige Frage der Konstitutionalisierung des Gesetzgebungsprozesses: Gehen die Anhänger einer „normativen Gesetzgebungslehre“ i.e.S. von einer Verfassungspflicht zu guter oder optimaler Gesetzgebung aus<sup>109</sup> oder wollen zumindest eine den Gesetzgeber bindende Gesetzgebungsordnung schaffen,<sup>110</sup> so bestehen die Vertreter einer „politischen Gesetzgebungslehre“ darauf, die Entscheidungsprozesse der demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgane verfassungsrechtlich nicht weitergehend als bisher, d.h. primär kompetenz- und materiellrechtlich und nur durch einfache, eher äußerliche Verfahrensvorschriften, zu determinieren. Eine vermittelnde Lösung besteht darin, dass man ein rationales Gesetzgebungsverfahren nicht als Verfassungspflicht, sondern als gesetzgeberische Obliegenheit auffasst, was im Ergebnis bedeutet, dass ein nicht hinreichend rational beratenes Gesetz zwar im Einzelfall verfassungswidrig sein kann, nicht aber unter einem juristischen Geburtsfehler leidet und damit auch nicht unabhängig von seinem Inhalt der Verwerfung durch das Bundesverfassungsgericht anheim

<sup>109</sup> *Schwerdtfeger*, in: Stödter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, S. 173 ff.; krit. u.a. *Merten*, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 81 ff.; *Gusy*, ZRP 1985, 291 und *Schlaich*, VVDStRL 39 (1989), 89 (109): „Der Gesetzgeber schuldet gar nichts anderes als das Gesetz“; zur eigenen Position – rationales Gesetzgebungsverfahren als Obliegenheit, nicht als Verfassungspflicht – *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 841 ff. m.w.N.  
<sup>110</sup> Dafür insbes. *Lücke*, ZG 16 (2001), 1; ähnlich schon grds. *Karpen* (Fn. 31), S. 36; zum Programm eines am Planungs- und Verwaltungsrecht orientierten parlamentsbindenden Normenerlassrechts *Kloepfer*, ZG 3 (1988), 289 und *ders.*, DVBl. 1995, 441.

fällt.<sup>111</sup> Das Bundesverfassungsgericht selbst hat sich jüngst relativ eindeutig gegen eine Verdichtung prozeduraler Pflichten des Gesetzgebers ausgesprochen.<sup>112</sup>

*d) Entpolitisierung der Gesetzgebungslehre*

Ein offener politischer Schulenstreit in der Gesetzgebungslehre wird im Wesentlichen durch die temporäre Einigung auf eine herrschende Gesetzgebungslehre des kleinsten gemeinsamen Nenners vermieden. Das Bemühen um eine Kompromissfindung wird bereits durch den Verzicht auf eine pointierte Etikettierung deutlich: Die Gesetzgebungsreform segelt nicht mehr unter der Flagge „schlanker Staat“, sondern wird dem vieldeutigen Leitbegriff „moderner Staat“ zugeordnet. Einen Seitenhieb gegen das Postulat schlanker Gesetze erlaubt man sich allenfalls in Gestalt der Feststellung, dass „quantitative Ansätze in der Vergangenheit, die die Zahl der Gesetze und Verordnungen verringern sollten,“ zu „keinen wesentlichen Verbesserungen der Gesetzgebung und der Rechtsordnung“ geführt hätten.<sup>113</sup> Der Preis dieser Konfliktvermeidungsstrategie ist allerdings die relative Trivialität und geringe Durchschlagkraft der Handlungsempfehlungen, die sich aus einer solchen konsensorientierten Lehre ergeben. Eine wirkliche Weichenstellung in Richtung auf eine „gute Gesetzgebung“ oder „faire Rechtsetzung“<sup>114</sup> erfolgt so nicht, entweder, weil niemand weiß, was darunter zu verstehen ist, oder alle etwas anderes darunter verstehen. Immerhin weisen solche vorsichtigen, gesellschafts- und staatspolitisch weitgehend neutralen Empfehlungen Wege zu einer punktuellen und graduellen Verbesserung der Gesetzgebung insbesondere durch Vermeidung unnötiger Fehler und verbesserte Gesetzesfolgenabschätzung.

Die Ergebnisse dieser pragmatischen Suche nach Kriterien guter Gesetzgebung weisen nicht nur eine große Schnittmenge mit den Empfehlungen zur Gesetzestchnik und Legistik sowie den – inzwischen durch §§ 42-44 GGO<sup>115</sup> abgelöst – legendären „Blauen Prüffragen“ auf, sondern erscheinen auf merkwürdige Weise zeitlos. Dieser Eindruck drängt sich jedenfalls auf, wenn man aktuelle landläufige Qualitätsanforderungen an Gesetze mit den Hinweisen zur „Abfassung der Rechtsgesetze“ vergleicht, die *von Mohl* vor fast anderthalb Jahrhunderten formulierte. Dies spricht einerseits für die Modernität *von Mohls*, wirft andererseits aber auch einen Schatten auf den Modernitätsanspruch vieler zeitgenössischer Gesetzgebungslehren. Die empfohlene Anlehnung etwa an die für das Qualitätsmanagement in Unter-

<sup>111</sup> Hierzu *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 875 ff.

<sup>112</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.1.2008 – 2 BvR 12/01; vgl. dazu SZ Nr. 57 v. 7.3.2008, S. 8.

<sup>113</sup> *Fliedner*, Moderner Staat – moderne Gesetzgebung (FES-Analyse 2004), S. 1.

<sup>114</sup> Vgl. *Richli*, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung. Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat, 2000.

<sup>115</sup> Gemeinsame Geschäftsordnung für die Bundesministerien (GGO) v. 9.8.2000 (GMBI. 2000, 526) und dazu *Zypries/Peters*, ZG 15 (2000), 316.

nehmen und Verwaltungen geltenden Prinzipien der ISO 9000-Serie<sup>116</sup> bedeutet, so richtig die Analogie auch sein mag, keine wirkliche Innovation, aber vielleicht ist eine solche auch gar nicht gefragt. Geht es bei der Gesetzgebung selbst weitgehend um „piecemeal social engineering“, so dürfte eine punktuelle, graduelle und inkrementale Verbesserung der Gesetzesqualität der Aufgabe der Gesetzesreform am ehesten angemessen sein. Dass solche Gesetzgebungslehren wissenschaftliche Erwartungen an eine Gesetzgebungsanalyse nicht befriedigen, steht auf einem anderen Blatt. Tatsächlich handelt es sich um eine relativ einfache Theorie für eine relativ schwierige Praxis.<sup>117</sup>

*Ende Teil 1 – Teil 2 folgt in der nächsten Ausgabe*

---

<sup>116</sup> *Fliedner* (Fn. 113), S. 1 (These 3).

<sup>117</sup> Deshalb empfiehlt es sich, bei der Lektüre der einschlägigen Kriterienkataloge und Checklisten nicht stehen zu bleiben, sondern ein Gespür für die Schwierigkeiten ihrer praktischen Umsetzung durch eigene – wenn auch spielerische – Gesetzgebungsarbeit zu entwickeln, was durch die Formulierung von Musterentwürfen in Seminaren (Vgl. dazu etwa *Meßerschmidt*, Jura 1985, 218 m.w.N.; mein Berliner Kollege *Brandner* hat im WS 2007/2008 im Rahmen seiner Schwerpunkt-Lehrveranstaltung aus gegebenem Anlass einen Gesetzentwurf zur Spielzeugsicherheit erarbeiten lassen) oder durch ein regelrechtes Gesetzgebungs-Planspiel nach dem Vorbild der Moot-Courts gewährleistet werden kann. Diese Herangehensweise insbesondere an die Gesetzestechnik ist auch deshalb didaktisch gegenüber einer bloß theoretischen Darstellung vorzugswürdig, weil damit die Berechtigung der Aussage, dass Gesetzgebung auch ein Akt „umgekehrter Subsumtion“ sei, erlebbar wird.

# Gibt es Unabstimmbares in der Demokratie?\*

Von Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn

## I. Einführung: Die demokratische Herrschaft der Mehrheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen

Demokratie ist ein verfahrensrechtliches Formprinzip, das keine inhaltlichen Vorgaben enthält wie der Rechtsstaat<sup>1</sup>. Das demokratische Entscheidungsverfahren präjudiziert nicht das inhaltliche Entscheidungsergebnis; es bestimmt lediglich, auf welchem Wege die Normen erzeugt werden sollen. Nach dem Grundgesetz werden grundlegende staatliche Entscheidungen nach Maßgabe der Mehrheitsregel getroffen: die (Gesetzes-) Beschlüsse des Bundestages und des Bundesrates (Art. 42 Abs. 1 S. 1, 77 Abs. 1, Art. 52 Abs. 3 S. 1, 78 GG), die Wahl des Bundeskanzlers (Art. 63 Abs. 2-4 GG) und seine Ablösung aufgrund eines konstruktiven Misstrauensvotums (Art. 67 Abs. 1 GG) sowie die Wahl des Bundespräsidenten durch die Bundesversammlung (Art. 54 Abs. 6 GG). Darin findet das die Staatsstruktur der Bundesrepublik Deutschland prägende Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GG) seinen unmittelbaren Ausdruck.

Das demokratische Mehrheitsprinzip gilt aber nicht absolut, nicht uneingeschränkt. Das Grundgesetz ist nicht bereit, den noch in der Weimarer Republik von *Hans Kelsen* propagierten demokratischen Relativismus der Weltanschauung<sup>2</sup> weiterhin anzuerkennen und die daraus folgende inhaltliche Beliebigkeit bis zur letzten Konsequenz zu treiben. Vor dem Hintergrund spezifischer Unrechtserfahrungen organisiert es die rechtsstaatlich domestizierte, die verfassungsrechtlich gebundene, liberale Demokratie, die die Menschenwürde und individuelle Freiheit in ihrem Kern sichern und das (auch) unter der Herrschaft der demokratischen Mehrheit unvermeidliche Opfer an individueller Selbstbestimmung so gering wie möglich halten will. In der vom Grundgesetz verfassten freiheitlichen Demokratie entscheidet daher – in den Worten des BVerfG – „der Mehrheitswille in den Grenzen der Rechtsstaatlichkeit“<sup>3</sup>.

Deshalb bindet das Grundgesetz alle Staatsgewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), lässt Verfassungsänderungen zwar grundsätzlich zu, erschwert sie aber durch das Er-

fordernis einer qualifizierten Mehrheit und beschränkt sie inhaltlich (Art. 79 Abs. 2, 3 GG), eröffnet den Rechtsweg gegen die öffentliche Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG), gewährleistet die Unabhängigkeit der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3, 92, 97 Abs. 1 GG) und sucht die Einhaltung dieser Grenzen durch das BVerfG zu sichern. Die Grundrechte, die auch den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber binden (Art. 1 Abs. 3 GG), können diesem gegenüber im Wege verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG), aber auch vom Grundrechtsberechtigten selbst mittels der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) eingefordert und durchgesetzt werden. Nach der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes findet somit der demokratische politische Gestaltungswille – ungeachtet seiner demokratischen Legitimation – ein rechtsstaatliches Maß und eine unübersteigbare Grenze in dem Bekenntnis dazu, „dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden“<sup>4</sup>.

Die Schutzwirkung, welche die Grundrechte dem Individuum und seiner natürlichen Freiheit vermitteln, darf allerdings nicht überschätzt werden. Die den Grundrechten beigegebenen Gesetzesvorbehalte ermöglichen es dem demokratischen Gesetzgeber sehr wohl, diese Freiheit im Interesse des von ihm selbst definierten Gemeinwohls sehr weitgehend zu beschränken, auch wenn der diese Beschränkungen begründen muss und diese verhältnismäßig sein müssen. Lediglich der Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) und die Würde jedes einzelnen Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) bleiben unantastbar. Sie allein bilden den demokratischen Mehrheitsentscheidungen schlechthin unzugänglichen, unbedingt zu respektierenden Kernbereich der Grundrechte, die eigentliche Sphäre des Unabstimmbaren, also dessen, worüber nach dem Willen des sich durch seine Verfassung selbst bindenden, souveränen Staatsvolkes, auch die demokratisch legitimierte, selbst eine qualifizierte Mehrheit keinesfalls disponieren kann, mit anderen Worten: die absolute Grenze der Demokratie.

## II. Trügerische Rechtssicherheit

Doch die Rechtssicherheit, welche die Unantastbarkeitsgarantien zu verbürgen scheint, ist eine trügerische. Sie setzt nämlich voraus, dass das, was unabstimmbar sein soll, eindeutig bestimmt oder doch wenigstens hinreichend präzise bestimmbar ist. Dafür aber bedarf es notwendig der den Sinn einer Rechtsnorm erst erschließenden, die Tatbestandsvoraussetzungen und die an sie geknüpfte Rechtsfolge analysierenden Interpretation. „Denn alle Normen, auch die des Verfassungsgesetzes, bedürfen der Interpretation, um wirksam zu

\* Schriftfassung eines Vortrages, den *Verfasser* auf der Tagung „Dialektik der Aufklärung“ im Februar 2007 an der Ruhr-Universität Bochum gehalten hat; s. dazu auch den von *Walter Schweidler* herausgegebenen, im Verlag Karl Alber erschienenen Tagungsband „Postsäkulare Gesellschaft. Perspektiven interdisziplinärer Forschung“.

<sup>1</sup> Zur „Unterschiedenheit von Demokratie und Rechtsstaat“ siehe *Böckenförde*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 82-85, S. 485 f.

<sup>2</sup> Siehe dazu *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 99-104, 101.

<sup>3</sup> BVerfGE 45, 125 (145). Siehe auch BVerfGE 68, 1 (87): „Die Demokratie, die das Grundgesetz verfasst hat, ist eine *rechtsstaatliche* Demokratie, und das bedeutet im Verhältnis der Staatsorgane zueinander vor allem eine *gewaltenteilende* Demokratie.“

<sup>4</sup> BVerfGE 45, 187 (227 f.).

werden<sup>5</sup>. Die Auslegung ist unentrinnbares Schicksal des Juristen. Sie lässt sich weder durch Beschwörung angeblicher Normklarheit – „in claris non fit interpretatio“ – noch durch gesetzliche Verbote – wie im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (§ 48 Einl. ALR) – wirksam ausschließen. Die Interpretationsfähigkeit und Interpretationsbedürftigkeit der Rechtsnormen erweist sich jedoch zugleich als offene Flanke ihres objektiven Geltungsanspruchs.

Was auf dem Interpretationsweg gefunden, d.h. identifiziert und zur Geltung gebracht werden soll, müsste eigentlich voraussetzungsgemäß bereits vorhanden sein. Aber die dem Juristen aufgegebenen Auslegung und Rechtsanwendung erschöpft sich nicht im Erkennen und Aussprechen der vom Normsetzer bereits vollständig getroffenen Entscheidung. Es handelt sich vielmehr, wie es das BVerfG einmal formuliert hat, um einen „Akt bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen“<sup>6</sup>. Jede Auslegung von Recht ist notwendig subjektgebunden und subjektbedingt und kann „schon deshalb nicht unabhängig von der schöpferischen Eigenleistung des Auslegenden gedacht werden“<sup>7</sup>.

Bedeutet dies, dass sich der Inhalt der zu interpretierenden Norm erst in der Auslegung vollendet<sup>8</sup>, dass der Interpret das Recht nicht bloß rekonstruiert, sondern gar eigentlich nach eigenem Gutdünken kreiert? Verformt sich das, was objektiv gelten soll, im willkürlichen interpretativen Zugriff zu subjektiv Beliebigem?

Gewiss, die Interpretation bleibt ihrem Erkenntnisgegenstand verhaftet. Mit rechtserkenntnisbezogener Kreativität „wird nicht das Gegebene selbst verändert, sondern Unsicherheiten und Uneindeutigkeiten in der Deutung des Gegebenen behoben. [...] Im Erkenntnisakt wird das Gegebene entweder zutreffend erfasst oder verfehlt – tertium non datur. Dass sich mit mehr oder minder überzeugenden Gründen mehrere Sinndeutungen vertreten lassen, darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass dem Gegebenen, hier: einer Rechtsnorm, tatsächlicher mehrfacher Sinn eignet – was der Norm im übrigen den Vorwurf der Perplexität eintrüge“<sup>9</sup>. Die Interpretation ist und bleibt also Hilfsmittel zur Feststellung, nicht zur Herstellung von Rechtsnormen.

Doch auch wer prinzipiell an der von nicht wenigen als Selbsttäuschung denunzierten Ansicht festhält, dass Auslegung Erkenntnis von Vorgegebenem ist und die auszulegende Norm sich nicht etwa überhaupt erst im Verständnishorizont des Auslegenden bildet und daher nur als Aufgegebenes begriffen werden kann, muss konstatieren, dass sich, solange kein Konsens über die maßgebliche Auslegungsmethode oder die maßgeblichen Auslegungsmethoden und deren Verhältnis zueinander besteht, zwischen Rechtsfindung und illegitimer

Rechtserfindung, zwischen Herausgelesenem und Hineingelegtem, zwischen richtigen oder falschen Aussagen über das geltende Recht einerseits und – offen oder verdeckt betriebener, inhaltsverändernder – Rechtsproduktion qua vorgeblicher Interpretation andererseits nicht verlässlich unterscheiden lässt.

Das objektive Verfassungsrecht sieht sich der offenen Gesellschaft der subjektiven Verfassungsinterpretationen ausgeliefert, für die kein verbindlicher Kanon der Interpretationswege besteht. Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes macht da, ungeachtet seiner Unabänderlichkeit gemäß Art. 79 Abs. 3 GG, keine Ausnahme, ist nicht *rocher de bronze*, nicht Fels in der Brandung, der nur umspült, aber nicht ausgehöhlt werden könnte, sondern fließt im mächtigen Strom des verfassungsrechtlichen Diskurses mit und sieht sich interpretativer Deformation ausgesetzt.

Es ist offensichtlich, dass mit einer „Neuinterpretation“ des Art. 1 Abs. 1 GG das gesamte verfassungsrechtliche Koordinatensystem aus den Angeln gehoben werden kann. Wenn Art. 1 Abs. 1 GG, wie *Carlo Schmid* im Parlamentarischen Rat erklärte, „in seiner systematischen Bedeutung [...] der eigentliche Schlüssel für das Ganze“ des Grundgesetzes ist<sup>10</sup>, gewissermaßen der Archimedische Punkt, dann muss der falsche interpretative Zugang zu dieser Grundnorm entweder dazu führen, dass das Ganze unentschlüsselt bleibt oder – schlimmer noch – dessen Sinn völlig entstellt wird.

Wenn aber schon der „Grund der Grundrechte“, letztlich der gesamten Rechtsordnung, sich als schwankender Boden erweist, um wie viel mehr muss das erst für die daraus folgenden einzelnen Grundrechte gelten. Gibt es folglich kein Entrinnen aus der Falle „unbegrenzter Auslegung“<sup>11</sup>?

Dass solche „Auslegung“ den Vätern und Müttern des Grundgesetzes fern lag, ja mehr noch, dass sie gerade dagegen mit der unabänderlichen Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde Rechtsverwahrung einlegen wollten, kann als ausgemacht gelten; denn sie dürften wie *Ferdinand Lassalle* gedacht haben, der in seinem Vortrag „Über Verfassungswesen“ von 1862 ausführte: „Aber eine Sache, die einen Grund hat, kann nicht mehr beliebig so oder anders sein; sondern sie muss eben so sein, wie sie ist. [...] Was [...] einen Grund hat, das ist notwendig, so wie es ist“<sup>12</sup>. Die Väter und Mütter waren allerdings auch nicht naiv. Desillusioniert durch die Erfahrungen von Weimar, die Erfahrung der „Selbstpreisgabe einer Demokratie“, wussten sie, dass man mit einer Verfassungsnorm den Lauf der Dinge nicht für alle Zeiten voraus bestimmen kann. Aber wer das Fundament der Verfassung unterhöhlen, wer das Unantastbare antasten wollte, sollte die Maske des Biedermanns ablegen und sich offen als Revolutionär zu erkennen geben müssen. Das ist erkennbar der Sinn der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG.

<sup>5</sup> *Isensee*, *Salus publica – suprema lex?*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 407, 2006, S. 49.

<sup>6</sup> BVerfGE 34, 269 (287) – Soraya.

<sup>7</sup> *Jestaedt*, *Das mag in der Theorie richtig sein...*, 2006, S. 47.

<sup>8</sup> So für das Verfassungsrecht *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 60 unter Berufung auf *Gadamer* und *Esser*.

<sup>9</sup> *Jestaedt* (Fn. 7), S. 48 f.

<sup>10</sup> 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen am 23.9.1948, abgedr. in: *Der Parlamentarische Rat* 5/I, S. 64.

<sup>11</sup> Dazu grundlegend *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 6. Aufl. 2005.

<sup>12</sup> *Lassalle*, *Über Verfassungswesen*. Rede am 16. April 1862 in Berlin. Mit einem Essay von *Krippendorff*, 1993, S. 14.



Aber lässt sich diese hehre Ziel auf diesem Weg erreichen? Kann die formelle Unabänderlichkeit nicht schlicht und einfach durch „Neuinterpretation“ unterlaufen werden? Der dem jeweiligen Zeitgeist verpflichtete, beflissene „furchtbare Jurist“ pflegt nicht als Revolutionär in Erscheinung zu treten; die neue „Lesart“ der Verfassung oder einzelner ihrer Begriffe kommt ganz biedermännisch als Auslegung daher. *Carl Schmitt* hat nur ausgesprochen, was alle „Rechtserneuerer“, die „auf der Seite der kommenden Dinge sein wollen“, tun: „Wir denken die Rechtsbegriffe um“<sup>13</sup>. Dagegen bietet Art. 79 Abs. 3 GG keinen Schutz.

### III. Verfassungsrechtlicher Schutz gegen interpretative Rechtsperversion

Die Frage, deren Beantwortung darüber entscheidet, ob es tatsächlich Unabstimmbares in einer Demokratie gibt, lautet daher: Wie kann sich eine Rechtsordnung gegen interpretative Perversion unabdingbarer verfassungsrechtlicher Vorgaben wappnen? Wenn diese Frage in der Literatur überhaupt einmal gestellt wird, so besteht die Antwort zumeist in einem bloßen Appell an „ein hermeneutisches Ethos“ oder das Verantwortungsbewusstsein des Interpreten<sup>14</sup>. So richtig und notwendig dieser Appell ist, so unzureichend ist er auch; denn es geht bei der Abwehr interpretativer Rechtsperversion nicht allein um den Ausschluss unredlichen Verhaltens des Interpreten im Umgang mit dem Recht als seinem Erkenntnisgegenstand. Es geht vielmehr um die Abwendung und den Ausschluss sinnentstellender „unbegrenzter Auslegung“, und dabei handelt es sich um ein methodisches Problem, nicht bloß um die Zurückweisung bösen individuellen Willens. Es gibt auch Rechtsperversion in vermeintlich guter Absicht. Im Übrigen dürfte, wer wider besseres Wissen handelt, sich davon kaum durch einen Appell an sein Gewissen abhalten lassen.

Das methodische Problem aber kann nur methodisch gelöst werden. Es kommt daher nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, auf den guten Willen des Interpreten an, der in der Tat ein Thema der Ethik und nicht des Rechts ist, sondern darauf zu erkennen, wessen Willen entscheidend sein soll, wenn denn das Willensmoment bei der Auslegung und Anwendung des Rechts schlechterdings nicht eliminiert werden kann. Die Antwort liegt auf der Hand: Nicht der subjektive Wille des jeweiligen Interpreten kann objektive Geltung beanspruchen, sondern nur der Wille der nach der Kompetenzordnung zuständigen, zur Rechtsetzung ermächtigten Instanz; deren Prävalenz resultiert aus (demokratisch legitimerter) Regelungskompetenz.

Für die Methodenfrage bedeutet dies, dass die von nicht wenigen bereits als überholt ad acta gelegte subjektiv-historische Auslegung zu rehabilitieren ist. Der feststellbare Wille des historischen Verfassungs- und Gesetzgebers, der von ihm erkennbar verfolgte Normzweck ist und bleibt fort-

während maßgeblich. Nicht die vermeintlich objektive Auslegung, bei der nicht, wie suggeriert wird, das (Verfassungs-) Gesetz klüger als der Gesetzgeber ist, sondern lediglich der Interpret sich klüger als der Gesetzgeber dünkt, sondern allein die subjektiv-historische Auslegung zieht einerseits die notwendige Konsequenz aus der Unentrinnbarkeit des voluntativen Elements in der Auslegung des Rechts und weist andererseits zugleich dem Interpretieren die diesem allein angemessene Hilfsfunktion eines „Dieners des Gesetzes“ (Bild nach *Philipp Heck*) oder besser und genauer: des Gesetzgebers bzw. allgemeiner gesprochen: des kompetenten Normsetzers zu<sup>15</sup>. Der Interpret hat nicht die Aufgabe, „in künstlerischer Freiheit“, „mehr oder weniger virtuos“ frei geschöpfte Rechtsideen, hinter denen sich eigene rechtspolitische Vorstellungen zu verbergen pflegen, an die Stelle derjenigen des Verfassungs- oder Gesetzgebers zu setzen und durchzusetzen<sup>16</sup>, sondern den auch für ihn verbindlichen fremden, rechtserzeugenden Willen des Volkes bzw. seiner gewählten Repräsentanten nach bestem Wissen und Gewissen zu ermitteln und zu seiner Geltung zu bringen. Es ist dies auch die der Volkssouveränität und der Demokratie allein angemessene, die verfassungsgebende Gewalt des Volkes ebenso wie den Willen der jeweils herrschenden Mehrheit respektierende Auslegungsmethode<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Auch die Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Telos ist notwendig subjektiv geprägt und muss sich richtigerweise subjektiv-historisch am Willen des Normsetzers orientieren: Nicht welche Bedeutung der Interpret oder ein angeblich „objektiver“ Dritter einem mehrdeutigen Gesetzesbegriff beilegt, sondern wie der Gesetzgeber ihn verstanden hat und verstanden wissen wollte, ist für eine gesetzestreue, insofern „demokratische“ Interpretation eines Gesetzes maßgeblich. Auf den dem Ausdruck oder der Norm vom Gesetzgeber mitgegebenen, „subjektiven“ Sinn kommt es an. Die Wortlautauslegung ist also subjektiv-teleologisch präjudiziert. Auch die systematische Auslegung lässt sich nicht vom Willen des historischen Gesetzgebers isolieren und abstrahieren. Ob überhaupt und gegebenenfalls welche Systematik einem Gesetz zugrunde liegt, lässt sich nämlich nicht „objektiv“ bestimmen, ergibt sich nicht aus ihm selbst, sondern beurteilt sich nach der vom Gesetzgeber seinerzeit nachweislich verfolgten Regelungsabsicht. Siehe dazu näher *Hillgruber*, *Journal für Rechtspolitik* 9 (2001), 281 (284 f.).

<sup>16</sup> *Hirsch*, *ZRP* 2006, 161, von dem das Bild des Gesetzgebers als „Komponisten“ und des Gesetzesanwenders als „Pianisten“ stammt, beruft sich für die postulierte Lockerung der Gesetzesbindung – wie viele andere auch – zu Unrecht auf die in Art. 20 Abs. 3 GG verwandte Formel „Gesetz und Recht“. Wenn sie nicht bloß tautologisch ist, also ein und dasselbe meint, wofür Art. 97 Abs. 1 GG spricht, kann sie sinnvoller Weise nur das höherrangige „Verfassungsrecht“ ansprechen. Gegenüber den Thesen von *Hirsch* mit Recht sehr kritisch *Rüthers*, *FAZ* v. 27.12.2006, S. 31.

<sup>17</sup> Nur so kann auch garantiert werden, dass die für alle in gleicher Weise verbindlichen Verfassungsbegriffe für alle Bekenntnisse und Weltanschauungen in gleichem und zwar

<sup>13</sup> *C. Schmitt*, *DR* 1934, 225 (229).

<sup>14</sup> Siehe dazu *Isensee* (Fn. 5), S. 49, 68; *ders.*, *Vom Ethos des Interpreten*. *Festschrift für G. Winkler*, 1997, S. 367 ff., 391 ff., 393 ff.; *Rüthers*, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, Defizite eines Begriffs*, 1991, S. 83 ff.

Zwei häufig vorgebrachte Einwände seien vorsorglich zurückgewiesen: Irrtümer, Befangenheiten und Vorurteile des Gesetzgebers oder Verfassungsgebers würden auf diese Art und Weise dauerhaft festgeschrieben, statt durch „aufgeklärte“ Auslegung korrigiert zu werden. Das ist zwar richtig, aber die Alternative besteht ja nicht in unbefangener, irrums- und vorurteilsfreier Rechtsschöpfung, sondern lediglich im Austausch der Irrtümer, Befangenheiten und Vorurteile des Normsetzers durch die des Interpreten. Unter diesen Umständen spricht indes aus Kompetenzgründen wiederum alles für die Maßgeblichkeit der Unzulänglichkeiten des mit Regelungskompetenz ausgestatteten und allein demokratisch legitimierten Normsetzers.

Auch die als Schreckgespenst an die Wand gemalte „Versteinerung“ des Rechts muss nicht eintreten. Notwendig werdende oder auch nur der (verfassungsändernden) Mehrheit notwendig erscheinende Rechtsänderungen oder -anpassungen an den Wandel der Zeiten und der Anschauungen werden nur auf den dafür vorgesehenen Weg erneuter Rechtsetzung, den Weg der (verfassungsändernden) Gesetzgebung verwiesen; allein der Schleichweg kompetenzlos vorgenommener, inhaltsverändernder Neuinterpretation – sei es der Verfassung, sei es des Gesetzes – wird versperrt.

Tauchen neue Fragestellungen und Rechtsprobleme auf, die der historische Gesetzgeber noch nicht berücksichtigen konnte, so gilt es die dadurch prima facie entstandene Regelungslücke durch ergänzende Auslegung zu schließen<sup>18</sup>, und zwar in kreativ-loyaler Weise (*J. Isensee*), d.h. „in denkendem Gehorsam“ (*P. Heck*), bei dem die im Gesetz niedergelegte Grundentscheidung in Orientierung an der nach wie vor maßgeblichen Zielsetzung und Willensrichtung des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers weitergedacht und fortgeschrieben wird, so dass die Rechtskontinuität auch im Wandel gewahrt bleibt.

Wenn, wie hier gefordert, das Recht (primär) nach dem subjektiv-historischen Willen des Normsetzers auszulegen ist, entfällt nicht jeder Streit um die richtige Auslegung. Das gilt nicht nur für den Fall, dass dieser Wille nicht (mehr) ermittelbar sein sollte: Dann muss der Interpret an Stelle des historischen Gesetzgebers heute nach dessen mutmaßlichem Willen entscheiden, wie er sich aus der Zusammenschau von Wortlaut, Systematik und Telos ergibt. Das Auslegungsergebnis kann auch streitig sein, wenn sich Anhaltspunkte für den Willen des historischen Gesetzgebers finden, diese aber unter Umständen doch nicht eindeutig sind. Das Ringen um die richtige Interpretation geht also weiter, aber die Bandbreite vertretbarer Auffassungen reduziert sich, weil die Suche

---

des Verfassungsgebers Sinne interpretiert werden; vgl. BVerfGE 12, 45 (54).

<sup>18</sup> Strukturell ist dies durchaus der ergänzenden Auslegung privatrechtlicher Verträge gemäß §§ 133, 157 BGB vergleichbar, bei der die lückenhafte vertragliche Regelung für den unbedachten, aber regelungsbedürftig werdenden Fall nach dem hypothetischen Parteiwillen, d.h. in primärer Orientierung an den im Vertrag selbst enthaltenen Regelungen und Wertungen ergänzt wird.

ein Ziel, einen festen Bezugspunkt hat: Zu erkennen, was der Normsetzer im Zeitpunkt der Normsetzung wie regeln wollte.

Das BVerfG hatte in seiner Rechtsprechung ursprünglich den historischen Willen des Verfassungsgebers und daher die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes in ihrer Relevanz für die richtige Verfassungsinterpretation im Allgemeinen marginalisiert: Ihr könne „für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes ausschlaggebende Bedeutung in der Regel nicht zukommen“<sup>19</sup>. Nachdem es auf diese Weise sich selbst die Interpretationsherrschaft über das Grundgesetz angeeignet hatte, hat es die Bedeutung der Entstehungsgeschichte aber mittlerweile wieder deutlich aufgewertet und sie in letzter Zeit sogar recht häufig und intensiv zur Auslegung herangezogen. Zur Begründung hat es zutreffend angeführt: „Um Sinngehalt und Tragweite der Grundrechtsbestimmungen und anderer Garantienormen, denen oft eine lapidare Sprachgestalt eigen ist, richtig zu erfassen, ist jedoch der Blick auf das rechtliche und historische Umfeld der Entstehung der Verfassungsnorm sowie auf ihre Zielrichtung erforderlich, wie sie sich in den Beratungen darstellte und wie sie schließlich im Normzusammenhang ihren Ausdruck gefunden hat“<sup>20</sup>.

#### IV. Rekonstruktion der historischen Grundentscheidung in Art. 1 Abs. 1 GG

Wendet man die subjektiv-historische Auslegungsmethode auf Art. 1 Abs. 1 GG an, so gewinnt die Unantastbarkeitsgarantie Konturen, wird sichtbar, was die Väter und Mütter des Grundgesetzes unabstimmbar stellen wollten.

##### 1. Irrungen und Wirrungen

Das kann dagegen nicht gelingen, wenn man den Begriff der Menschenwürde als „Scharnierbegriff“ versteht, „der an vielfältige vor- und außerrechtliche Vorstellungen und Bezüge anknüpft und diese in sich aufnimmt“. Für die Interpretation der Garantie der Menschenwürde soll die besondere Schwierigkeit vor allem darin bestehen, „dass sie in der Verfassungsgeschichte weitgehend anknüpfungslos dasteht und insbesondere in den klassischen Menschenrechtstexten keinen Vorläufer hat. Es handelt sich vielmehr um einen in der Philosophie und Theologie entwickelten und vorgestellten Begriff, dessen nähere Verortung aber unklar ist und der nicht auf eine einheitliche, sondern auf verschiedene und teils diametral entgegengesetzte Wurzeln zurückgeführt werden kann“. Je nachdem, auf welche Quelle man sich hier beziehe, ergäben sich dann „ganz unterschiedliche Auffassungen davon, was die Würde des Menschen eigentlich sein oder umfassen soll“. Der Begriff bilde insofern in besonderer Weise „ein Einfallstor für die weltanschaulichen Vorverständnisse des jeweiligen Interpreten, mit denen die Begründungsebene im Prozess der Rechtsanwendung ständig präsent gehalten wird“<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 6, 389 (431); 11, 126 (129 f.) (Gesetzesauslegung); 41, 291 (309); 45, 187 (227); 62, 1 (45); 111, 54 (91).

<sup>20</sup> BVerfGE 79, 127 (143 f. m.w.N.).

<sup>21</sup> *Volkmann*, Staatsrecht II, Grundrechte, 2007, § 1 Rn. 51.

Nein, nicht der weite und verwirrend vielfältige geistesgeschichtliche Hintergrund, sondern nur der engere entstehungsgeschichtliche Kontext ist für die subjektiv-historische Auslegung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes maßgeblich. Es geht um die „Exegese der Menschenwürde als Begriff des positiven Rechts“<sup>22</sup>. Der Hinweis auf die Komplexität von 2000 Jahren philosophischer Ideengeschichte, die dieser verfassungsgeschichtlich betrachtet neue Begriff im Grundgesetz angeblich mit sich schleppt, dient denn auch nicht selten als Freibrief für eine sich davon wie auch von dem erst gar nicht ermittelten Willen des Verfassungsgebers ganz frei machende, insofern beliebige Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG. Oder aber Art. 1 Abs. 1 GG wird schlicht der Rechtssatzcharakter bestritten und zum bloßen Bekenntnis zu einer unbestimmten vorpositiven Idee deklariert: nicht lex, sondern nur ratio constitutionis<sup>23</sup>, nur als ein „Suchbild“ verstanden, „dem (sich die Gesellschaft) innerlich verpflichtet weiß, an dessen Ausfüllung sie aber erst arbeitet“<sup>24</sup> (*Volkmann*). Die Väter und Mütter hatten aber einen operablen Rechtsbegriff, ein durch Ge- und Verbote umhegtes Rechtsgut im Sinn. Wenn die verfassungsrechtliche Unantastbarkeitsgarantie und das Achtungs- und Schutzgebot nicht leer laufen sollen, muss dieses Rechtsgut, die „Würde des Menschen“ inhaltlich bestimmt werden können<sup>25</sup>.

## 2. Würde als Rechtsbegriff

Die Väter und Mütter des Grundgesetzes hatten eine ziemlich präzise Vorstellung davon, was die Würde ausmacht. Schon vor der Formulierung des ersten Grundgesetzartikels stand fest, welche Funktion er erfüllen sollte<sup>26</sup>. „Gewollt war eine äußere Anerkennung jedes einzelnen Menschen seitens des Staates [...] in Gestalt einer grundsätzlichen (dem einzelnen zustehenden) Berechtigung“<sup>27</sup>. Dieser Wille lässt sich nicht nur anhand der Materialien eindeutig nachweisen. Er kommt auch in der Formulierung des zweiten Absatzes des ersten Grundgesetzartikels deutlich zum Ausdruck: „Darum“, heißt es dort, also um der Würde des Menschen willen, „bekennt sich das Deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“. Wer sich um der Würde des Menschen willen zur Idee vorstaatlicher Menschenrechte „bekennt“, verpflichtet den Staat damit zwar (noch) nicht positivrechtlich. Aus dem Bekenntnis zur Menschenrechtsidee ergibt sich aber, was es jedenfalls bedeuten muss, Würde zu haben.

Würde haben bedeutet erstens, Rechtssubjekt sein. Jeder Mensch ist Rechtssubjekt. Jeder Mensch ist kraft des in Art. 1

<sup>22</sup> Insofern zutreffend *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Abs. 1 Rn. 17.

<sup>23</sup> So *Isensee* (Fn. 5), S. 48 f.

<sup>24</sup> *Volkmann*, FAZ v. 24.11.2003, S. 8.

<sup>25</sup> Richtig *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1.

<sup>26</sup> *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 406.

<sup>27</sup> *Enders* (Fn. 26), S. 420 f.

Abs. 1 S. 1 GG liegenden Anerkennungsakts<sup>28</sup> Person. Im Geltungsbereich des Grundgesetzes, für die deutsche Staatsgewalt, ist kein Mensch bloß Objekt. Das heißt: Der Staat darf niemals über einen Menschen wie über eine Sache verfügen. Wenn er einem Menschen etwas abverlangt, muss er ihn stets als Pflichtigen ansprechen. Er muss die Rechtspflicht vor ihm, dem Subjekt, rechtfertigen können<sup>29</sup>. Würde haben heißt zweitens: niemals und nirgends rechtlos dastehen. Jeder Mensch bringt eine gewisse Mindestausstattung an Rechten mit in die Rechtsordnung. Sie hat für den Schutz dieser Rechte zu sorgen, kann ihn mit weiteren Rechten ausstatten, aber nur insoweit mit Pflichten belasten, als es diese Mindestausstattung erlaubt. Das heißt: Kein Mensch fängt – rechtlich betrachtet – bei Null an. Kein Mensch muss darauf hoffen, nach Maßgabe seiner „Würdigkeit“ von der durch Menschen gemachten Rechtsordnung erst Rechte verliehen zu bekommen. Einen Grundbestand an „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“ bringt er – als Grundausstattung, sozusagen – mit, weil er Mensch ist, nur weil er Mensch ist. Und er behält sie auch, was immer er sich zuschulden kommen lässt<sup>30</sup>. Daher ist es unter dem Grundgesetz schlechterdings ausgeschlossen, dass die Staatsgewalt Menschen aus dem Kreis der (Grund-)Rechtssubjekte hinausdefiniert und ihnen so die geschuldete Achtung und den geschuldeten Schutz vorenthält. Und das gilt ganz unabhängig davon, ob man die Vorstellung vorfassungsmäßiger Rechte, die der Mensch – jeder Mensch – in die Rechtsordnung mitbringt, teilt oder nicht: Entscheidend ist, dass die Väter und Mütter des Grundgesetzes ungeachtet ihrer durchaus unterschiedlichen weltanschaulichen Standpunkte dieses Bekenntnis um der Würde des Menschen willen, „darum“, in das Grundgesetz aufgenommen und so dem Interpreten vorgegeben haben.

## 3. Entrechtung – die Erfahrung nationalsozialistischer Rechtsentartung

Was es bedeutet, als Mensch aus der Rechtsgemeinschaft hinausdefiniert zu werden, rechtlos zu sein, und dass es „so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben“, hat *Hannah Arendt* 1949 in beeindruckender Weise beschrieben: „Das Unglück der Rechtlosen liegt nicht darin, dass sie des Lebens, der Freiheit, des Strebens nach Glück, der Gleichheit vor dem Gesetz oder der Meinungsfreiheit beraubt sind; ihr Unglück ist mit keiner der Formeln zu decken, die entworfen wurden, um Probleme innerhalb gegebener Gemeinschaften zu lösen. Ihre Rechtlosigkeit entspringt einzig der Tatsache, dass sie zu keiner irgendwie gearteten Gemeinschaft mehr gehören. [...] Sogar die Nazis haben die Juden, bevor sie mit ihrer Ausrottung begannen, erst einmal ihres legalen Status (damals des Status der Staatsbürgerschaft zweiter Klasse) beraubt, haben sie in Ghettos und Konzentrationslager gepfercht, sie von der Welt der Lebenden abgeschnitten. So wurde – und das ist entscheidend – eine Lage kompletter Rechtlosigkeit hergestellt, bevor das Recht auf Leben in Frage gezogen wurde.“

<sup>28</sup> S. hierzu *Enders* (Fn. 26), S. 431 m. Fn. 304.

<sup>29</sup> Zu diesem Aspekt *Enders* (Fn. 26), S. 430.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 72, 105 (115).

[...] Die Existenz solch einer Kategorie von Menschen birgt [...] Gefahr. [...] Es könnte geschehen, dass es uns [...] gar nicht mehr recht ins Bewusstsein dringt, dass überhaupt ein Mensch ermordet worden ist, wenn er praktisch vorher bereits aufgehört hat zu existieren<sup>31</sup>.

Hannah Arendt wusste wovon sie sprach. Sie hatte die ihrer Ermordung vorausgehende Entrechtung der Juden im nationalsozialistischen Deutschland miterlebt und miterlitten. Die interpretative Umwertung der bis dahin gültigen materialen Inhalte der Rechtsordnung hatte an den bis zur nationalsozialistischen Machtergreifung in Rechtsprechung und Literatur unumstrittenen, festgefühten Grundbegriffen der Person und der Rechtsfähigkeit angesetzt<sup>32</sup>. Man begann an dem ehernen Grundsatz der Einheit von Person und Rechtsfähigkeit<sup>33</sup>, an der einen und gleichen Rechtsfähigkeit aller Menschen zu rütteln<sup>34</sup>, mit dem erklärten Ziel einen „Wandel der Rechtsgrundbegriffe“<sup>35</sup> herbeizuführen. Es kam in der Folge zu einer rassistisch-völkischen Abstufung der Rechtsfähigkeit der Menschen, zur Schaffung eines Sonderstatus minderer Qualität und schließlich zur Beschränkung der „Rechtsstand-schaft“ auf „Artgleiche“<sup>36</sup>. Wer außerhalb der Volksgemeinschaft stand, stand „auch nicht im Recht“ war nicht Rechtsgenosse. Der Angriff auf die prinzipiell gleiche und ungeteilte Rechtsfähigkeit aller Menschen betraf und zerstörte „eine zentrale Wertgrundlage der Rechtsordnung, nämlich die elementare Rechtsschutzgarantie der Gleichheit und Würde aller Menschen“<sup>37</sup>; er bedeutete in der Folge erst geminderten Schutz und schließlich völlige Schutzlosigkeit von Eigentum, Freiheit, Leib und Leben. Um die Wiederholung einer solchen Entwicklung zukünftig auszuschließen, erklärten die Väter und Mütter des Grundgesetzes die Würde des Menschen für unantastbar.

Anerkanntes Rechtssubjekt sein, ausgestattet mit einem unentziehbaren Mindestbestand an Rechten – das genau macht die Würde des Menschen aus, von der in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG die Rede ist. Man wird dazu jedenfalls das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche Unversehrtheit, die prinzipielle Freiheit und die prinzipielle Gleichheit rechnen dürfen. Diese Rechte sind durch die „nachfolgenden Grundrechte“ der Art. 2 und 3 GG gesichert.

Der Staat hat – das ist die angeordnete Rechtsfolge – die Würde des Menschen „zu achten und zu schützen“ (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Er tut dies, indem er die „nachfolgenden Grundrechte“ (Art. 1 Abs. 3 GG) gewährleistet. Sie sind – anders als die vorstaatlichen Menschenrechte, zu denen sich das Grundgesetz bekennt – „unmittelbar geltendes Recht“. Alle grundrechtsverpflichtete Staatsgewalt ist daran gebun-

den. Ausnahmslos jeder Mensch, der mit ihr in Berührung kommt, ist würdebegabt, grundrechtsberechtigt, kann sie einfordern. Sämtliche während der Beratungen im Parlamentarischen Rat diskutierten Fassungen des Art. 1 GG weisen „jenen gedanklichen Dreischritt auf, der von der nur dem Menschen eigenen vorstaatlichen Würde jedem einzelnen zukommende Ansprüche herleitet, um sodann deren [...] positiv-rechtliche Anerkennung in Gestalt subjektiver staatsgerichteter Grundrechte zu vollziehen“<sup>38</sup>. Was die Grundrechte unter besonderen Schutz stellen, sind also Ausprägungen der Subjektqualität des Menschen – seiner Würde<sup>39</sup>.

#### 4. Menschenwürde – die Würde des Menschen als Gattungswesen

Auch der Träger der Würde muss bestimmbar sein, wenn die Garantie ihre Schutzwirkung entfalten soll. In Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ist von der Würde *des* Menschen die Rede, nicht des Menschen ab Nidation, nicht des geborenen Menschen, nicht des durch bestimmte Eigenschaften gekennzeichneten Menschen. Daran kann der Interpret nicht vorbei. Die *dem*, also jedem Menschen in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zugesprochene Würde, die ihm von Verfassungen wegen entgegengebrachte Wertschätzung gilt unabhängig von seinem Entwicklungsstand, ungeachtet seiner Fehler und Schwächen, seiner Fähigkeiten oder Unfähigkeiten; sie kann weder durch eigenes „unwürdiges“ Verhalten noch durch die soziale Missachtung einer Person verloren gehen. In den Worten des BVerfG: „Menschenwürde ist [...] die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann“<sup>40</sup>. Daher ist die bloße Tatsache, biologisch zur Subspezies *Homo sapiens sapiens* zu gehören, hinreichend, aber auch notwendig, um Würde zu haben, um Achtung und Schutz des Staates einfordern zu können, um Träger der „nachfolgenden Grundrechte“ des Grundgesetzes zu sein.

Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu, nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder bei ausgebildeter Persönlichkeit. „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“, hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt. Die ebenso einfache wie richtige Begründung für diese Konnexität lautet: „Diese Würde des Menschseins liegt [...] im Dasein um seiner selbst willen“<sup>41</sup>, auch für das ungeborene Leben, und deshalb ist das Lebensrecht, das dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, „das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht; es gilt unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die der Rechtsordnung eines religiös-weltanschaulichen Staates kein Urteil zusteht“<sup>42</sup>.

<sup>31</sup> Ahrendt, Die Wandlung 4 (1949), 754 (759 f., 765).

<sup>32</sup> Vgl. Rüthers (Fn. 14), S. 97.

<sup>33</sup> Vgl. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, 1840, S. 2.

<sup>34</sup> Siehe Rüthers (Fn. 14), S. 98.

<sup>35</sup> Larenz, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 ff.

<sup>36</sup> Siehe dazu und zum folgenden näher Rüthers (Fn. 14), S. 98 ff.

<sup>37</sup> Rüthers (Fn. 14), S. 99 m.w.N. in Fn. 29.

<sup>38</sup> Enders (Fn. 26), S. 415.

<sup>39</sup> Enders (Fn. 26), S. 495.

<sup>40</sup> BVerfGE 87, 209 (228); 96, 375 (399).

<sup>41</sup> BVerfGE 39, 1 (41); 88, 203 (252).

<sup>42</sup> BVerfGE 88, 203 (252). Wer im Streit um Würde und Lebensrecht des noch nicht geborenen Menschen lediglich

Gewiss, die Väter und Mütter des Grundgesetzes, die mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG die staatsprägende Grundentscheidung gegen den rechtlosen Menschen getroffen haben, hatten dabei sicher in erster Linie den geborenen Menschen im Blick. Doch darf der Verfassungsinterpret dabei nicht stehen bleiben. Seine Aufgabe ist es, diese Grundentscheidung angesichts neuartiger Herausforderungen oder besser: neuartiger Gefährdungen kreativ-loyal<sup>43</sup> weiterzudenken und zu fragen, ab wann und bis wann denn eine Verletzung des Schutzguts der Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG verlässlich festgestellt, hinlänglich individualisiert und auf ein bestimmtes Grundrechtssubjekt bezogen werden kann<sup>44</sup>. Dies dürfte bei der Zeugung auf natürlichem Wege wie auch bei der künstlichen Befruchtung spätestens der Abschluss des Prozesses der Verschmelzung der Vorkerne sein. Die weitere Entwicklung des Embryos ist seit seiner Entstehung durch Kernverschmelzung in ihm selbst als fertiges Programm angelegt, das nur noch gestartet werden muss<sup>45</sup>. Es handelt sich also spätestens jetzt um ein individualisierbares Kontinuum. Das heißt: Wir haben es mit einem Menschen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zu tun.

##### 5. Wieder rechtlose Menschen?

Wenn dagegen in der Literatur für einen „in der Kontinuität der Entwicklung gestufte[n] Schutz der Menschenwürde“, d.h. für eine unterschiedliche Qualität des Würdeanspruchs von Frühformen menschlichen Lebens einerseits und dem geborenen Menschen andererseits plädiert<sup>46</sup> oder gar erst dem geborenen Menschen Würde attestiert wird<sup>47</sup>, dann wird – erneut – Rechtssubjektivität ungleich verteilt, werden Menschen aus der Rechtsgemeinschaft hinausdefiniert. Das ist, machen wir uns nichts vor, nichts anderes als juristische Selektion. Denn „diese Ausschlüsse basieren auf kontingenten, willkürlichen Setzungen. Ebenso wie bei der Setzung von Todeskriterien, die einen Teil von Menschen aus der Rechtsgemeinschaft ausschließt, den man auch hätte einschließen könne, erhebt sich hier ein Teil der Menschheit über einen anderen, indem er nach eigenem Gutdünken festlegt, wer noch zur Rechtsgemeinschaft gehört [...] Die Un-

einen verfassungsrechtlich nicht entschiedenen „Glaubenskrieg“ zu erblicken vermag (vgl. etwa Will, in: Roggan (Hrsg.), Die Menschenwürde: Zwischen Versprechen und Überforderung, Festgabe für B. Hirsch, 2006, S. 29), dem sei mit Papst Benedikt XVI. geantwortet: „Der Friede bedarf der Festsetzung einer klaren Grenzlinie zwischen dem, was verfügbar, und dem, was nicht verfügbar ist: So werden unannehmbare Eingriffe in den Bestand jener Werte vermieden, die dem Menschen als solchem eigen sind“ (Botschaft zur Feier des Weltfriedenstages 1. Januar 2007, [www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/messages/peace](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace), unter 4).

<sup>43</sup> Begriff nach Isensee.

<sup>44</sup> In diese Richtung Enders (Fn. 26), S. 495 (bezogen auf das Recht auf Leben).

<sup>45</sup> Siehe dazu Rager, ZfL 2004, 66.

<sup>46</sup> Vgl. Herdegen (Fn. 22), Art. 1 Abs. 1 Rn. 65 ff.

<sup>47</sup> Vgl. nur Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 66 ff., 77 ff..

teilbarkeit der Menschenrechte ist damit zerstört, die Bedingung der Gleichheit der Menschen als Basis des Rechtsgedankens ist zersetzt. Das Prinzip der Rechtsgemeinschaft gerät zur Kooptation: Die, die drin sind, bestimmen über die Aufnahme“. Und für einen Teil heißt es schließlich: Wir müssen leider draußen bleiben! Das Prinzip, zu dem sich das deutsche Volk in Art. 1 Abs. 2 GG bekennt, dass alle Menschen den gleichen moralischen Status haben und daher auch die gleichen Grund- und Menschenrechte, ist mit der Annahme einer empirischen Bedingtheit menschlicher Würde unvereinbar<sup>48</sup>.

Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob diese neue Aussonderung mit der nationalsozialistischen Praxis der rechtlichen Ausgrenzung von Menschen bis hin zu deren Vernichtung vergleichbar ist oder nicht. Art. 1 Abs. 1 GG verbietet nicht lediglich konkret die Wiederkehr der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft, sondern erklärt abstrakt-generell die Menschenwürde für unantastbar. Geschichte wiederholt sich nicht einfach, aber die Argumentationsmuster, mit denen Menschen ihres rechtlichen Status als Person entkleidet werden, kehren augenscheinlich wieder. Gerade den darin liegenden Angriff auf die gleiche Rechtspersönlichkeit aller Menschen aber will Art. 1 Abs. 1 GG mit aller Entschiedenheit abwehren: Im Geltungsbereich des Grundgesetzes gibt es keine defizitären Unpersonen (*W. Höfling*). Jedes menschliche Leben ist als solches gleich wertvoll<sup>49</sup>.

Jede Interpretation, die an diesem unmissverständlich erklärten Willen der Väter und Mütter des Grundgesetzes vorbeigeht, verfehlt den Sinn des Art. 1 Abs. 1 GG, der den Charakter einer axiomatischen Setzung hat<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> So zutreffend Braun, in: Kettner (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, 2004, S. 81, 86.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (59); BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz Nr. 85.

<sup>50</sup> Das und nur das war gemeint, als Theodor Heuss in der Vierten Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23. September 1948 sagte: „In meinem Vorschlag steht die ‚Würde des menschlichen Wesens‘ als nicht interpretierte These“ (Der Parlamentarische Rat. Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 1993, S. 72. Der eine sollte sie nach Heuss' Vorstellung – die ungeteilte Zustimmung fand – ‚theologisch, der andere philosophisch, der dritte ethisch auffassen‘ können (a.a.O., S. 67). Ähnlich die Abg. Dr. Weber: „Es bleibt dem einzelnen unbenommen, ob er von religiösen, philosophischen, ethischen oder geschichtlichen Einsichten ausgeht. Aber dass wir in dieser geschichtlichen Stunde die Würde des Menschen an den Anfang der Verfassung stellen, halte ich für sehr bedeutsam“ (a.a.O., S. 69). Dies bedeutet alles andere als eine Aufforderung zur (freien) Interpretation; zutreffend Enders (Fn. 26), S. 410. Vgl. auch Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, 1995, S. 28: „[...] dann findet man mit ‚These‘ genau den Befund bezeichnet, den die Autoren der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung mit ‚we hold [...]‘ zum Ausdruck gebracht haben: es wird weder auf etwas außerhalb der Rechtsordnung schlicht Vorfindliches verwiesen noch auf

Das gilt auch für pseudonaturalistische Ansichten, nach denen sich das sich entwickelnde Individuum dem uns geläufigen Bild des Menschen wenigstens angenähert haben müsse, um als Mensch im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG gelten zu können<sup>51</sup>. Sieht so wie eine Zygote oder Blastozyste etwa ein Mensch aus?, lautet die unausgesprochene Suggestivfrage. Unsere Antwort kann nur lauten: Ja, so sieht er ganz zu Anfang aus, der Mensch. Wir wissen es doch besser und dürfen uns daher nicht optisch irreführen lassen. Wer Mensch und damit Person ist, ist es immer, von Anfang an. Auch bevor sein Menschsein äußerlich sichtbar wird, ist der Embryo doch kein Fabelwesen, das sich erst in einer unerklärlichen Metamorphose plötzlich zum Menschen wandelte, sondern ein und derselbe Mensch, eben nur in einem früheren Entwicklungsstadium<sup>52</sup>.

Interpretative Willkür und Subjektivismus werden schließlich auf die Spitze getrieben, wenn der Menschenwürdeschutz mit der Begründung versagt wird, es sei schlechterdings unmöglich, sich in einem Embryo im Mehrzahlstadium „einzufühlen“<sup>53</sup>. Empathie kann doch ernstlich kein Maßstab für die Zu- oder Aberkennung von Menschenwürde sein<sup>54</sup>. Menschenwürde ist keine Frage des Mitgefühls; ob dieses aufgebracht wird, hängt im übrigen nicht nur von dem ab, dem es entgegengebracht werden soll, sondern auch von dem, der es einem anderen entgegenbringen soll: Kein Mitleid haben die Gefühllosen. Unwillen oder Unfähigkeit zum Mitgefühl ist ein denkbar schlechter Indikator für die Vorenthaltung des Anspruchs auf Achtung und Schutz der Würde eines Menschen. Im Übrigen kann der Staat Mitgefühl anregen, indem er – seinem Schutzauftrag entsprechend – den von Anfang an bestehenden verfassungsrechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens in der Ausgestaltung des einfachen Rechts erfüllt und so das allgemeine, öffentliche Rechtsbewusstsein prägt<sup>55</sup>.

---

etwas durch die Rechtsordnung erst Normiertes, sondern es wird eine basale Setzung vorgenommen, die unveränderlich ist, solange das Grundgesetz gilt, und auf die sich die jeweilige Rechtsordnung als Konstitutionsprinzip bezieht“.

<sup>51</sup> Zippelius, in: Bonner Kommentar, Drittbearbeitung 1995, Art. 1 Rn. 78; Volkmann (Fn. 21), § 5 Rn. 31.

<sup>52</sup> Nichts anderes gilt für Monstren, die kein Menschenantlitz tragen, da sie kein Attribut eines wie auch immer gearteten menschlichen Körpers, sondern des Menschen ist, der nicht nur mehr ist als die Summe seiner Gene, sondern auch mehr als sein Körper ist; siehe nur Starck (Fn. 25), Art. 1 Abs. 1 Rn. 22 m. Fn. 92.

<sup>53</sup> So im Anschluss an Schlink, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, S. 15 f.; Volkmann (Fn. 21), § 5 Rn. 31.

<sup>54</sup> Wer kann sich eigentlich in die Lage eines Wachkomapatienten hineinversetzen. Niemand, der diesen Zustand nicht selbst erlebt hat, und doch legen neueste Untersuchungen nahe, dass sie entgegen unseren bisherigen, durch äußerlichen Eindruck gewonnenen, vordergründigen Annahmen eine erstaunlich ausgeprägte Gefühlswelt haben.

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203 (261 f.).

## V. Fazit: Das Unabstimmbare in der Demokratie bedarf der Mehrheit, die es verteidigt!

„Was Du ererbt von Deinen Vätern, Erwirb es, um es zu besitzen“. Goethes Fausts Aufforderung gilt auch für die Interpretation vorgefundenen positiven Rechts, das sich jede Generation immer wieder aufs Neue geistig aneignen muss, um es in seiner Wirksamkeit zu erhalten, durch Auslegung, die „auf die Vergegenwärtigung des historisch Entrückten, hier also: auf die Rekonstruktion des tatsächlich gegebenen Rechts“<sup>56</sup>, auf die „Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens“ zielt<sup>57</sup>.

Wer sich bei der Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG in diesem Sinne an dem orientiert, was die Väter und Mütter des Grundgesetzes subjektiv-historisch in der Situation der Jahre 1948/49 erklärtermaßen gewollt haben, erhält ein eindeutiges Ergebnis. Die Rechtspersönlichkeit des Menschen, seine Grundrechtsfähigkeit und seine elementaren Grundrechte sind normativ unverfügbar. Darüber kann von Verfassungs wegen nicht wirksam abgestimmt werden.

Doch die Vielfalt des methodischen Zugangs fördert tatsächlich die unterschiedlichsten Auslegungsergebnisse zu Tage. Deshalb sind Verfassungsfragen in der Tat auch Machtfragen, obwohl die „wirkliche“ Verfassung nicht, wie Ferdinand Lassalle meinte, einfach mit den jeweils zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem Lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnissen identisch ist<sup>58</sup>.

Daher kommt es im wahrsten Sinne des Wortes entscheidend darauf an, wer die Interpretationshoheit gewinnt oder behält, was „herrschende Meinung“ ist, bleibt oder wird. Das Verfassungsrecht setzt sich nicht von selbst durch. Es bedarf treuer Diener und Vollstrecker. Damit sich aber im Pluralismus der unterschiedlichen Ansichten von dem *einen* Verfassungsrecht in einer Demokratie die „richtige“ Ansicht durchsetzt, muss sie Mehrheitsmeinung sein. Nur mit Mehrheit kann verhindert werden, dass im Parlament nicht doch über das Unabstimmbare abgestimmt wird<sup>59</sup> oder wenn sich dies schon gar nicht mehr verhindern lässt, der Versuch der Disposition über das Unverfügbare im Ergebnis scheitert oder – ultima ratio – das angerufene BVerfG den Erfolg des bereits beendeten Versuchs noch vereitelt und das Unabstimmbare durch Kassation des Abgestimmten wieder herstellt. Doch auch eine solche *restitutio in integrum* setzt eine Abstimmungsmehrheit unter den Mitgliedern des zur Entscheidung berufenen Senats voraus (§ 15 Abs. 4 S. 1, 2 BVerfGG).

Es führt deshalb, so paradox dies auf den ersten Blick erscheinen mag, kein Weg daran vorbei, dass Mehrheiten organisiert werden müssen, um das Unabstimmbare in einer Demokratie unabstimmbar zu halten oder doch wenigstens in seiner Substanz erhalten.

---

<sup>56</sup> Jestaedt (Fn. 7), S. 47 f.

<sup>57</sup> V. Savigny (Fn. 33), Kap. IV, § 32 A, S. 213.

<sup>58</sup> Lassalle (Fn. 12), S. 50.

<sup>59</sup> Unabstimmbares dürfte eigentlich gar nicht auf die Tagesordnung des Deutschen Bundestages gesetzt werden. Aber auch über die Tagesordnung wird abgestimmt, beschließt der Ältestenrat oder das Plenum; vgl. §§ 20, 21 GOBT.

Damit schließt sich der Kreis: Die in der Demokratie zur Herrschaft berufene Mehrheit, der durch das verfassungsrechtlich unverrückbar Festgelegte, damit Unabstimmbare eine unübersteigbare Grenze gesetzt werden soll, bestimmt letztlich selbst deren Verlauf. Positives Recht, auch Verfassungsrecht, lässt sich dem politischen Prozess, aus dem es hervorgegangen ist, nicht mehr (vollständig) entziehen.

Nur eine metapositive Verankerung könnte die grundgesetzliche Ordnung unverfügbar machen; denn Naturrecht gilt in der Tat zeitlich und räumlich unbeschränkt, ist in diesem Sinne unverbrüchlich<sup>60</sup>. Doch seine Geltung stützt sich auf Wahrheit, nicht auf äußere Autorität. Es hat im *Hegelschen* Sinn noch „keine Wirklichkeit“, muss, um hier und jetzt wirksam zu werden, erst in positives Recht übersetzt werden. Dafür aber und für die Bürgschaft dessen fortwährender Interpretation im Sinne des naturrechtlichen Ursprungs kommt es wieder auf die politische Durchsetzungskraft an, die einer Demokratie nur die Mehrheit besitzt.

---

<sup>60</sup> Vgl. die Botschaft Papst *Benedikt XVI.* zur Feier des Weltfriedenstages 1. Januar 2007, [www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/messages/peace](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace): „Nur wenn sie in objektiven Ansprüchen der dem Menschen von Gott gegebenen Natur verwurzelt sind, können die ihm zuerkannten Rechte durchgesetzt werden, ohne daß ihre Widerrufung zu befürchten ist. [...] Nur wenn über diese Grundvoraussetzung Klarheit geschaffen wird, können die Menschenrechte, die heute ständigen Angriffen ausgesetzt sind, in angemessener Weise verteidigt werden. Ohne eine solche Klarheit verwendet man schließlich denselben Ausdruck – eben den Begriff ‚Menschenrechte‘ – und verbindet damit sehr unterschiedliche Vorstellungen von seinem Subjekt: Für einige ist es die menschliche Person, die durch eine ständige Würde und durch Rechte ausgezeichnet ist, die stets, überall und jedem gegenüber gültig sind; für andere ist es der Mensch mit veränderlicher Würde und mit Rechten, die immer neu ausgehandelt werden können: in ihren Inhalten, ihrer zeitlichen Dauer und ihrem Geltungsbereich“.



# Betrug durch Wegnahme – Der lange Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

## I. Einführung

Nicht nur in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, auch in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur hat das Bestimmtheitsgebot derzeit keine Konjunktur. Dabei ist der „völlige Verlust der faktischen Normgeltung“<sup>1</sup> im Nebenstrafrecht längst – offensichtlich mit einiger Resignation – als Phänomen erkannt und wird scheinbar als unabänderlich hingenommen. Die Einsicht, bei dem Bestimmtheitsgebot handle es sich um eine „rechtsstaatliche Utopie“<sup>2</sup>, beschränkt sich auf diesen Bereich außerhalb des sogenannten Kernstrafrechts aber nicht. So werden seit einiger Zeit die tatbestandlichen Grenzen auch solch prominenter Normen wie des Diebstahls und des Betruges angesichts tatsächlicher oder vermeintlicher Strafbarkeitslücken oder auch nur im Wege offenbar für notwendig gehaltener stringenter dogmatischer Argumentation zunehmend aufgelöst.

In dem folgenden Beitrag werden drei Thesen aufgestellt und einer näheren Betrachtung unterzogen: 1. Die h.M. (!) setzt sich im Rahmen des § 242 StGB über den klaren Wortlaut hinweg und verlangt für die Annahme eines Diebstahls eine Wegnahme in Wahrheit *nicht*. 2. Vor dem Hintergrund dieser Ansicht ist sachlich kein Grund ersichtlich, weshalb man – wie dies weithin behauptet wird – beim Tatbestand des Betruges gem. § 263 StGB mit einer näher konturierten Täuschung mehr als die bloße Verursachung eines Vermögensschadens verlangen müssen soll. 3. Mit der gegenwärtigen Auslegung vieler Tatbestände verstößt die herrschende Ansicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Dieser Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot lässt sich verhindern, wenn dem Rechtsanwender Maßstäbe für die notwendige Normativierung des Tatbestandes an die Hand gegeben werden.

Bevor eine nähere Begründung der ersten beiden Thesen erfolgen kann (unter IV. 1. und IV. 2.), ist es erforderlich, sich die Bedeutung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes grundsätzlich zu vergegenwärtigen (sogleich unter II., III.). Die dritte These soll verifiziert werden über die Auslegung des Diebstahls- und Betrugstatbestandes (unter IV.), einen Vergleich mit der weithin für richtig gehaltenen Auslegung des § 212 StGB (unter V.) und einen knappen Überblick weiterer prominenter Kollisionen mit den Anforderungen eines restriktiv verstandenen Bestimmtheitsgrundsatzes (unter VI.). Anschließend sind mögliche Lösungen aufzuzeigen (unter VII.); in diesem Zusammenhang ist auch ein erster Entwurf des Fundaments zu skizzieren, auf dem eine Normativierung von Tathandlungsbeschreibungen erfolgen kann, die den Anforderungen an die Konkretetheit des an den Normadressaten gerichteten Verhaltensappells gerecht wird.

<sup>1</sup> Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, 1978, S. 4.

<sup>2</sup> Schmidhäuser, in: Selmer u.a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, 1987, S. 231 (241). Ebenso bereits Kielwein, *Annales Universitatis Saravensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften VIII*, 1960, S. 127 (135).

## II. Annäherung an das Problem: Die Negation des Bestimmtheitsgrundsatzes in Rechtsprechung und Gesetzgebung

1961 hat Paul Bockelmann in seinem Beitrag zum „Betrug verübt durch Schweigen“ in der Festschrift für Eberhard Schmidt festgestellt: „Soviel ist sicher, daß ein Verhalten, welches die Vorstellungen eines anderen lediglich dadurch unrichtig macht, daß es den Gegenstand, verändert, auf den sie sich beziehen, keine Täuschung ist.“<sup>3</sup>

Damit ist Folgendes gemeint: Nach völlig herrschender Ansicht setzt die Tathandlung des Betruges i.S.d. § 263 StGB die Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen Menschen voraus.<sup>4</sup> Der tatbestandliche Zwischenerfolg des Irrtums des Opfers, der über eine von diesem vorzunehmende Vermögensverfügung schließlich zum tatbestandsmäßigen Enderfolg Vermögensschaden führen muss, muss also gerade durch eine Manipulation dieser Vorstellung durch den Betrüger hervorgerufen worden sein. Damit scheidet solche Verhaltensweisen aus dem Betrugstatbestand aus, bei denen lediglich die der Vorstellung zugrundeliegenden Tatsachen durch den Täter manipuliert werden: Wer also etwa die zunächst zutreffende Vorstellung des im Urlaub befindlichen Opfers, er bewahre zu Hause drei wertvolle Briefmarken auf, dadurch unrichtig macht, dass er sich Zugang zu der Wohnung verschafft und eine der Briefmarken an sich nimmt, hat zwar zweifelsfrei eine fremde bewegliche Sache „weggenommen“ und damit einen Diebstahl gem. § 242 StGB verwirklicht; im Sinne des Betrugstatbestandes getäuscht haben kann er nach herrschender Ansicht jedoch nicht.

Gesichert war diese Aussage freilich schon zu Zeiten Bockelmanns 1961 nicht, wie der folgende, vom OLG Hamm 1957 entschiedene, sogenannte „Rotamint“-Fall<sup>5</sup> zeigt:

Der Angekl. L. hatte in der Gastwirtschaft des Angekl. S. Spielgeräte der Marke „Rotamint“ aufgestellt. Nach Einwurf eines 10-Pfg.-Stückes setzen sich bei diesen Spielgeräten drei Scheiben in Bewegung, auf deren Rand Zahlen stehen. Die Scheiben kommen nach einigen Sekunden Spielzeit zum

<sup>3</sup> Bockelmann, in: ders./Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, S. 437 (439).

<sup>4</sup> Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., 60. Lieferung, Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 27 (ebenso bereits Samson, in: Rudolphi u.a. [a.a.O., Voraufg.], § 263 Rn. 22, 63; vgl. auch ders., *JA* 1978, 469 [472]); Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 263 Rn. 128; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 37; Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2005, Bd. 4, § 263 Rn. 75 ff.; Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 88; Küper, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 6. Aufl. 2005, S. 270; Krack, *List als Straftatbestandsmerkmal*, 1994, S. 48 ff. (50); OLG Karlsruhe JZ 2004, 101.

<sup>5</sup> OLG Hamm NJW 1957, 1162.

Stillstand; sofern sich dann eine bestimmte Zahlenkombination ergibt, zahlt das Gerät nach einem außen angebrachten Gewinnplan Beträge zwischen 0,20 DM und 1 DM aus. Jede Scheibe kann vom Spieler auch durch Druck auf einen Knopf sofort angehalten werden. Den verbleibenden Gewinn teilen sich die Angekl. im Verhältnis 60:40. Nachdem geschickte Spieler, im Volksmund Automaten-schreck genannt, durch Betätigen der Bremsknöpfe im richtigen Augenblick verschiedene Male die Spielgeräte geleert hatten, erklärte S. dem L., gegen diese Spieler müsse etwas getan werden. L. brachte deshalb eine Vorrichtung an, mittels derer die Bremsen der mittleren Scheibe ausgeschaltet wurden, wenn jemand auf einen im Nebenraum angebrachten Knopf drückte und dadurch einen elektrischen Kontakt kurzschloss. Diese Einrichtung sollte beim Erscheinen eines Automaten-schrecks betätigt werden. Am 14.10.1954 spielte ein solcher Automaten-schreck, der Zeuge D., in der Gastwirtschaft des S. und gewann ein paar Mal hintereinander. S. schaltete daraufhin die Bremse der mittleren Scheibe aus. D. spielte weiter und versuchte mehrere Male vergeblich, die mittlere Bremse zu betätigen. Er fand schließlich das Kabel, das zu dem Abschaltknopf führte, und erstattete Anzeige.

Es liegt auf der Hand, dass hier eine Beeinflussung der Vorstellung des Spielers – dass er nämlich einen ordnungsgemäß funktionierenden Automaten bediene – nicht stattfand. Vielmehr ist eine dementsprechende Fehlvorstellung bei ihm allein deshalb entstanden, weil der Automat vom Angekl. L. in einer Weise manipuliert worden war, die die Gewinnchancen eines geschickten Spielers, des „Automaten-schrecks“, verringerte. Dessen insoweit stets gleichbleibende Vorstellung ist also allein deshalb unzutreffend geworden, weil ihr Bezugsgegenstand verändert worden ist. Gleichwohl ist die Ansicht des OLG, der objektive Tatbestand des Betruges sei vom Tatgericht fehlerfrei festgestellt,<sup>6</sup> in der Literatur durchaus auf Zustimmung gestoßen.<sup>7</sup> Mit der o.g. Prämisse zum Inhalt des Täuschungsbegriffs verträgt sich das nicht.

Dementsprechend wird auch heute noch vereinzelt die Auffassung vertreten, für die Annahme einer Täuschung komme es nicht darauf an, dass unmittelbar auf die Vorstellung des Opfers eingewirkt werde; vielmehr genüge die unmittelbare Einwirkung auf den Gegenstand der Vorstellung, wodurch mittelbar auf die Vorstellung selbst eingewirkt werde. Das genüge zur Annahme einer Täuschung i.S.d. Betrugs-tatbestandes.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Das OLG Hamm hebt die Verurteilung wegen Betruges im Ergebnis deshalb auf, weil nicht hinreichend dargetan sei, dass der Vorsatz des Täters auch die Vorstellung umfasst habe, dass auf die von ihm erstrebte Bereicherung kein Recht bestehe, vgl. OLG Hamm NJW 1957, 1163.

<sup>7</sup> Vgl. *Cramer/Perron* (Fn. 4), § 263 Rn. 16e (als konkludente Täuschung); *Lackner*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 2003, § 263 Rn. 25 (ausdrückliches Vorspiegeln). Kritisch aber *Bockelmann* (Fn. 3), S. 439.

<sup>8</sup> Insbesondere *Arzt/Weber*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2000, § 20 Rn. 45 ff. (48); *Mitsch*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 52; vgl. auch – in anderem

Dass eine solche Auffassung im Hinblick auf den in Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich fixierten Bestimmtheitsgrundsatz<sup>9</sup> jedenfalls nicht unproblematisch ist, leuchtet auf den ersten Blick ein. Wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt sein muss, bevor die Tat begangen wurde, damit diese bestraft werden kann, so ist damit auch gesagt, dass sie nicht nur *angeordnet* („bestimmt“), sondern eben auch in hinreichend bestimmter Art angeordnet, also „bestimmt“ sein muss.<sup>10</sup>

Im Nebenstrafrecht ist ein solch restriktives Bestimmtheitsprinzip längst zur Illusion geworden, als „Trugbild“<sup>11</sup> entlarvt. Dies sei an einem bekannten Beispiel illustriert: §§ 58, 62 LFGB<sup>12</sup> lauten:<sup>13</sup>

#### § 58 LFGB

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 5 Abs. 1 Satz 1 ein Lebensmittel herstellt oder behandelt,

2. entgegen § 5 Abs. 2 Nr. 1 einen Stoff als Lebensmittel in den Verkehr bringt, [...]

17. [...]

(3) Ebenso wird bestraft, wer

1. einer unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft zuwiderhandelt, die inhaltlich einem in Absatz 1 Nr. 1 bis 17 genannten Gebot oder Verbot entspricht, soweit eine Rechtsverordnung nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist [...].

Zusammenhang – RGSt 15, 340 (343 f.); dagegen *Bohnert*, GA 1978, 353 (361 f.). Nach h.A. steht die Voraussetzung der Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen nicht in Widerspruch zu der von ihr gleichzeitig vertretenen Ansicht, eine Täuschung setze keine Erklärung bzw. Kommunikationsbeziehung zwischen Täter und Opfer voraus, vgl. exemplarisch *Hoyer* (Fn. 4), § 263 Rn. 25.

<sup>9</sup> Das sog. Bestimmtheitsprinzip ist in Art. 103 Abs. 2 GG und wortgleich in § 1 StGB normiert. In unterschiedlichen Formulierungen findet es sich auch in Art. 7 MRK, § 3 OWiG und z.B. Art. 15 IPBPR. Ihm werden gemeinhin vier Ausprägungen entnommen: das Bestimmtheitsgebot (*nullum crimen sine lege certa*), das Rückwirkungsverbot (*nullum crimen sine lege praevia*), das Verbot von Gewohnheitsrecht (*nullum crimen sine lege scripta*) und das Analogieverbot (*nullum crimen sine lege stricta*); vgl. zum Ganzen *Hassmer/Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paffgen* (Fn. 4), § 1 Rn. 2, 14 ff., 42 ff., 64 ff., 70 ff.

<sup>10</sup> *Schmidhäuser* (Fn. 2), S. 231, der freilich im Ergebnis eine „relative Bestimmtheit“ genügen lassen will, womit er offensichtlich auf die Bestimmtheit der Bestimmung verzichtet, vgl. *ders.*, a.a.O., S. 241 ff. (244).

<sup>11</sup> *Schünemann* (Fn. 1), S. 3.

<sup>12</sup> Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch i.d.F. v. 26.2.2008, BGBl. I 2006, S. 945.

<sup>13</sup> Konstruktiv handelt es sich um sog. Rückverweisungsklauseln, vgl. *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 78.

## § 62 LFGB

(1) Das Bundesministerium wird ermächtigt, soweit dies zur Durchsetzung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft erforderlich ist, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die

1. als Straftat nach § 58 Abs. 3 [...] zu ahnden sind [...].

Eine immer komplexer werdende Rechtswirklichkeit und die fortschreitende Europäisierung des Strafrechts scheinen die Existenz solcher gesetzgeberischen Ungetüme notwendig zu machen. Was mit der Vorschrift gem. § 58 Abs. 3 LFGB unter Strafe gestellt sein soll, erschließt sich auch dem Juristen erst bei mehrmaligem Lesen und auch nur dem Grunde nach: Nach ihr muss einer unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der EG zuwidergehandelt worden sein, die inhaltlich einem der in Abs. 1 Nr. 1 bis 17 (!) genannten Verbote entspricht. Ein solches Verbot lässt sich freilich seinerseits nicht unmittelbar der Vorschrift des § 58 Abs. 1 LFGB entnehmen, sondern muss – etwa bei § 58 Abs. 1 Nr. 1 – über den weiteren Umweg des § 5 Abs. 1 S. 1 LFGB erschlossen werden. Wann die in § 59 Abs. 3 LFGB vorausgesetzte Entsprechung gegeben ist, bestimmt sodann gem. § 62 LFGB das Bundesministerium durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates (!). Das bekannte Problem, das wir unter der Ägide des Bestimmtheitsgrundsatzes mit Blanketttatbeständen haben, wird hier auf die Spitze getrieben, ergibt der Inhalt der mit Strafe bewehrten Verhaltensnorm sich doch erst aus der in einer Verordnung enthaltenen Verweisung auf einen Rechtsakt der EG.<sup>14</sup>

Diese besorgniserregende Entwicklung, die bislang im Wesentlichen der „modernen“ Gesetzgebung angelastet wird, findet sich aber auch bei der inhaltlichen Bestimmung klassischer Tatbestände durch die strafrechtliche Lehre – z.B. bei der Auslegung der nicht nur praktisch wichtigen, sondern auch hochgradig examensrelevanten Vorschriften des Diebstahls und des Betruges gem. §§ 242, 263 StGB. Bevor dies eingehender untersucht wird, ist zunächst ein kurzer Blick auf den Stellenwert des Bestimmtheitsgrundsatzes zu werfen: Welche Bedeutung kommt nun diesem „Eckstein des Rechts der Kulturmenschheit“<sup>15</sup> tatsächlich zu?

### III. Grundsätzliches: Der Bestimmtheitsgrundsatz – Kapitulation vor einem Paradoxon?

Die aktuellen Beiträge in der strafrechtlichen Literatur, die sich eingehender mit der Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes auseinandergesetzt haben, zeichnen ein düsteres Bild: Nach *Schünemann* gibt es kaum eine andere Rechtsnorm, „die ein so hohes Prestige besitzt, und die doch andererseits in der Praxis so häufig missachtet wird.“<sup>16</sup> Der Bürger könne wegen der semantischen Leere der Gesetzestexte das Strafbarkeitsrisiko nicht mehr abschätzen, so dass dem Gesetz

jede generalpräventive Wirkung fehle.<sup>17</sup> Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft hätten vor dieser Frage kapituliert und den Bestimmtheitsgrundsatz „stillschweigend preisgegeben“<sup>18</sup>. *Schmidhäuser* formuliert: „So zeigt sich, dass die Strafrechtsanwender, wenn man vom „möglichen“ Wortsinn ausgeht, in der Gesetzesauslegung immer wieder *das Unmögliche möglich machen*,– und alles in allem ergibt sich: Die Realität der Strafrechtsanwendung – und zwar in der Praxis und weitgehend auch in den Vorschlägen der Theorie – entspricht nicht dem aus dem nulla-poena-Satz hergeleiteten Bestimmtheitsgebot.“ Und weiter: „Es lässt sich nicht bestreiten: Das als Verfassungsgrundsatz behauptete strafgesetzliche Bestimmtheitsgebot und die wirkliche Strafrechtsanwendung klaffen weit auseinander.“<sup>19</sup> Auch *Süß* erkennt eine „Missachtung des Bestimmtheitsgebotes“<sup>20</sup>, eine „faktische Nichtgeltung“<sup>21</sup>; rechtsstaatlich-liberale Strafrechtsprinzipien genießen nur noch „eine minimale Wertschätzung“<sup>22</sup>.

In der Tat lässt sich kaum leugnen, dass der verhaltenssteuernde Normappell den Normalbürger heute kaum noch erreicht.<sup>23</sup> Die derzeitige Entwicklung scheint in der Resignation vor dem Paradoxon zu münden, dass das Kriterium der Gesetzesbestimmtheit seinerseits kaum zu definieren und daher selbst zu unbestimmt ist.<sup>24</sup> Der von der h.M. eingeschlagene Weg, die Verfassungsmäßigkeit einer an sich (zu)

<sup>17</sup> *Schünemann* (Fn. 1), S. 29.

<sup>18</sup> *Schünemann* (Fn. 1), S. 29, der im Folgenden den Vorschlag unterbreitet, zunächst vier Gruppen zu unterscheiden, denen unterschiedliche Grade der Bestimmtheit zukämen: Dabei handele es sich um numerische (absolut bestimmte) Begriffe, Klassifikationsbegriffe (deskriptive Tatbestandsmerkmale), Funktionsbegriffe (normative Tatbestandsmerkmale) und reine Wertbegriffe (Generalklauseln). Im Hinblick auf die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes gehe die eigentliche Gefahr von den reinen Wertbegriffen aus. Auch ihre Verwendung könne freilich nicht schlechthin verboten sein, da Strafrechtspflege ansonsten unmöglich werde, vgl. *ders.*, a.a.O., S. 29 ff. *Schünemann* schlägt schließlich vor, den Begriff der Bestimmtheit auf quantitativem Wege derart zu definieren, dass der Anteil der noch hinreichend bestimmmbaren Tatbestandsmerkmale an der Begrenzung des strafbaren Verhaltens jedenfalls mehr als 50% betragen müsse, vgl. *ders.*, a.a.O., S. 35. Es ist nicht zu sehen, dass dieser Vorschlag in der Praxis oder Theorie auf fruchtbaren Boden gefallen wäre.

<sup>19</sup> *Schmidhäuser* (Fn. 2), S. 238 (*Hervorhebung* im Original), der daraus den Schluss zieht, dass die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot überspannt würden (a.a.O., S. 239). Daraus entwickelt er dann seine Forderung nach einer nur relativen Bestimmtheit des Strafgesetzes, vgl. bereits Fn. 10.

<sup>20</sup> *Süß*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S. 207 (217).

<sup>21</sup> *Süß* (Fn. 20), S. 220.

<sup>22</sup> *Süß* (Fn. 20), S. 226.

<sup>23</sup> Zur Internalisierung von Normen vgl. für unseren Kontext knapp *Schünemann* (Fn. 1), S. 13 f.

<sup>24</sup> *Schünemann* (Fn. 1), S. 29. Beispielhaft noch unten VI.

<sup>14</sup> Vgl. *Satzger* (Fn. 13), § 8 Rn. 78, der denn auch einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG annimmt.

<sup>15</sup> *Asúa*, ZStW 63 (1951), 166 (197).

<sup>16</sup> *Schünemann* (Fn. 1), S. 8.

unbestimmten Norm über Konkretisierungen ihres Inhalts durch Rechtsprechung und Wissenschaft zuzulassen, ist ein Irrweg: Von keinem Laien kann verlangt werden, die inhaltlichen Konkretisierungen einer gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßenden Norm zu kennen.<sup>25</sup>

Auch wenn diese Entwicklung schon im Nebenstrafrecht nicht hinnehmbar ist, beschränkt sie sich doch hierauf nicht. Damit sind wir bei der Analyse des herrschenden Verständnisses von Diebstahl und Betrug angelangt.

#### IV. Widersprüchliches: Zur Auslegung des Diebstahls- und Betrugstatbestandes

Straftatbestände werden (aus unterschiedlichen Gründen) in die unterschiedlichsten Deliktstypologien eingeteilt. So kennen wir Verbrechen und Vergehen, Tätigkeits- und Erfolgsdelikte, Verletzungs- und Gefährdungsdelikte, Begehungs- und Unterlassungsdelikte, sprechen von Dauer- und Zustandsdelikten, Versuch und Vollendung usw. In unserem Zusammenhang interessiert die Unterscheidung in sog. „verhaltensgebundene“ und „bloße Verursachungsdelikte“. Während bei den Verursachungsdelikten die auf irgendeine Art und Weise kausal und objektiv zurechenbar bewirkte Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges für die Strafbarkeit genügt, verlangen die verhaltensgebundenen Delikte, dass der Erfolg gerade auf eine bestimmte, im Gesetz näher umschriebene Art und Weise herbeigeführt wird.<sup>26</sup> Danach könnte man den Diebstahl, der ja nach dem Gesetzeswortlaut eine Sachherrschaftsverlagerung gerade durch Wegnahme verlangt, durchaus als verhaltensgebundenes Delikt bezeichnen,<sup>27</sup> für den Betrug, dessen Tathandlung als Täuschung beschrieben wird<sup>28</sup>, ist dies weithin konsentiert.<sup>29</sup>

##### 1. These 1: Zur Auslegung des Diebstahlstatbestandes

Der Tatbestand des Diebstahls verlangt, dass der Täter eine fremde bewegliche Sache wegnimmt. Bei der Begriffsbestimmung ist die h.M. nun freilich äußerst großzügig: Weg-

nahme ist Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.<sup>30</sup> Dass hier in Wahrheit ein „wegnehmen“ im Wortsinne nicht verlangt wird, zeigt schon der klassische Beschlagnahmefall: Verlangt der vermeintliche Kriminalkommissar die wertvolle Briefmarkensammlung der alleinstehenden alten Dame unter dem Vorwand heraus, er müsse sie beschlagnahmen, weil gefälschte Marken im Umlauf seien, geht die ganz h.M. auch dann von einem Diebstahl, also einer Wegnahme aus, wenn das Opfer eingeschüchtert ob der vermeintlichen staatlichen Autorität die Marken übergibt, weil es glaubt, es werde den Gewahrsam an den Marken ohnehin verlieren. Damit wird das Gegenteil einer *Wegnahme* – die *Herausgabe* – im Wege normativer Konkordanz dem Tatbestand des Diebstahls subsumiert.<sup>31</sup>

Damit ist Dieb nicht mehr derjenige, der den Gewahrsam an einer Sache durch vom Opfer nicht gewollte Ansichnahme verschiebt. Den Tatbestand des Diebstahls verwirklicht vielmehr jeder, der den Delikterfolg – die Gewahrsamsverschiebung – kausal und objektiv zurechenbar bewirkt. Der Täter ist normativ zuständig für den *Wegnahmeerfolg*, die fremde bewegliche Sache tatsächlich *wegnehmen* muss er hingegen nicht. Der Diebstahlstatbestand wird zum bloßen Verursachungsdelikt.

##### These 2: Zur Auslegung des Betrugstatbestandes

Unabhängig davon, wie man zu dieser normativen Korrektur des Diebstahlstatbestandes durch die h.M. steht, stellt sich im Hinblick auf den vermeintlich im Verhältnis der Exklusivität zu § 242 StGB stehenden Betrug i.S.d. § 263 StGB die Frage, welche Gründe nunmehr zwingend dagegen sprechen, die Betrugshandlung ebenfalls als bloßen Verursachungsakt des tatbestandlichen Enderfolges – des Vermögensschadens – aufzufassen. Ich sehe solche Gründe nicht. Das mag der folgende Fall<sup>32</sup> belegen:

T entnimmt der Handtasche der in der völlig überfüllten U-Bahn unmittelbar neben ihm stehenden O heimlich deren Brieftasche. O, die auf dem Weg zum Einkaufen und einigermaßen vergesslich ist, hat sich vor dem Verlassen ihrer Wohnung noch einmal versichert, dass sie ihr Geld auch tatsächlich mitgenommen hat. Dementsprechend ist O in der U-Bahn voller Vorfreude und kann es kaum erwarten, das in der Handtasche mitgeführte Geld auszugeben.

Fasst man den Betrugstatbestand nun konsequenterweise ebenso wie den Diebstahl als bloßes Verursachungsdelikt auf, ergibt sich Folgendes: Durch die unbemerkte Ansichnahme der Geldbörse hat T bei O einen Irrtum, nämlich eine Fehlvorstellung über Tatsachen („das Geld befindet sich in der Handtasche“) hervorgerufen. Dieser Irrtum führt auch zu einer Vermögensverfügung der O („Nichtgeltendmachung des Herausgabeanspruchs“) und einem entsprechenden Vermögensschaden.<sup>33</sup> T hat sowohl einen Diebstahl wie auch einen Betrug begangen!

<sup>25</sup> Zutreffend *Hassemer/Kargl* (Fn. 9), § 1 Rn. 28 (anders noch *Hassemer*, a.a.O., Vorauf., § 1 Rn. 28); *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 4), § 1 Rn. 45 f. Vgl. auch die Glosse von *Vormbaum*, JZ 2008, 244 (245).

<sup>26</sup> Vgl. nur *Jescheck*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Fn. 7), 10. Aufl. 1985, § 13 Rn. 5.

<sup>27</sup> Zu den verhaltensgebundenen Delikten *Jescheck* (Fn. 26), § 13 Rn. 5; ganz knapp *Wessels/Beulke*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 37. Aufl. 2007, Rn. 730. Zu einem anderen Verständnis der verhaltensgebundenen Delikte (das die Erfolgsdelikte hiervon ausnimmt und heute nur noch § 173 StGB als verhaltensgebundenes Delikt anerkennt) vgl. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, § 25 Rn. 297 ff. (298). Ausdrücklich findet sich diese Charakterisierung des § 242 StGB durch die h.M. freilich nicht. Das mag daran liegen, dass – entgegen dem Wortlaut – von der überwiegenden Ansicht in Wahrheit gerade keine Wegnahme verlangt wird, siehe sogleich im Text.

<sup>28</sup> Zum Gesetzeswortlaut vgl. noch unten im Text.

<sup>29</sup> Vgl. nur *Jescheck* (Fn. 26), § 13 Rn. 5.

<sup>30</sup> Vgl. statt vieler *Kindhäuser* (Fn. 4), § 242 Rn. 31.

<sup>31</sup> Ausführlich hierzu jüngst *Rotsch*, GA 2008, 65.

<sup>32</sup> Vgl. auch *Arzt/Weber* (Fn. 8), § 20 Rn. 45.

<sup>33</sup> *Arzt/Weber* (Fn. 8), § 20 Rn. 45, weist zu Recht darauf hin, dass der Schaden der O nicht deckungsgleich mit dem Erfolg

Gegen diese Auffassung hält die h.M. freilich zwei Einwände parat: In Fällen dieser Art, zu der auch der oben genannte „Rotamint“-Fall gehört, könne keine *Täuschung* im betrugstatbestandlichen Sinne vorliegen, weil diese die unmittelbare Einwirkung auf die Vorstellung des Opfers verlange; an einem *Irrtum* des Opfers fehle es, weil dessen Vorstellung die gesamte Zeit konstant bleibe und nur durch eine Manipulation des Bezugsgegenstandes unrichtig werde.

Dass die Ablehnung eines Irrtums nicht überzeugend ist, liegt an sich auf der Hand: Wenn die h.M. den Irrtum i.S.d. § 263 StGB lediglich als Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit definiert<sup>34</sup>, so kann es keinen Unterschied machen, ob dieses Auseinanderfallen auf einer unmittelbaren Einwirkung auf die Vorstellung des Opfers oder aber einer Manipulation ihres Bezugsgegenstandes beruht. Was die Täuschung angeht, so scheint mir die mangelnde Konsequenz der h.M. ebenfalls deutlich zu sein: Lässt man – wie beim Diebstahl – die Verursachung des Erfolges genügen, kommt es eben auf die Art und Weise der Erfolgsherbeiführung gerade nicht mehr an. Das bestätigt auch ein wie immer lehrreicher Blick in das Gesetz, der uns im Rahmen des § 263 StGB daran erinnert, dass dort im Übrigen überhaupt nicht von einer „Täuschung“ geredet wird. § 263 Abs. 1 StGB lautet vielmehr: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er *durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen* einen Irrtum erregt oder unterhält, wird [...] bestraft.“ Der Wortlaut wird gemeinhin als verunglückt angesehen und die Abgrenzung der drei Tatvarianten für nicht leistbar gehalten.<sup>35</sup> Da es für die rechtliche Beurteilung letztlich gleichgültig sei, ob ein täuschendes irreführendes Verhalten als Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung zu bewerten sei, brauche man sich nicht auf einen der drei Unterbegriffe festzulegen, sondern könne sich mit der Feststellung begnügen, dass der Täter über Tatsachen getäuscht habe.<sup>36</sup>

Dass eine etwas differenziertere Sichtweise hilfreich sein kann, belegt unser Fall mit dem Handtaschendieb ebenso wie

der durch den begangenen Diebstahl verwirklichten Gewahrsamsverschiebung ist, so dass der Fall auch unter konkurrenzrechtlichen Gesichtspunkten problematisch wird: Während der Diebstahl nur zum Verlust der Sache führt, wird durch die Betrugshandlung die Geltendmachung des juristisch bestehenden Herausgabeanspruchs unmöglich gemacht, der deshalb wirtschaftlich gesehen weniger wert ist.

<sup>34</sup> Mitsch (Fn. 8), § 7 Rn. 55 m.w.N.

<sup>35</sup> Vgl. etwa Mitsch (Fn. 8), § 7 Rn. 17.

<sup>36</sup> Mitsch (Fn. 8), § 7 Rn. 17; Arzt/Weber (Fn. 8), § 20 Rn. 35; Samson, JA 1978, 471. Mit dieser Argumentation ließe sich freilich auch bei § 223 StGB darauf verzichten, sich auf eine körperliche Misshandlung oder auf eine Gesundheitsschädigung festzulegen. Mit dem Blick auf die identische Strafdrohung enthöbe eine solche Vorgehensweise auch von der Notwendigkeit der Abgrenzung von Täterschaft und Anstiftung. In diesen Kontexten favorisiert die h.M. einen solchen Verzicht nicht.

der oben genannte „Rotamint“-Fall. Denn was stellt die Manipulation des Bezugsgegenstandes der Opfervorstellung anderes dar, als die *Entstellung von Tatsachen*? Ganz offensichtlich erfasst diese Tathandlungsbeschreibung dem Wortlaut nach doch gerade solche Fälle, in denen der Täter nicht unmittelbar die Vorstellung des Opfers, sondern die dieser zugrundeliegenden Tatsachen manipuliert.<sup>37</sup>

Im Hinblick auf die oben geschilderte Auslegung des Diebstahlstatbestandes ist die im Rahmen der Auslegung des Betrugsdelikts vertretene Gegenansicht wenig folgerichtig. Und warum die nur mittelbare Einwirkung auf die Vorstellung des Täters weniger strafwürdig sein soll als die unmittelbar bewirkte Fehlvorstellung, ist ebenfalls nicht ersichtlich.<sup>38</sup>

Wer hiergegen den – zutreffenden – Hinweis als Einwand vorbringt, damit werde das Exklusivitätsverhältnis von Diebstahl und Betrug aufgegeben, der verkennt, dass dieses Ausschließlichkeitsverhältnis von der h.M. über das Merkmal der Vermögensverfügung i.S.d. § 263 StGB – in Abgrenzung zur Wegnahme i.S.d. § 242 StGB – konstruiert wird: von einer Vermögensverfügung aber liest man im Gesetzeswortlaut nichts, vgl. § 263 StGB!<sup>39</sup>

Damit spricht einiges dafür, dass es sich nicht nur beim Diebstahl, sondern auch beim Betrug nicht etwa um ein verhaltensgebundenes, sondern um ein bloßes Verursachungsdelikt handelt. Worin liegt nun aber der Grund dafür, dass die h.A. bei § 242 StGB offensichtlich viel weniger Skrupel empfindet, sich über den – eindeutigen – Wortlaut hinwegzusetzen, als dies beim – weniger eindeutigen – Wortlaut des § 263 StGB der Fall ist?

<sup>37</sup> Ebenso Mitsch (Fn. 8), § 7 Rn. 52, der davon spricht, dass die hier in Frage stehenden Sachverhalte „in fast idealer Weise“ zu dem Merkmal „Entstellung von Tatsachen“ passten. Dabei ist zu unterscheiden: Fälle, in denen – durch unmittelbaren kommunikativen Kontakt – über die unmittelbare Einwirkung auf Tatsachen *unmittelbar* auf die Opfervorstellung eingewirkt wird (Manipulation des Km-Zählers des später dem Käufer angeboten Pkw), nimmt auch die h.A. – meist über die Annahme einer konkludenten Täuschung – Betrug an, vgl. (differenzierend) Hoyer (Fn. 4), § 263 Rn. 25.

<sup>38</sup> Zutreffend Mitsch (Fn. 8), § 7 Rn. 52. Diese Ansicht steht auch mit der Annahme der Möglichkeit eines Betruges durch Unterlassen in Einklang: Denn auch dort findet eine Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Opfers nicht statt. Weshalb eine solche aber beim Unterlassungsdelikt nicht notwendig, beim Begehungsdelikt hingegen zwingend erforderlich sein soll, leuchtet nicht ein.

<sup>39</sup> Ähnlich wie beim Verhältnis von Tun und Unterlassen, bei dem es nach hier für richtig gehaltener Ansicht ebenfalls nicht auf eine Abgrenzung im Tatbestand, sondern allenfalls eine Kollisionslösung auf Konkurrenzebene ankommt (vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 15 Rn. 25 ff.), erscheint nicht recht einsichtig, weshalb man die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis von Diebstahl und Betrug nicht auf Konkurrenzebene vornehmen können soll.

Bei der Beantwortung dieser Frage mag ein vergleichender Blick auf das klassische und von allen also solches anerkannte Verursachungsdelikt des Totschlags gem. § 212 StGB helfen.

#### V. Vergleichendes: Das Verursachungsdelikt des § 212 StGB

Der Totschlag gem. § 212 StGB gilt als das Paradebeispiel eines Verursachungsdelikts. Man ist sich vollständig einig, dass hier jedwede (objektiv zurechenbare) Verursachung des Erfolges den Tatbestand erfüllt.<sup>40</sup> Das ist zunächst einmal jedenfalls nicht selbstverständlich; denn der Gesetzeswortlaut spricht nicht etwa – wie bei der fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB – von der Verursachung des Todes eines Menschen, sondern davon, dass derjenige „Totschläger“ ist, der einen Menschen *tötet*.

Weshalb also hat die einhellige Auffassung bei dem Totschlag keinerlei Probleme sich mit der Verursachung des Erfolges zufriedenzugeben, wogegen sie beim Diebstahl verbal zwar das Erfordernis einer konturierten („bestimmten“) Tathandlung verlangt, sich hierüber aber inhaltlich ohne weiteres hinwegsetzt und schließlich beim Betrug an dem Charakter als verhaltensgebundenes Delikt unbedingt festhalten will? Es liegt der Schluss nahe, dass man glaubt, hinsichtlich der unterschiedlichen Arten und Weisen, einen Menschen zu töten, genauere Vorstellungen zu haben, als hinsichtlich der Verursachung eines Vermögensschadens. Wirft man aber einen genaueren Blick auf die historisch belegten und zum Teil noch heute praktizierten Hinrichtungs- und Tötungsarten, die die schreckliche Phantasie des Menschen hervorgebracht hat, oder betrachtet man den morbiden Einfallsreichtum mancher Täter, mit dem diese ihr Opfer zu Tode bringen, lässt sich hieran recht schnell zweifeln:

Im Gegensatz zur Strangulation, bei der die Halsschlagader abgeschnürt wird, erfolgt bei der Hinrichtung mit der Garrote ein Zusammenpressen der Luftröhre des an einen Holzpfahl gefesselten Delinquenten. Die anfänglich verwendete Schlinge wurde später durch ein Metallband ersetzt; dem Opfer wurde von hinten eine Metallschraube ins Genick getrieben, wodurch der Tod in der Regel augenblicklich eintrat. In Fällen von Unkeuschheit wurde das Opfer im Römischen Reich lebendig begraben. Zur in der Antike bis zum Mittelalter praktizierten Hinrichtungsmethode des Enthäutens heißt es in der „Peinlichen Gerichtsordnung“ Karls V. von 1532: „Es wird dem Delinquenten von des Scharfrichters Knechten erstlich mit einem großen, dazu bereiteten Messer [...] die Brust gleich herunter von vorn aufgeschnitten, die Rippen herumgebrochen und herumgelegt, sodann das Eingeweide samt dem Herzen, Lunge und Leber, auch alles, was im Leibe ist, herausgenommen und in die Erde verscharrt, anbei wohl dem armen Sünder vorhero aufs Maul geschmissen. Nach diesem wird derselbe auf einem Tisch, Bank oder Klotz gelegt, und ihm mit einem besonderen Beil erstlich der Kopf abgehauen, nach diesem aber der Leib durch solches

Beil in vier Teile zerhauen, welche sämtlich, neben dem Kopfe [...] an den Straßen aufgenagelt werden.“

Auf ähnliche Weise wurde der Täter in England für einen Hochverrat bestraft: Bei dem sog. „*hanging, drawing, and quartering*“ wurde der Delinquent am Hals aufgehängt und, kurz bevor er starb, heruntergenommen (*hanging*). Danach wurde er bei lebendigem Leib ausgeweidet: Die Genitalien wurden abgeschnitten und seine Gedärme aus dem Körper geholt (*drawing*). Nachdem ihm das Herz herausgeschnitten worden und dieses zusammen mit den Eingeweiden vor den Augen aller Zuschauer verbrannt worden war, wurde er geköpft, und der Torso wurde in vier Teile zerhackt oder zersägt (*quartering*).

Das Zersägen als Hinrichtungsmethode galt im Mittelalter und der frühen Neuzeit als Strafe für Landesverräter. Auch die Bibel erwähnt die Säge als Folterinstrument: „Sie wurden gesteinigt, gefoltert, zersägt, durchs Schwert getötet.“<sup>41</sup>

Bei der Pfählung wurde der Verurteilte auf einen abgerundeten und eingefetteten Pfahl gesetzt; durch das Gewicht des menschlichen Körpers drang der Pfahl dann langsam durch Anus oder Vagina ein, und das Opfer kam langsam und qualvoll zu Tode, was oft mehrere Tage dauerte. Da der Pfahl abgerundet war, verletzte er keine lebensnotwendigen Organe, sondern schob sich langsam durch den ganzen Körper und verlängerte somit die extreme Qual.

Man ließ Delinquenten von Löwen zerreißen, von Elefanten zertrampeln, flößte ihnen geschmolzenes Blei ein, brühte sie in Wasser oder Öl zu Tode oder stürzte sie vom Felsen. Noch heute wird im Rahmen von Hexenverfolgungen Frauen in Südafrika von ihren Söhnen Benzin eingeflößt, bevor ihnen Autoreifen um den Nacken gelegt und angezündet werden.<sup>42</sup>

Dass der Verursachungsakt i.S.d. § 212 StGB bis zum Eintritt des Todes sich also auf irgendeine Weise näher konkretisieren und – aus der Sicht des Normadressaten – antizipieren ließe, lässt sich kaum behaupten. Noch etwas dogmatischer ausgedrückt: Der vom Täter durch die Vornahme seiner *Tathandlung* angestoßene Kausalverlauf, der für die Erfüllung des Totschlagstatbestandes erforderlich und ausreichend ist, ist ganz offensichtlich mit dem Merkmal des „Tötens“ kaum i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG gesetzlich *bestimmt*.

Man wird auch nicht einwenden können, dass uns die Bestimmung des tatbestandsmäßigen *Erfolges* bei dem Tatbestand des Totschlags leichter falle als beim Betrug, weil wir eben wüssten, wann ein anderer Mensch tot ist. Eine kurze Vergewisserung der medizinrechtlichen Kontroverse um Beginn und Ende des menschlichen Lebens belehrt uns hier freilich schnell eines Besseren. Dass wir eine genauere Vorstellung vom Tod eines Menschen als vom Eintritt eines Vermögensschadens haben, wird man daher kaum behaupten können.

Ein wirklich überzeugendes Argument für die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Tathandlungsbe-

<sup>40</sup> Vgl. statt aller *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 212 Rn. 3.

<sup>41</sup> Hebräer 11, 37.

<sup>42</sup> Vgl. *Harnischfeger*, *Fabula*, 45. Band (2004), Heft 1/2, S. 33 (S. 46 in Fn. 11).

schreibungen bei Diebstahl, Betrug und Totschlag scheint mir nach alledem nicht einfach zu finden zu sein.<sup>43</sup>

## VI. Exemplifizierendes: Der Niedergang des Bestimmtheitsgrundsatzes

Die Beispiele, die den Niedergang des Bestimmtheitsgrundsatzes belegen, sind – in der Gesetzgebung wie in Rechtsprechung und Literatur – zahlreich. Einige wenige seien genannt:<sup>44</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat bekanntlich die folgenden Formulierungen noch als mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar angesehen: „wer groben Unfug verübt“<sup>45</sup>, „schwerer Fall“<sup>46</sup>, „verwerflich“<sup>47</sup>, „sittlich schwer zu gefährden“<sup>48</sup>, „nicht geringe Menge“<sup>49</sup>. Der Bundesgerichtshof hält einen Strafraum für hinreichend bestimmt, der jede gesetzliche Strafe außer der Todesstrafe erlaubt.<sup>50</sup> Dass jedenfalls mehrfach gestufte Blanketttatbestände äußerst problematisch sind, man denke an § 34 Abs. 4 AWG<sup>51</sup>, wurde bereits gezeigt.<sup>52</sup> Aber auch uns noch geläufigere Regelungen sind kaum mit dem Bestimmtheitsgrundsatz in Einklang zu bringen. § 13 StGB normiert, dass derjenige wegen einer Unterlassungstat strafbar sein soll, der für das Ausbleiben des Erfolges „rechtlich einzustehen“ hat. Gesetzlich näher ausgestaltet ist diese Pflicht nicht.<sup>53</sup> Auch eine nähere Bestimmung der Fahrlässigkeitsdelikte findet sich im Gesetz nicht.<sup>54</sup> Im Rahmen des § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird dem Unfallbeteiligten, der eine feststellungsbereite Person nicht antrifft, die Pflicht auferlegt, eine „nach den Umständen angemessene Zeit“ zu warten.<sup>55</sup> Und in § 185 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren „die Beleidigung“ bestraft.<sup>56</sup>

Während bislang die Korrosion des Bestimmtheitsgebotes insbesondere in Spezial- und Nebengesetzen moniert und dort weitgehend hingenommen worden ist, lässt ein unverbildetes

<sup>43</sup> Es drängt sich freilich der Schluss auf, dass die Charakterisierung als bloßes Verursachungsdelikt sich nicht auf die genannten Tatbestände beschränkt; vgl. Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre (erscheint demnächst).

<sup>44</sup> Vgl. noch z.B. Schmitz (Fn. 25), § 1 Rn. 46.

<sup>45</sup> BVerfGE 26, 41 (zu § 360 Nr. 11 StGB a.F.).

<sup>46</sup> BVerfG JR 1979, 28 (zu § 212 Abs. 2 StGB).

<sup>47</sup> BVerfGE 73, 206 (238 f.).

<sup>48</sup> BVerfGE 11, 234; bestätigt in BVerfG JZ 1991, 465 (467).

<sup>49</sup> BVerfG JZ 1994, 859.

<sup>50</sup> BGHSt 13, 109 (191 f.; zu Art. VIII MilRegG 53 a.F.).

<sup>51</sup> Vgl. zu § 34 AWG i.d.F. v. 8.4.2006 Schulz, ZIS 2006, 499.

<sup>52</sup> Siehe oben unter II. (zu §§ 58, 62 LFGB).

<sup>53</sup> Kritisch auch Schmitz (Fn. 25), § 1 Rn. 47.

<sup>54</sup> Zum Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG neuerdings *Colombi Ciacchi*, Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit, Deutschland und Italien im Vergleich, 2005.

<sup>55</sup> Vgl. zur Systematik des § 142 StGB grundsätzlich *Brüning*, ZJS 2008, 148 (in dieser Ausgabe). Zur – zweifelhaften – Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift *Geppert*, Jura 1990, 78 (84).

<sup>56</sup> Zur auch hier bejahten Verfassungsmäßigkeit vgl. BVerfGE 93, 291.

Verständnis auch zahlreicher Normen des Kernstrafrechts bzw. des Umgangs mit ihnen kaum einen anderen Schluss zu: Das Bestimmtheitsgebot ist zum Möglichkeitsgrundsatz mutiert.<sup>57</sup>

## VII. Nachdenkliches: Mögliche Lösungen

### 1. Versperrte Auswege

Welche Auswege aus diesem Dilemma gibt es? Ich sehe drei Möglichkeiten, wie sich mit den dargestellten Phänomenen umgehen lässt. Zunächst lässt sich daran denken, schlicht die Anforderungen an das Bestimmtheitsprinzip zu verringern. Solche in der Literatur verschiedentlich vorgebrachten Vorschläge<sup>58</sup>, sind freilich in der Praxis wie in der Wissenschaft nicht auf fruchtbaren Boden gefallen. Sie lassen sich auch nicht durchsetzen, führt man sich die besondere Bedeutung von Verhaltensnormen vor Augen, deren Verletzung mit Strafe sanktioniert ist.

Der zweite Weg besteht darin, sich zurückzubedenken auf den Wortlaut der Vorschriften, und – etwa bei der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug – nurmehr allein auf den äußeren Verschaffungsakt abzustellen. Eine solch formale Betrachtungsweise überzeugt freilich nicht. Sie vertraut einem faktischen Tathandlungsbegriff, der sich in einer normativen Wissenschaft letztlich nicht halten lässt.<sup>59</sup>

### 2. These 3: Zur Normativierung des Tatbestandes

Damit bleibt nur die Normativierung der tatbestandlichen Verhaltensbeschreibung. Wenn im Wege einer solchen Normativierung Handlungen in Verursachungsakte aufgelöst werden, ist das im Grundsatz nicht verkehrt. Zum einen darf eine solche Vorgehensweise aber nur offen und nicht, wie dies bislang geschieht, verdeckt und heimlich geschehen. Und zum anderen kann hierbei freilich nicht stehengeblieben werden. Wer letztlich auf eine normative Verknüpfung des tatbestandsmäßigen Erfolges mit der (vortatbestandlichen) Handlung des Täters abstellt, muss dem Rechtsanwender Parameter an die Hand geben, mittels derer eine Konkretisierung möglich und antizipierbar ist. Dass es daran bis heute fehlt, stellt das große Manko der h.A. dar.

Eine solche Konkretisierung der Normativierung lässt sich an dieser Stelle freilich nicht entwickeln.<sup>60</sup> Nur so viel: Ausgangspunkt muss die Erkenntnis sein, dass sämtliche Delikte den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges vor-

<sup>57</sup> Nach *Süß* (Fn. 20), S. 214, vermag das Bestimmtheitsgebot nicht mehr als den berüchtigten „Schurkenparagrafen“ zu verhindern (vgl. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 22: „jeder Schurke [...] wird bestraft.“). Berühmt die Normierung in Ziffer 10 der „Verordnung über die Einsetzung von Revolutionstribunalen“ in der Bayerischen Räterepublik vom April 1919: „Jeder Verstoß gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft.“

<sup>58</sup> Vgl. oben Fn. 10 und 19 (*Schmidhäuser*), Fn. 18 (*Schünemann*).

<sup>59</sup> Vgl. grundlegend *Grasnick*, in: Duttge u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 803.

<sup>60</sup> Hierzu grundlegend *Rotsch* (Fn. 43), unter B.



aussetzen. Nur dann lässt sich eine normative Verbindung vom Erfolg zur Handlung des Täters knüpfen. Von dem Eintritt dieses Erfolges ist die Beeinträchtigung des Rechtsgutes zu unterscheiden. Der Täter muss nun normativ zuständig werden sowohl für den Eintritt des Tatbestandserfolges wie auch die eingetretene Rechtsgutsbeeinträchtigung. Nur dann kann ihm der schädliche Erfolg strafrechtlich zugerechnet und er für dessen Eintritt verantwortlich gemacht werden.<sup>61</sup>

### VIII. Ergebnis und Ausblick

Die Tathandlungen des Diebstahls, des Betruges und des Totschlages – Wegnahme, Täuschung und Tötung – werden von der h.M. im Hinblick auf ihre inhaltliche Begriffsbestimmung ohne ersichtlichen Grund vollständig unterschiedlich behandelt. Dem verfassungsrechtlich fixierten Gesetzmäßigkeitsprinzip wird die h.A. bei keinem der Tatbestände gerecht. Dabei stellt eine Normativierung der Tathandlungsbeschreibung grundsätzlich den richtigen Weg dar. Ohne brauchbare Maßstabskriterien – an denen es zur Zeit noch fehlt –, ist dieser Weg aber nicht gangbar. Das Korrodieren des Bestimmtheitsgrundsatzes findet bereits seit geraumer Zeit und in weiten Bereichen des Strafrechts statt. Machen wir uns nichts vor: Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot ist tot!

---

<sup>61</sup> Ausführlich zum Ganzen *Rotsch* (Fn. 43), passim.

# Der Vertrag von Lissabon – ausbildungsrelevante Reformen im Überblick

Von Prof. Dr. Doris König, Alexander Nguyen, Hamburg

## I. Einleitung

Nach der Einigung der Staats- und Regierungschefs am 18./19. Oktober 2007 in Lissabon und der Unterzeichnung des neuen Vertragswerks am 13. Dezember 2007 gilt nunmehr als wahrscheinlich, dass die EU bis zu den Wahlen zum Europäischen Parlament (EP) im Jahr 2009 auf eine neue Grundlage gestellt wird. Obwohl der neue Vertrag<sup>1</sup> im Vergleich zu dem bereits breit diskutierten Verfassungsentwurf vom 29. Oktober 2004 keine grundlegenden inhaltlichen Änderungen bringt, erhält der Vertrag von Lissabon gegenüber den bestehenden Verträgen und auch gegenüber dem Verfassungsvertrag strukturell ein neues Gesicht. Deshalb nimmt dieser Beitrag die Reform zum Anlass, die ausbildungsrelevanten Teile der Reform im Überblick vorzustellen. Die Reformen betreffen vor allem das institutionelle Recht, insbesondere strukturelle Änderungen, die Zusammensetzung der Organe sowie die Rechtsetzungs- und Vertragsänderungsverfahren. Zudem wird die Rolle der nationalen Parlamente gestärkt und die Europäische Grundrechtecharta erhält Rechtsverbindlichkeit.

## II. Strukturelle Änderungen

Durch den Reformvertrag erhält die EU kein einheitliches Grundlagendokument, wie noch vom Verfassungsvertrag vorgesehen, was von ersten Stimmen im juristischen Schrifttum kritisiert wird.<sup>2</sup> Vielmehr wird es neben dem Euratom-Vertrag weiterhin zum einen den EU-Vertrag geben. Zum anderen wird der Vertrag über die Arbeitsweise der EU (VAEU) geschaffen, der aus einer Vertragsänderung des EG-Vertrags hervorgeht. Allerdings werden die beiden reformierten Verträge zur Grundlage einer einheitlichen Europäischen Union, der als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird (Art. 1 [1] Abs. 3 und Art. 46a [47] EU n.F.<sup>3</sup>) Damit tritt sie vollständig in die Rechtsposition der bisherigen Europäischen Gemeinschaft ein. Dies gilt insbesondere für die völkerrechtlichen Verträge, die die EG geschlossen hat. Der Begriff „EG“ wird aus allen Verträgen entfernt. Inhaltlich wird jedoch nur die bisherige PJZS (in Grenzen) vergemeinschaftet und geht im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ auf. Die GASP bleibt eigenständig und ist auch weiterhin der Jurisdiktion des

<sup>1</sup> Der deutsche Text und die erläuternde Denkschrift sind abgedruckt in BR-Drs. 928/07 v. 20.12.2007; vgl. zur Vorgeschichte die Denkschrift zum Vertrag von Lissabon, ebenda, Abschn. A, S. 133 f. Die in diesem Bericht angegebenen Artikelnummern beziehen sich auf den dem Entwurf des Zustimmungsgesetzes beigefügten Text.

<sup>2</sup> *Terhechte*, EuZW 2007, 521; *Richter*, EuZW 2007, 631, der einen Transparenzverlust befürchtet; a.A. *Rabe*, NJW 2007, 3153 (3157), der den VVE für überladen hielt.

<sup>3</sup> Die Artikelnummern in Klammern beziehen sich jeweils auf die endgültige Nummerierung in den Verträgen entsprechend der Übereinstimmungstabelle in Art. 5 des Vertrags von Lissabon.

EuGH nahezu vollständig entzogen (Art 240a [275] VAEU).<sup>4</sup> Zudem kann innerhalb der GASP kein für den Bürger unmittelbar geltendes Recht gesetzt werden (vgl. Art. 11 [24] Abs. 1 UAbs. 2 EU n.F.). Wenn man so will, bleiben daher zwei Säulen weiterhin erhalten.

## III. Die Zusammensetzung der Organe

Zum einen wird die Abgeordnetenzahl im Europäischen Parlament verkleinert. Die maximale Anzahl von Abgeordneten des Europäischen Parlaments (EP) wird auf 750 zuzüglich des Präsidenten festgesetzt (Art. 9a [14] Abs. 2 EU n.F.). Dabei erhält kein Mitgliedstaat mehr als 96 Sitze. Dies bedeutet, dass Deutschland drei Abgeordnetensitze verlieren wird.

Zum anderen werden die Bestimmungen über die Präsidentschaft im Rat und im Europäischen Rat geändert. Während der Europäische Rat einen ständigen, auf zweieinhalb Jahre gewählten Präsidenten erhält, der für eine weitere Amtsperiode wiedergewählt werden kann (Art. 9b [15] Abs. 5 EU n.F.), sollen die Bestimmungen über die Präsidentschaft im Rat flexibel ausgestaltet werden, so dass eine Verlängerung der Vorsitzperiode von derzeit einem halben Jahr ermöglicht wird, um so mehr Kontinuität zu erlangen. Die näheren Einzelheiten werden in einem Beschluss des Europäischen Rates festgelegt (Art. 9c [16] Abs. 9 EU n.F. i.V.m. Art. 201b [236] lit. b VAEU).

Die Bestimmungen über die Ernennung des Kommissionspräsidenten werden ebenfalls geändert. Bislang wurde dieser vom Rat (in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs) ernannt, wobei die Ernennung der Zustimmung des Parlaments bedurfte (Art. 214 Abs. 2 UAbs. 1 EG). Nach Art. 9d (17) Abs. 7 EU n.F. muss nunmehr der Europäische Rat dem Parlament einen Kandidaten vorschlagen, welchen dieses mit der Mehrheit seiner Mitglieder wählt. Allerdings stellt diese Regelung, genau genommen, keine weitreichende Neuerung dar, weil das Parlament weiterhin keinen eigenen Kandidaten wählen kann. Immerhin bestimmt Art. 9d (17) Abs. 7 EU n.F. aber, dass der Europäische Rat bei seinem Vorschlag das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament berücksichtigen muss, so dass es zumindest in Ansätzen zu einer Parlamentarisierung der Wahl des Kommissionspräsidenten kommt. Wird der Kommissionspräsident von einer breiten parlamentarischen Mehrheit gewählt, so verstärkt sich mit dem Rückhalt im Parlament auch sein politisches Gewicht. Im Hinblick auf das (vermeintliche) Demokratiedefizit der EU wird allerdings kritisiert, dass die übrigen Kommissare nach wie vor nicht vom Parlament gewählt werden.<sup>5</sup>

Die EU erhält einen neuen Hohen Vertreter für die Außen- und Sicherheitspolitik, der den bisherigen Hohen Vertreter für die GASP und Generalsekretär des Rates ablösen soll. Das Amt des neuen Hohen Vertreters ist weitgehend dem Amt des noch durch den Verfassungsvertrag vorgesehenen

<sup>4</sup> Siehe unten VI.

<sup>5</sup> *Fisahn/Viotto*, ZRP 2007, 198 (200 f.).

europäischen Außenministers nachempfunden. So soll auch der neue Hohe Vertreter den ständigen Vorsitz im Rat „Auswärtige Angelegenheiten“ führen (Art. 13a [27] Abs. 1 EU n.F.) und gleichzeitig Vizepräsident der Kommission sein (Art. 9d [17] Abs. 4 EU n.F.). Damit soll eine enge Koordination der außenpolitischen Aktivitäten von Rat und Kommission sichergestellt werden. Darüber hinaus nimmt er an den Sitzungen des Europäischen Rates teil (Art. 9b [15] Abs. 2 EU n.F.), hat aber kein Stimmrecht. Zudem wird der Hohe Vertreter durch einen neu zu schaffenden Europäischen Auswärtigen Dienst unterstützt, der eng mit den diplomatischen Diensten der Mitgliedstaaten zusammenarbeiten soll (Art. 13a [27] Abs. 3 EU n.F.).

Reformiert wird ebenfalls das Verfahren zur Ernennung der Richter. Art. 224a (255) VAEU (der Art III-357 VVE entspricht) führt einen Eignungsprüfungsausschuss, bestehend aus sieben fachlich hervorragenden Persönlichkeiten, ein, der künftig eine Stellungnahme über die Eignung der Bewerber um eine Stelle als Richter oder Generalanwalt abgeben soll. Damit soll das Verfahren objektiver und transparenter werden. Die letzte Entscheidung verbleibt jedoch nach wie vor bei den Mitgliedstaaten, welche die Richter und Generalanwälte nach Anhörung des Ausschusses in gegenseitigem Einvernehmen ernennen.

#### IV. Die Rechtsetzungsverfahren

Auf die noch im Verfassungsvertrag vorgesehenen Umbenennungen der Verordnung und der Richtlinie in „europäisches Gesetz“ bzw. „Rahmengesetz“ wird verzichtet. Es bleibt also bei der bisherigen Terminologie, wobei in den nachfolgenden Artikeln dennoch von „Gesetzgebungsverfahren“ die Rede ist (vgl. etwa Art. 249a [289] VAEU). Einzig die „Entscheidung“ wird, allerdings ohne rechtliche Konsequenzen, in „Beschluss“ umbenannt (vgl. Art. 249 [288] Abs. 1 VAEU). Die in Art. 249 (288) VAEU aufgeführten Rechtsaktformen ersetzen sämtliche besonderen Handlungsformen, die es bisher in der Zweiten und Dritten Säule gibt. Damit wird eine Vereinheitlichung und Reduzierung der Handlungsformen der Unionsorgane erreicht.

Das Zusammenwirken der Organe bei der Rechtsetzung wird zu Gunsten des EPs neu gestaltet. So wird das Mitentscheidungsverfahren, das jetzt als „ordentliches Gesetzgebungsverfahren“ bezeichnet wird, zum Regelfall, so dass der Einfluss des Parlaments insgesamt gestärkt wird (vgl. Art. 249a [289] Abs. 1 VAEU). Zum Teil wird jedoch in diesem Zusammenhang kritisiert, dass das bestehende strukturelle Demokratiedefizit auf Unionsebene dadurch nicht ausreichend beseitigt werde, weil das EP als Ort der politischen Auseinandersetzung im Vergleich zum Rat, in dem nationale Sonderinteressen vertreten würden, immer noch zu schwach sei. So werde das EP jedenfalls nicht zum zentralen Rechtsetzungsorgan der EU. Insbesondere wird bemängelt, dass dem EP auch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren noch immer kein eigenes Initiativrecht zusteht. Zudem sei die Anzahl der Fälle, in denen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren einschlägig sei, nur unzureichend erhöht worden. Die Fälle, in denen lediglich eine Anhörung des Parlaments vorgesehen

sei, seien kaum verringert worden.<sup>6</sup> Auch wenn diese Kritik berechtigt sein mag, so ist doch zu bedenken, dass die Anforderungen an die demokratische Legitimation der Rechtssetzung in einer supranationalen Organisation nicht mit derjenigen auf staatlicher Ebene gleichgestellt werden können. Denn die Mitgliedstaaten sind darauf bedacht, ihren maßgeblichen Einfluss auf das Gesetzgebungsverfahren nicht zu verlieren. Zudem beruht die demokratische Legitimation der EU/EG auf zwei Legitimationssträngen. Neben dem direkt gewählten EP vermitteln vorrangig die Regierungsvertreter im Rat als Repräsentanten der Staatsvölker der Mitgliedstaaten den Rechtsetzungsakten der EU/EG die erforderliche Legitimation.<sup>7</sup> Hinzu kommt, dass im Reformvertrag die Rolle der nationalen Parlamente als Vermittler demokratischer Legitimation insgesamt gestärkt wird.

#### V. Die Grundrechtecharta

Die Grundrechtecharta wird nicht, wie noch im Verfassungsvertrag vorgesehen, ausdrücklich in den Text des Vertrags von Lissabon aufgenommen. Stattdessen wurde aus Gründen politischer Rücksichtnahme beschlossen, dass die Charta durch einen Verweis in Art. 6 (6) Abs. 1 EU n.F. Rechtsverbindlichkeit erhalten soll. Dabei wurde jedoch für Großbritannien und Polen eine Ausnahme vereinbart.<sup>8</sup> In beiden Mitgliedstaaten erhält die Grundrechtecharta zunächst keine Rechtsverbindlichkeit. Zudem wird die Union, wie schon im Verfassungsvertrag, ermächtigt, der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) beizutreten (Art. 6 [6] Abs. 6 EU n.F.).

Ziel der Überführung der Grundrechtecharta in verbindliches Primärrecht ist hauptsächlich, rechtsstaatliche Defizite auszuräumen, die dem ungeschriebenen Grundrechtsschutz anhaften.<sup>9</sup> Die Grundrechtecharta<sup>10</sup> stellt einen modernen Grundrechtekatalog dar; sie ist wesentlich ausdifferenzierter als die bisherigen EU-Grundrechte, die aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten hergeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 EU). Ebenso verhält es sich im Vergleich zum deutschen Grundgesetz. Trotzdem ist noch unklar, inwieweit dadurch auch tatsächlich ein höheres Schutzniveau für die Bürger geschaffen wird. Dies wird im Wesentlichen davon abhängen, wie der EuGH die Grundrechte der Charta interpretiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten zum einen klargestellt haben, dass die Bestimmungen der Charta keinesfalls die Zuständigkeiten der Union erweitern (vgl. Art. 6 [6] Abs. 1 UAbs. 2 EU n.F.). Zum anderen haben sie eine „Versteinerungsklausel“ eingefügt, der zufolge die Charta gemäß den allgemeinen Bestimmungen (Art. 51 bis 54 GrCh) sowie unter gebührender Berücksichtigung der ihr angefügten Erläuterungen zu interpretieren ist (vgl. Art. 6 [6] Abs. 1 UAbs. 3 EU n.F.). Damit könnten die Mitgliedstaaten den Versuch unternommen ha-

<sup>6</sup> *Fisahn/Viotto*, ZRP 2007, 198 (200 f.).

<sup>7</sup> BVerfGE 89, 155 (186).

<sup>8</sup> CIG 2/1/07, Protokoll Nr. 7.

<sup>9</sup> *Calliess*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 20 Rn. 1 f.

<sup>10</sup> Abl. der EU, Nr. C 364/1 v. 18.12.2000.

ben, eine extensive Auslegung der Grundrechtecharta durch den EuGH und die übrigen Unionsorgane zu verhindern. Selbst wenn diese Klausel in Bezug auf Letztere zu einer eher restriktiven Interpretation der Charta führen mag, ist zu bezweifeln, dass sich der EuGH als zur Rechtsfortbildung befugtes Rechtsprechungsorgan auf diese Weise davon abhalten lässt, die Grundrechte der Charta zukünftig im Lichte moderner Entwicklungen in der Grundrechtsdogmatik und ggf. veränderter Gefährdungspotentiale auszulegen.<sup>11</sup> Eine solche dynamische Interpretation, die auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg für sich in Anspruch nimmt, ist vom EuGH gefordert, wenn er seiner Aufgabe gerecht werden soll, und lässt sich nicht durch eine „Versteinerungsklausel“ unterbinden.

Umstritten ist auch, ob und inwieweit sich der Anwendungsbereich der bisherigen EU-Grundrechte durch die Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta verändern wird. Art. 51 GrCh bestimmt ausdrücklich, dass die Charta primär die Organe und Einrichtungen der EU bindet. Die Mitgliedstaaten werden nur gebunden, soweit sie Unionsrecht durchführen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die EU-Grundrechte von den Mitgliedstaaten aber auch dann zu beachten, wenn sie im Rahmen der Ausnahmeregelungen Grundfreiheiten einschränken wollen.<sup>12</sup> Wird Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh unter Berufung auf seinen Wortlaut („ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“) restriktiv interpretiert, könnte man darin – in Abkehr von der genannten Rechtsprechung des EuGH – eine Einschränkung des Anwendungsbereichs sehen.<sup>13</sup> Es wäre denkbar, dass die Mitgliedstaaten den vom EuGH auf Kosten des nationalen Grundrechtsschutzes weitgefassten Anwendungsbereich der EU-Grundrechte durch diese Formulierung einschränken wollten. Gegen eine solche restriktive Auslegung des Art. 51 Abs. 1 GrCh spricht allerdings, dass die Rechtsprechung des EuGH in der Grundrechtecharta festgeschrieben werden sollte.<sup>14</sup> Diese Absicht wird dadurch bestätigt, dass Art. 6 Abs. 2 EU auch nach der Reform als Art. 6 (6) Abs. 3 EU n.F. erhalten bleibt. Der bisherige Grundrechtsschutz wird danach weiterhin unverändert gewährleistet.<sup>15</sup> Dies gilt uneingeschränkt auch für Großbritannien und Polen. Deshalb ist die Beibehaltung des jetzigen Art. 6 Abs. 2 EU aus Klarstellungsgründen für sinnvoll zu erachten.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Fischer, Der Vertrag von Lissabon, Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag, 2008, Art. 6 EU Rn. 5.

<sup>12</sup> EuGH, Slg. 1997, I-3709 (Familiapress); Calliess (Fn. 9), § 20 Rn. 26 m.w.N.

<sup>13</sup> So Cremer, NVwZ 2003, 1452 (1457), und Kingreen, EuGRZ 2004, 570 (573).

<sup>14</sup> Vgl. die Erläuterung zu Art. 51 Abs. 1 GrCh.

<sup>15</sup> Calliess (Fn. 9), § 20 Rn. 27.

<sup>16</sup> A.A. Epping, JZ 2003, 821 (826 f.) und Schmitz, EUR 2004, 691 (697 f.), die die Beibehaltung des Art. 6 Abs. 2 EU für überflüssig erachten, da die Einführung zusätzlicher neuer Grundrechte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auch ohne den Verweis möglich sei. Zudem bestehe die Gefahr, dass der EuGH sich so über verfassungspolitische Entscheidungen der Charta hinwegsetzen könne.

## VI. Änderungen beim Rechtsschutz

Die Vorschriften über die EU-Gerichtbarkeit bleiben im Vergleich zum Vertrag von Nizza weitgehend erhalten. Schon der Verfassungsvertrag sah keine weitreichenden Änderungen auf diesem Gebiet vor. Der EuGH bleibt weiterhin grundsätzlich unzuständig für die GASP. Allerdings ist hier – maßgeblich auf deutsches Betreiben – eine bedeutsame Ausnahme gemacht worden: Der EuGH ist zuständig für Individualklagen, die sich gegen die Rechtmäßigkeit von Beschlüssen über restriktive Maßnahmen gegen Einzelne, wie z.B. die Aufnahme in Listen von Terrorverdächtigen, richten (Art. 11 [24] Abs. 1 UAbs. 2 EU n.F. und Art. 240a [275] Abs. 2 VAEU). Bezüglich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist der Gerichtshof nur eingeschränkt zuständig. Nicht zuständig ist er vor allem für die Überprüfung von Maßnahmen der Polizei, der Strafverfolgungsbehörden und anderer zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der inneren Sicherheit zuständiger Stellen der Mitgliedstaaten (Art. 240b [276] VAEU). Auch eine allgemeine grundrechtsbezogene Individualklage (ähnlich der deutschen Verfassungsbeschwerde) wird es weiterhin nicht geben.

Neu ist, dass Art. 230 (263) Abs. 4 VAEU zukünftig (entsprechend Art. III-365 Abs. 4 VVE) natürlichen und juristischen Personen über die bisherige Klagebefugnis hinaus ausdrücklich die Nichtigkeitsklage auch gegen „Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“ eröffnet. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann zurzeit gegen Maßnahmen, die in der Form von Verordnungen ergangen sind und bei denen es sich nicht um „Scheinverordnungen“ handelt, nur dann geklagt werden, wenn der Kläger eine unmittelbare *und individuelle* Betroffenheit geltend machen kann. Das ist der Fall, wenn der Kläger „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und [...] daher in ähnlicher Weise individualisiert“ ist wie der Adressat einer Entscheidung (sog. Plaumann-Formel).<sup>17</sup> Das Merkmal der individuellen Betroffenheit und die enge Auslegung der Klagebefugnis durch den EuGH anhand der Plaumann-Formel waren bisher schon umstritten. Kritisiert wird, dass eine Rechtsschutzlücke bestehe, und zwar in den Fällen, in denen ein Einzelner z.B. durch eine Ordnungsbestimmung unmittelbar belastet wird oder – im Falle einer Richtlinie oder einer an einen Mitgliedstaat gerichteten Entscheidung – mangels innerstaatlicher Umsetzung eine ihn belastende Maßnahme nicht unmittelbar wirksam wird und damit vor nationalen Gerichten angegriffen werden kann. Daher wurde schon seit längerer Zeit eine Änderung des Art. 230 Abs. 4 EG gefordert.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Slg. 1963, 211, 238 f.

<sup>18</sup> Calliess, NJW 2002, 3577 (3582); Braun/Kettner, DÖV 2003, 58 (66); Nettesheim, JZ 2002, 928 (934); Schwarze, DVBl. 2002, 1297 (1313 f.). Diese Frage wurde auch im Verfassungskonvent diskutiert, CONV 350/02, S. 2, abrufbar unter: <http://register.consilium.eu.int/pdf/de/02/cv00/00350d2.pdf>.

Inwieweit die jetzige Änderung in Art. 230 (263) Abs. 4 VAEU diesen Bedenken Rechnung trägt, ist noch ungeklärt. Betrachtet man ausschließlich den Wortlaut der Vorschrift („Rechtsakte mit Verordnungscharakter“), drängt sich der Schluss auf, dass zukünftig auch gegen Verordnungen i.S.v. Art. 249 (288) Abs. 2 VAEU geklagt werden könne, die den Kläger unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen (ohne dass es einer individuellen Betroffenheit bedürfte). Damit würde die angeführte Rechtsschutzlücke beseitigt werden. Allerdings ist mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Änderung eine andere Auslegung vorzugswürdig. Die o.a. Formulierung in Art. 230 (263) Abs. 4 VAEU wurde aus dem Verfassungsvertrag unverändert übernommen (Art. III-365 Abs. 4 VVE), ohne dass dabei mit Blick auf die damals geplante, in den Reformvertrag aber nicht eingegangene Umbenennung der Rechtsinstrumente eine Anpassung vorgenommen worden wäre. Die Formulierung „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ wurde bislang im Schrifttum überwiegend dahingehend interpretiert, dass „Verordnungscharakter“ in Abgrenzung zu „Gesetzescharakter“ zu verstehen sei. Damit wäre nach dem Verfassungsvertrag eine Klage gegen Europäische Gesetze und Rahmengesetze (i.S.v. Art. 33 Abs. 1 UAbs. 2 und 3 VVE) ausgeschlossen gewesen. Vielmehr wäre nach der damaligen Diktion eine Klage nur gegen exekutive Rechtsakte wie die „Europäische Verordnung“ und den „Europäischen Beschluss“ (i.S.v. Art. I-33 Abs. 1 UAbs. 4 und 5 VVE) möglich gewesen.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe dafür, dass es sich bei der Beibehaltung der ursprünglichen Formulierung aufgrund des engen Zeitplans zur Ausarbeitung des Reformvertrags um ein Redaktionsversehen handelt, so dass auch zukünftig eine Individualklage gegen Verordnungen gemäß Art. 249 (288) Abs. 2 VAEU nur bei unmittelbarer und individueller Betroffenheit i.S.d. Plaumann-Formel nach Art. 230 (263) Abs. 4 2. Var. VAEU möglich ist. Von dem Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ sind, wie im Verfassungsvertrag vorgesehen, nur exekutive Rechtsakte wie Durchführungsverordnungen umfasst. Zudem spricht für dieses Ergebnis auch die Systematik des neuen Vertrags. An allen anderen Stellen, an denen Verordnungen (i.S.v. Art. 249 [288] Abs. 2 VAEU) und Richtlinien gemeint sind, spricht der Reformvertrag nunmehr von „Gesetzgebungsakten“. Somit ist es nur ansatzweise zu einer Erweiterung der Klagebefugnis in Art. 230 (263) Abs. 4 VAEU gekommen: Klagebefugt ist künftig auch derjenige, der sich gegen Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, also insbesondere Durchführungsverordnungen, wehrt, von denen er lediglich unmittelbar, aber nicht individuell betroffen ist.<sup>20</sup> In Bezug auf Verord-

nungen i.S.v. Art. 249 (288) Abs. 2 VAEU bleiben die im Schrifttum geäußerten Bedenken daher bestehen.

## VII. Reform des Verfahrens zur Vertragsänderung

Im Vertrag von Lissabon werden die Vorschriften zur Vertragsänderung entsprechend dem Verfassungsvertrag geändert. Art. 48 (48) EU n.F. enthält sowohl das *ordentliche Änderungsverfahren*<sup>21</sup> (Abs. 2 bis 5) als auch das *spezielle vereinfachte Änderungsverfahren betreffend die internen Politikbereiche der Union*<sup>22</sup> (Abs. 6) und das bei Passerelle-Klauseln anwendbare *vereinfachte Änderungsverfahren*<sup>23</sup> (Abs. 7).

Die ersten beiden Änderungsverfahren haben gemeinsam, dass sie stets der mitgliedstaatlichen Zustimmung und der Ratifikation gemäß der jeweiligen verfassungsrechtlichen Bestimmungen jedes einzelnen Mitgliedstaats bedürfen. Das ordentliche Änderungsverfahren betrifft alle Fälle, die nicht den vereinfachten Änderungsverfahren unterliegen. Hervorzuheben ist, dass der Reformvertrag in Art. 48 (48) Abs. 2 S. 2 EU n.F. – im Gegensatz zu der entsprechenden Bestimmung im Verfassungsvertrag (Art. IV-443 VVE) – neben einer Erweiterung der Unionskompetenzen ausdrücklich auch die Renationalisierung von Kompetenzen, d.h. die Rückverlagerung von Kompetenzen der Union auf die Mitgliedstaaten, vorsieht. Darin liegt allerdings keine Rechtsänderung begründet, da sich wegen seiner neutralen Formulierung dem Art. 48 EU auch schon bisher kein „Rückschrittsverbot“ entnehmen ließ.<sup>24</sup> Damit hat die Hinzufügung dieser Formulierung ausschließlich klarstellenden Charakter und eine politische Bedeutung, da sie die Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ nochmals betont.<sup>25</sup> Hat der Europäische Rat nach Anhörung von Parlament und Kommission beschlossen, die Änderungsvorschläge zu überprüfen, muss im ordentlichen Änderungsverfahren ein Konvent von Vertretern der nationalen Parlamente, der Staats- und Regierungschefs, des EPs und der Kommission einberufen werden (Art. 48 [48] Abs. 3 EU n.F.). Damit wird das Konventsverfahren erstmals primärrechtlich verankert. Dieses aufwändige Verfahren trägt zwar einerseits zu einer stärkeren Legitimation künftiger Vertragsänderungen bei, gewährleistet andererseits aber, wie die Erfahrungen bei den Referenden in Frankreich und den Niederlanden gezeigt haben, nicht eine bessere Akzeptanz bei den Unionsbürgern. Das spezielle, in Art. 48 (48) Abs. 6 EU n.F. geregelte vereinfachte Verfahren erfasst dagegen nur Änderungen, die den dritten Teil des VAEU

<sup>19</sup> Mit ausführlicher Begründung Cremer, EuGRZ 2004, 577 (579 ff.); so auch Pache, in: Veddet/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. III-365, Rn. 32 ff.; Borowski, EuR 2004, 879; Lenz/Staeglich, NVwZ 2004, 1421.

<sup>20</sup> Eine solche Konstellation war im Fall „Jégo-Quéré“ gegeben, in dem das EuG im Wege der Rechtsfortbildung die Klagebefugnis bejahte (Urteil vom 3.5.2002 – Rs. T-177/01, EuZW 2002, 412), der EuGH sie aber in restriktiver Aus-

legung des Art. 230 Abs. 4 EG verneinte und auf das Erfordernis einer Vertragsänderung durch die Mitgliedstaaten verwies (Urteil vom 1.4.2004 – Rs. C-263/02, EuZW 2004, 343).

<sup>21</sup> Im Verfassungsvertrag: Art. IV-443.

<sup>22</sup> Im Verfassungsvertrag: Art. IV-445.

<sup>23</sup> Im Verfassungsvertrag: Art. IV-444.

<sup>24</sup> Pechstein, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kurzkommentar, 2006, Art. 48 EU Rn. 2 m.w.N.

<sup>25</sup> Fischer (Fn. 11), Art. 48 EU Rn. 6.

betreffen (Art. 22a-176d [26-197] VAEU<sup>26</sup>). Wegen der geringeren Reichweite dieser Änderungen bedarf es hierbei weder der Einberufung eines Konvents noch des Zusammentritts einer Regierungskonferenz. Es genügt ein einstimmiger Beschluss des Europäischen Rates.

Neu gegenüber der jetzigen Rechtslage ist neben der Einberufung des Konvents, dass bei beiden – dem ordentlichen und dem vereinfachten – Verfahren dem EP, neben den Mitgliedstaaten und der Kommission, ein Initiativrecht zu Vertragsänderungen eingeräumt wird. Im weiteren Verfahren muss das EP allerdings lediglich angehört werden. Will der Europäische Rat im ordentlichen Änderungsverfahren jedoch auf die Einberufung eines Konvents verzichten, braucht er hierzu die Zustimmung des Parlaments (Art. 48 [48] Abs. 3 UAbs. 2 EU n.F.).

Das vereinfachte Änderungsverfahren nach Art. 48 (48) Abs. 7 EU n.F. betrifft die Änderung von Verfahrensvorschriften im Bereich des VAEU und des Titels V<sup>27</sup> EU n.F. Die sogenannte Passerelle-Klausel ermöglicht in den genannten Bereichen, die EU-Zuständigkeiten, für die das Erfordernis der Einstimmigkeit gilt, in Zuständigkeiten mit Mehrheitsentscheidungen umzuwandeln sowie vom besonderen zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren überzugehen. Letzteres betrifft vor allem den neu „vergemeinschafteten“ Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit, in dem sich die Mitgliedstaaten die Rechtsetzung im besonderen Gesetzgebungsverfahren, d.h. durch einstimmigen Beschluss des Rates nach Anhörung des EPs, vorbehalten haben. Durch solche Änderungen verlieren die Mitgliedstaaten an Einfluss. Im Unterschied zu den beiden anderen Verfahren nach Art. 48 (48) Abs. 1 bis 6 EU n.F. kann das vereinfachte Änderungsverfahren – ohne Ratifikation in den Mitgliedstaaten – allein durch Unionsorgane durchgeführt werden, wobei allerdings Einstimmigkeit im Europäischen Rat und die Zustimmung des EPs erforderlich sind. Zudem hat jedes mitgliedstaatliche Parlament ein Vetorecht, kann mithin einen entsprechenden Beschluss auf der Unionsebene verhindern.

Diese Vorschrift war schon im Verlauf des Verfassungskonvents umstritten, da sie eine vereinfachte Vertragsänderung ohne die Einberufung einer Regierungskonferenz und ohne das Erfordernis mitgliedstaatlicher Ratifikation ermöglicht.<sup>28</sup> Daher wird in der aktuellen Debatte gefordert, dass jedwede Vertragsänderung von den Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert werden müsse.<sup>29</sup> Auch das Vetorecht der nationalen Parlamente könne das Fehlen mitgliedstaatlicher Ratifikation nicht kompen-

sieren, da diese von einem nachträglichem Ablehnungsrecht kaum Gebrauch machen würden, weil ein solches Vorgehen einem Misstrauensvotum gegen die eigene Regierung gleichkäme.<sup>30</sup> Dem wird zu Recht entgegengehalten, dass es sich vorliegend nicht um ein nachträgliches Ablehnungsrecht handelt.<sup>31</sup> Vielmehr muss das Vorhaben den Parlamenten zunächst übermittelt werden, woraufhin diese innerhalb einer Frist von sechs Monaten von ihrem Vetorecht Gebrauch machen können. Erst danach darf der Europäische Rat den entsprechenden Beschluss fassen (Art. 48 [48] Abs. 7 UAbs. 3 EU n.F.).

In Deutschland könnte diese Bestimmung auch deshalb zu Kontroversen führen, weil die Passerelle-Klausel im Gegensatz zu den Änderungsverfahren nach Art. 48 (48) Abs. 1 bis 6 EU n.F. keine korrespondierende Bestimmung im Grundgesetz hat.<sup>32</sup> Der Europaartikel sieht vor, dass jede Übertragung von Hoheitsrechten an die EU nur durch ein Gesetz erfolgen darf (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG). Dabei liegt eine „Übertragung von Hoheitsrechten“ unstrittig dann vor, wenn der Union Durchgriffsbefugnisse gegenüber dem Einzelnen ermöglicht werden, wie etwa bei der Einräumung neuer Kompetenzen.<sup>33</sup> Ob eine Hoheitsrechtsübertragung darüber hinaus auch bei Änderungen des primären Organisations- und Verfahrensrechts erfolgt, welche die Stellung und das Gewicht Deutschlands in der EU verringern, ist noch ungeklärt.<sup>34</sup> Sollte dies der Fall sein, müsste auch einer im vereinfachten Änderungsverfahren gemäß Art. 48 (48) Abs. 7 EU n.F. ergangenen Vertragsänderung durch ein Parlamentsgesetz zugestimmt werden, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen.

Selbst wenn man dieser Auffassung folgt, darf jedoch nicht übersehen werden, dass im vereinfachten Änderungsverfahren gemäß Art. 48 (48) Abs. 7 EU n.F. inhaltlich nur ein begrenzte Anzahl von Verfahrensvorschriften geändert werden kann. Denn es betrifft nur zwei Fälle: Zum einen den Übergang von der Einstimmigkeit zur qualifizierten Mehrheit bei Abstimmungen im Rat (Art. 48 [48] Abs. 7 UAbs. 1 EU

<sup>30</sup> Herzog/Gerken (Fn. 29), S. 4.

<sup>31</sup> Hänsch, Die Welt v. 27.1.2007; Puttler, EUR 2004, 669 (682).

<sup>32</sup> Pernice, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 86.

<sup>33</sup> Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 24 Rn. 20 ff.; Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 23 Rn. 52; Randelzhofer, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 1996, Art. 24 Rn. 30.

<sup>34</sup> So aber Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. 2007, Art. 23 Rn. 20; a.A. Bundesregierung in der Denkschrift (Fn. 1), Abschn. E, S. 167, Nr. 56; Pernice (Fn. 32), Art. 23 Rn. 82 u. 86, der aber Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG analog anwendet; das BVerfG hat die Frage bislang ausdrücklich offen gelassen und festgestellt, dass eine Hoheitsrechtsübertragung u.U. auch in Fällen angenommen werden könne, in denen der zwischenstaatlichen Einrichtung keine unmittelbare Durchgriffsbefugnis gegenüber dem Einzelnen eingeräumt werde, BVerfGE 68, 1 (94).

<sup>26</sup> U.a. die wichtigen Bereiche Binnenmarkt, Grundfreiheiten, Wirtschafts- und Währungsunion, Sozialpolitik, Landwirtschaft und Verbraucherschutz.

<sup>27</sup> Allgemeine Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union und die besonderen Bestimmungen über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik.

<sup>28</sup> Heintschel von Heinegg, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 19), Art. IV-444 Rn. 1.

<sup>29</sup> Herzog/Gerken, Von roten Karten und stumpfen Schwertern, Centrum für Europäische Politik, [www.cep.eu/435.html](http://www.cep.eu/435.html), S. 4.

n.F.) und zum anderen den Übergang vom besonderen Gesetzgebungsverfahren zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 48 [48] Abs. 7 UAbs. 2 EU n.F.). Auch wenn beide Änderungen geeignet sind, den Einfluss der Bundesrepublik Deutschland in den Entscheidungsverfahren der EU zu verringern, kann bei späteren Vertragsänderungen, die in dem Gründungsvertrag voraussehbar angelegt und hinreichend bestimmbar sind, die Erforderlichkeit einer erneuten Zustimmung durch das Parlament entfallen, wenn es sich dabei nicht um eine wesentliche Änderung des Vertrags handelt.<sup>35</sup> Im Fall des vereinfachten Änderungsverfahrens kann das Zustimmungsgesetz zu dem Vertrag von Lissabon als antizipierte Zustimmung zu einer später gemäß Art. 48 (48) Abs. 7 EU n.F. vorgenommenen Vertragsänderung angesehen werden. Eines weiteren Zustimmungsgesetzes bedarf es dann nicht mehr. Eine erneute Zustimmung ist auch deshalb nicht notwendig, weil dem Bundestag ein Vetorecht zusteht, mit dem er die Vertragsänderung von vornherein verhindern kann.

### VIII. Verhältnis der EU zu ihren Mitgliedstaaten

Die gerade in Deutschland viel diskutierte<sup>36</sup> Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten ist nur teilweise verändert worden. Der neue VAEU erhält zwar ähnlich dem deutschen Grundgesetz drei Kompetenzkategorien (Art. 2a [2] ff. VAEU): ausschließliche Zuständigkeit der EU, geteilte Zuständigkeit sowie Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen der EU. Allerdings sind in Art. 2c (4) Abs. 2 VAEU (geteilte Zuständigkeit) nur Hauptbereiche aufgeführt, die nicht abschließend geregelt sind. Die Forderung nach einem Kompetenzkatalog, wie er zum Beispiel im Grundgesetz zur Abgrenzung der Bundes- und Länderkompetenzen besteht, konnte sich schon im Verfassungsvertrag nicht durchsetzen. Ein solcher Katalog wäre auch schwierig zu erstellen, da die EU/EG kaum über sachlich definierte Kompetenzgebiete verfügt, sondern vorrangig final ausgerichtete Kompetenzen hat.<sup>37</sup> Dennoch werden die neuen Kompetenzvorschriften im Ergebnis als „erheblicher Gewinn an Klarheit über die Zuständigkeitsverteilung“ angesehen.<sup>38</sup> Damit werde ein wesentlicher Auftrag der Erklärungen von Laeken und Nizza erfüllt, die eine bessere Aufteilung und Festlegung der Zuständigkeiten in der EU gefordert hatten.<sup>39</sup> Auch die Forderung nach einem parlamentarischen Streitschlichtungsausschuss oder einem eigenständigen Kompetenzgericht<sup>40</sup> konnte sich wie schon im Verfassungsvertrag

nicht durchsetzen. Ob Letzteres sinnvoll gewesen wäre, ist ohnehin zweifelhaft, da ein weiteres europäisches Gericht die Gefahr birgt, Zuständigkeitsprobleme zu verursachen und damit das bestehende Rechtssystem zu gefährden, zumal die politische Handlungsfähigkeit der EU dadurch eingeschränkt werden würde.<sup>41</sup>

Stattdessen haben sich die Mitgliedstaaten entschieden, zur Kontrolle der Kompetenzabgrenzung und insbesondere des Subsidiaritätsprinzips die nationalen Parlamente stärker in die Entscheidungsprozesse einzubinden, da diese als ideale Wächter über die Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten angesehen werden. Denn die EU-Organe übernehmen legislative Befugnisse, die ursprünglich den nationalen Parlamenten vorbehalten waren und jetzt, etwa bei der Umsetzung von Richtlinien, von diesen mit den Gesetzgebungsorganen der EU geteilt werden müssen. Insbesondere wurde in der Vergangenheit der Bundesregierung vorgeworfen, sie würde „über die Bande spielen“,<sup>42</sup> d.h. unpopuläre Gesetzgebungsakte in Brüssel vorantreiben, um sie nicht durch das heimische Parlament bringen zu müssen, was auch dem Ansehen der EU geschadet habe. Bislang hatten die nationalen Parlamente auf europäischer Ebene kaum Möglichkeiten, die Wahrung der Kompetenzverteilung zwischen EU/EG und nationalem Gesetzgeber zu überprüfen.

Die Einbindung der nationalen Parlamente erfolgt im Wesentlichen über drei Maßnahmen: Erstens durch Unterrichtungs- und Informationspflichten, die im Wesentlichen unverändert im Protokoll Nr. 1<sup>43</sup> zu den europäischen Grundgesetzen geregelt sind, zweitens durch das neue Subsidiaritätsprotokoll<sup>44</sup>, welches das sog. „Frühwarnsystem“ etabliert, und drittens durch die Einräumung eines Klagerechts der nationalen Parlamente.

Das neue „Frühwarnsystem“ soll eine frühzeitige Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsprinzips garantieren. Danach können die nationalen Parlamente das Organ, welches den Gesetzentwurf eingebracht hat, dazu zwingen, seinen Vorschlag zu überprüfen (Art. 7 Abs. 2 des Protokolls). Dazu ist ein Quorum von mindestens einem Drittel der Stimmen erforderlich, wobei jedes mitgliedstaatliche parlamentarische System zwei Stimmen erhält, die bei Zweikammersystemen unter den Kammern aufgeteilt werden (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 des Protokolls). Soweit die geplante Regelung den politisch sensiblen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 61i [76] VAEU) betrifft, genügt ein Viertel der Stimmen (Art. 7 Abs. 2 S. 2 des Protokolls). Rechtsfolge der Intervention durch die nationalen Parlamente ist eine obligatorische Prüfung durch

<sup>35</sup> BVerfGE 89, 155 (187 f.), 68, 1 (98 f.), 58, 1 (37); *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, S. 102 f.

<sup>36</sup> Vgl. Denkschrift (Fn. 1), Abschn. B, S. 140, Ziff. 7.

<sup>37</sup> *Vedder*, in: ders./Heintschel von Heinegg (Fn. 19), Art. I-12, Rn. 1 f.; *Goll/Kenntner*, EuZW 2002, 101 (103); *Hänsch*, Die Welt v. 27.1.2007.

<sup>38</sup> *Oppermann*, DVBl. 2003, 1165 (1172).

<sup>39</sup> Denkschrift (Fn. 1), Abschn. D, S. 168, Ziff. 12.

<sup>40</sup> *Faßbender*, FAZ vom 15.6.2007, S. 8; v. *Arnim*, NJW 2007, 2531 (2534); *Herzog/Gerken* (Fn. 29), S. 4; *Schwarze*,

EuR 2003, 535 (546 f.), *Goll/Kenntner*, EuZW 2002, 101 (105 f.).

<sup>41</sup> *Everling*, EuZW 2002, 357 (364); *Colneric*, EuZW 2002, 709 (714), *Hänsch*, Die Welt v. 27.1.2007.

<sup>42</sup> *Herzog/Gerken* (Fn. 29), S. 5; v. *Arnim*, NJW 2007, 2531 (2534).

<sup>43</sup> Protokoll (Nr. 1) über die Rolle der nationalen Parlamente in der europäischen Union n.F.

<sup>44</sup> Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit n.F.



das betreffende Organ (i.d.R. die Kommission). Dieses kann jedoch weiter an seinem Vorschlag festhalten, sofern es seinen Beschluss hinreichend begründet (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 des Protokolls).

Im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens lösen die Stellungnahmen der nationalen Parlamente darüber hinaus ein besonderes Verfahren aus, wenn die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen erreicht wird (Art. 7 Abs. 3 des Protokolls). Hält die Kommission an ihrem Vorschlag fest, so müssen EP und Rat den vorgeschlagenen Rechtsakt schon vor der ersten Lesung am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips überprüfen. Sind dabei 55% der Mitglieder des Rates oder das EP mit einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Auffassung, der Vorschlag stehe nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang, so darf dieser nicht weiterverfolgt werden. Diese Sonderregelung für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren war im Verfassungsvertrag noch nicht enthalten und hat eine weitere Stärkung der nationalen Parlamente zur Folge. Es kann jedoch bezweifelt werden, dass das Frühwarnsystem zu einem scharfen Schwert der Parlamente werden wird. Schon jetzt wird zu Recht kritisiert, dass der formale Aufwand für eine Subsidiaritätsrüge kaum zu bewältigen und sie in der Sache substanzlos sei, da sich die europäischen Gesetzgebungsorgane darüber hinwegsetzen könnten.<sup>45</sup>

Durch den Vertrag von Lissabon wird den nationalen Parlamenten zudem ein Klagerecht vor dem EuGH eingeräumt, soweit diese geltend machen, ein Gesetzgebungsakt verstoße gegen das Subsidiaritätsprinzip (Art. 8 Abs. 1 des Protokolls). Allerdings sind die nationalen Parlamente dabei von ihren Regierungen abhängig, die die Klagen dem Gerichtshof entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung übermitteln. Ein ähnliches Klagerecht erhält auch der Ausschuss der Regionen. Dieser muss ebenfalls geltend machen, dass ein Rechtsakt das Subsidiaritätsprinzip verletzt. Allerdings hat er ein direktes Klagerecht, soweit er in dem betreffenden Gesetzgebungsverfahren hätte angehört werden müssen (Art. 8 Abs. 2 Prot. Nr. 2).

### IX. Ausblick: Änderungen zum 1. November 2014

Einige der wichtigsten Neuerungen des Vertrags von Lissabon wie die Einführung der doppelten Mehrheit bei den Abstimmungen im Rat und die Neustrukturierung der Kommission werden erst zum 1. November 2014 eingeführt.

So wird die Stimmengewichtung im Rat reformiert, um diese an die Bevölkerungszahlen der einzelnen Mitgliedstaaten anzugleichen (Art. 9c [16] Abs. 4 und 5 EU n.F.). Damit kommt es zur Einführung der sog. doppelten Mehrheit. Bis dahin bleibt es bei den bisherigen Regelungen, die im Protokoll über die Übergangsbestimmungen in Art. 3 zu finden sind. Danach gilt folgendes: Die einfache Mehrheit besteht auch weiterhin aus der Mehrheit der Mitglieder im Rat. Bei der qualifizierten Mehrheit werden zwei Fälle unterschieden. Beschließt der Rat wie im Normalfall auf Vorschlag der Kommission (oder des Hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik), dann ist die qualifizierte Mehrheit er-

reicht, wenn 55% der Mitglieder des Rates für den Gesetzgebungsakt stimmen und die Bevölkerung dieser Mitgliedstaaten 65% der EU-Gesamtbevölkerung ausmacht. Für eine Sperrminorität ist eine Mindestzahl von Staaten erforderlich, die 35% der EU-Bevölkerung repräsentieren. Zusätzlich wurde in letzter Sekunde der sog. Kompromiss von Ioannina, dessen Rechtsverbindlichkeit bisher umstritten war, im Primärrecht verankert.<sup>46</sup> Danach gilt vom 1. November 2014 bis zum 31. März 2017 Folgendes: Wenn mindestens drei Viertel der Bevölkerung oder drei Viertel der Anzahl der Mitgliedstaaten, die für die angesprochene Sperrminorität erforderlich sind, sich gegen den Rechtsakt aussprechen, muss weiterverhandelt werden. Ab dem 1. März 2017 genügen sogar 55% der EU-Bevölkerung oder der Mitgliedstaaten, um Weiterverhandlungen zu erzwingen. Dabei vertritt die Bundesregierung die Auffassung, dass, falls während dieser Weiterverhandlung innerhalb der einschlägigen Fristen kein Ergebnis erzielt wird, der Rechtsakt angenommen werde, sodass im Ergebnis Rechtsakte nicht verhindert, sondern nur verzögert werden können.<sup>47</sup> Diese Auffassung steht jedoch im Widerspruch zu der bisher wohl überwiegenden Interpretation des Kompromisses von Ioannina, der zufolge das Zustandekommen eines Beschlusses verhindert werden konnte.<sup>48</sup>

Wie schon im Verfassungsvertrag vorgesehen, wird der Anwendungsbereich der Beschlussfassung im Rat mit qualifizierter Mehrheit in den betreffenden Kompetenznormen erweitert.<sup>49</sup> Als problematisch angesehen wird jedoch, dass die doppelte Mehrheit nicht zeitgleich mit der Ausweitung eingeführt wird. Dies sei verfassungsrechtlich problematisch, da bis zur Einführung der doppelten Mehrheit die deutsche Bevölkerung bei einer größeren Anzahl von Abstimmungen unterrepräsentiert sei. Im Hinblick auf die nach dem Grundgesetz erforderliche demokratische Legitimation bestehe die Möglichkeit, dass aufgrund der Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen im Rat ohne gleichzeitige Einführung der doppelten Mehrheit ein verfassungswidriger Zustand herbeigeführt werde.<sup>50</sup> Die Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen habe zur Folge, dass Deutschland bei einer höheren Anzahl von Entscheidungen überstimmt werden könne. Es gebe also mehr Entscheidungen, in denen die Legitimationskette zwischen dem deutschen Bürger und der europäischen Maß-

<sup>46</sup> Abgedruckt in BR-Drs. 928/07, S. 119.

<sup>47</sup> Denkschrift (Fn. 1), Abschnitt B, S. 135 f. Ziff 2; so auch *Everling*, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung*, Festschrift für Manfred Zuleeg, 2005, S. 158 ff. (172).

<sup>48</sup> *Streinz*, *Europarecht*, 7. Aufl. 2005, Rn. 308; *Breier*, in: *Lenz/Borhardt* (Hrsg.), *EU- und EG-Vertrag*, 4. Aufl. 2006, Art. 205 Rn. 10; *Wichard*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar*, 3. Aufl. 2007, Art. 205 EG Rn. 6; a.A. *Hummer/Obwexer*, in: *Streinz* (Fn. 24), Art. 205 EG Rn. 14; *Herdegen*, *Europarecht*, 9. Aufl. 2007, § 8 Rn. 31.

<sup>49</sup> Mandat an die RK 2007, Ziff. 18, Rat der Europäischen Union, Dokument 11218/07 vom 26.6.2007.

<sup>50</sup> *Müller-Graff*, *integration 2007*, 223 (229, 235).

<sup>45</sup> *Epping*, *JZ* 2003, 821 (827) (zum VVE).

nahme unterbrochen werden könne. Die doppelte Mehrheit dagegen erhöhe das Gewicht der einzelnen Stimme der deutschen EU-Bürger und damit den Einfluss Deutschlands bei Entscheidungen auf europäischer Ebene und stelle so ein Gleichgewicht her. Da die doppelte Mehrheit später eingeführt werde, verbleibe ein Übergangszustand, dessen Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip zweifelhaft sei. Letztlich sind diese Zweifel jedoch unbegründet. Erstens kann mittels des EPs durch die gleichzeitige Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens ein mögliches Demokratiedefizit kompensiert werden (s.o.). Zweitens hat ein großer Mitgliedstaat wie Deutschland auch bei Mehrheitsentscheidungen leichter die Möglichkeit, zusammen mit wenigen anderen Mitgliedstaaten einen nicht befürworteten Rechtsakt nach Art. 205 Abs. 4 EG (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 Prot. Nr. 10) zu blockieren.<sup>51</sup> Und drittens hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil Mehrheitsbeschlüsse im Rat für mit dem Demokratieprinzip vereinbar erklärt.<sup>52</sup>

Ebenfalls zum 1. November 2014 wird die Kommission auf zwei Drittel der Anzahl der Mitgliedstaaten verkleinert. Zugleich wird ein System der strikt gleichberechtigten Rotation eingeführt (Art. 9d [17] Abs. 5 EU n.F.). Im Vergleich zum Verfassungsvertrag (Art. I-26 Abs. 6 VVE) ist durch den Reformvertrag die Formulierung um das Wort „strikt“ ergänzt worden. Allerdings wurde auf eine Kodifikation der Merkmale, welche die „gleichberechtigte Rotation“ ausmachen, verzichtet. Der Verfassungsvertrag legte fest, dass die Mitgliedstaaten bzgl. der Reihenfolge und Dauer der Amtszeit ihrer Kommissare vollkommen gleich behandelt werden müssten (Art. I-26 lit. a VVE). Außerdem sollte unbeschadet dessen das demografische und geografische Spektrum der Gesamtheit der Mitgliedstaaten auf zufriedenstellende Weise zum Ausdruck kommen (Art. I-26 lit. b VVE). Aus der Ergänzung durch das Wort „strikt“ lässt sich folgern, dass zumindest an den Prinzipien des Art. I-26 Abs. 6 lit. a VVE festgehalten werden soll. Eine Rotation mit einer bestimmten Anzahl ständiger Mitglieder und einem anderen Teil rotierender Mitglieder, wie dies gegenwärtig bei den Generalanwälten der Fall ist, scheint damit ausgeschlossen. Das Fehlen konkreter Kriterien für die Zusammensetzung der Kommission ist nicht unproblematisch, da schon die Formulierung des Verfassungsvertrags als Zugeständnis an die kleineren Mitgliedstaaten empfunden und ein Akzeptanzverlust der Kommission in großen Mitgliedstaaten, die keinen Kommissar stellen, befürchtet wurde.<sup>53</sup> Diese Problematik könnte sich dadurch verschärfen, dass darauf verzichtet wurde, die Zusammensetzung der Kommission nach den demografischen und geografischen Gegebenheiten in der EU auszurichten. Trotzdem ist die Verkleinerung der Kommission als sinnvoll zu erachten, da eine zu große Kommission handlungsunfähig erscheint, zumal ein anderes Rotationssystem politisch wohl nicht durchsetzbar war.

## X. Bewertung

Insgesamt ist die vorliegende Vertragsreform dringend notwendig, da sie längst überfällige Reformen entsprechend dem Verfassungsvertrag umsetzt und damit die „Verfassungskrise“ der EU beendet. Insbesondere stellt der Vertrag von Lissabon einen wichtigen Schritt zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit der EU dar. Damit wird das Primärrecht den gestiegenen Ansprüchen an die Effizienz der Entscheidungsfindung einer EU mit zurzeit 27 Mitgliedstaaten angenähert. Zu bedauern ist allerdings, dass die Einführung der doppelten Mehrheit in das Jahr 2014 verschoben worden ist. Als Fortschritt kann darüber hinaus die weitere Stärkung des Einflusses des EPs bei der Rechtsetzung hervorgehoben werden. Ob damit jedoch die Kritik am Demokratiedefizit der EU verstummen wird, kann bezweifelt werden. Noch ist das EP weit davon entfernt, zum Hauptrechtsetzungsorgan der EU erhoben zu werden. Diese Stellung behält weiterhin der Rat. Ebenso ist fraglich, ob die politischen und juristischen Meinungsverschiedenheiten um die Reichweite der Kompetenzen der EU mit der Reform tatsächlich beigelegt werden können. Immerhin wurden die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die nationalen Parlamente ihre diesbezüglichen Bedenken besser zur Geltung bringen können. Positiv ist sicherlich hervorzuheben, dass die Grundrechtecharta Rechtsverbindlichkeit erlangt, wenn auch nicht in allen Mitgliedstaaten. Trotz dieser Wermutstropfen ist die Reform unter den gegebenen Voraussetzungen und angesichts der politischen Widerstände in manchen Mitgliedstaaten als Erfolg zu bewerten, da auf der Grundlage des Vertrags von Nizza die EU 27 langfristig weder handlungs- noch erweiterungsfähig gewesen wäre.

<sup>51</sup> Müller-Graff, integration 2007, 223 (235).

<sup>52</sup> BVerfGE 89, 155 (183 f.).

<sup>53</sup> Epping, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 19), Art. I-26, Rn. 13 m.w.N.; Müller-Graff, integration 2004, 186 (199); v. Arnim, NJW 2007, 2531.

# Das unerlaubte Entfernen vom Unfallort gem. § 142 StGB

Von Wiss. Assistentin Dr. **Janique Brüning**, Hamburg\*

## I. Einleitung

Der unübersichtlich wirkende Straftatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 StGB zählt zu den Delikten, die in den Anfängervorlesungen oftmals nur kurz – wenn überhaupt – besprochen werden. Gleichwohl taucht diese Vorschrift, die in der Praxis zur Massenkriminalität der Straßenverkehrsdelikte zählt<sup>1</sup>, in vielen Klausuren des 1. und 2. Staatsexamens als Randdelikt auf. Gelegentlich erweist sich die Prüfung des § 142 StGB aber auch als diffiziles Kernproblem einer Klausur.

### 1. Rechtsgut und Deliktsnatur

§ 142 StGB bezweckt die Aufklärung von Straßenverkehrsunfällen.<sup>2</sup> Dabei sollen die durch einen Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche gesichert und deren Durchsetzung ermöglicht werden.<sup>3</sup> § 142 StGB schützt somit das private Beweissicherungsrecht des durch den Unfall Geschädigten, so dass es sich um ein Individualdelikt handelt.<sup>4</sup> Die Einordnung des § 142 StGB bei den „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ im 7. Abschnitt des StGB ist demnach systematisch inkorrekt.<sup>5</sup> Denn geschütztes Rechtsgut ist gerade nicht das *öffentliche* Interesse an einer lückenlosen Erfassung von Verkehrsunfällen zum Zwecke der Strafverfolgung<sup>6</sup>, sondern – wie bereits festgestellt – das *private* Beweissicherungsinteresse.

Der Tatbestand des § 142 StGB setzt weder das Bestehen fremder Schadensersatzansprüche noch die Verschlechterung der Beweismöglichkeiten voraus, so dass es sich um ein abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt handelt.<sup>7</sup>

Da § 142 Abs. 2 StGB für das strafrechtlich relevante Verhalten an das Unterlassen der Feststellung anknüpft, nachdem der Täter den Unfallort verlassen hat, besteht Konsens darüber, dass es sich insoweit um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt.<sup>8</sup>

Dagegen ist streitig, ob § 142 Abs. 1 StGB ein Begehungs- oder ein Unterlassungsdelikt ist. Dem Betroffenen wird hier vorgeworfen, dass er sich vom Unfallort entfernt hat (Tun), ohne seine Anwesenheits- und Vorstellungspflicht erfüllt zu haben (Unterlassen). Die h.L. sieht den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in dem Unterlassen der Ermöglichung der notwendigen Feststellungen und betrachtet § 142 Abs. 1 StGB daher ebenfalls als „verkapptes“ Unterlassungsdelikt.<sup>9</sup>

Darüber hinaus handelt es sich bei § 142 StGB um ein Sonderdelikt, da nur ein Unfallbeteiligter i.S.d. § 142 Abs. 5 StGB Täter sein kann.<sup>10</sup> Ferner ist § 142 StGB ein eigenhändiges Delikt, mit der Folge, dass insbesondere mittelbare Täterschaft ausscheidet.<sup>11</sup>

### 2. Verfassungsmäßigkeit des § 142 StGB

Angesichts der Tatsache, dass § 142 StGB das Verbot der Selbstbegünstigungsfreiheit begrenzt, ist die Vorschrift – im Hinblick auf den „nemo tenetur-Grundsatz“ – verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Denn mittelbar verpflichtet § 142 StGB den Unfallbeteiligten letztlich, sich selbst zu belasten. Das BVerfG hat allerdings im Jahre 1963 entschieden, dass die Norm verfassungsgemäß sei.<sup>12</sup> Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, dass die Vorschrift nur das private Feststellungs- und Beweissicherungsinteresse der am Unfall Beteiligten schütze. Deswegen sei es gerade nicht zwingend geboten, dass die erforderlichen Feststellungen durch Organe oder Hilfsorgane der Strafverfolgungsbehörden getroffen werden müssten. Die Norm sei ferner verhältnismäßig, da der Fortfall des strafrechtlich bewehrten Verbots der Unfallflucht die zivilrechtlichen Entschädigungsansprüche der Unfallopfer in zahlreichen Fällen entwerten oder ihre Verfolgung unmöglich machen würde.

## II. Die Grundvoraussetzungen des § 142 StGB: Unfall und Unfallbeteiligter

### 1. Unfall im Straßenverkehr

Voraussetzung für alle vier Tatbestandsvarianten des § 142 StGB ist das Vorliegen eines Unfalls im Straßenverkehr. Darunter versteht man ein plötzlich eintretendes Ereignis im öffentlichen Straßenverkehr, das mit dessen typischen Gefahrensituationen im ursächlichen Zusammenhang steht und

\* Die Autorin ist Wissenschaftliche Assistentin an der Bucerius Law School am Lehrstuhl für Wirtschafts- und Strafrecht von Prof. Dr. *Erich Samson*.

<sup>1</sup> *Arzt*, in: *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 38 Rn. 48.

<sup>2</sup> *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 27. Aufl. 2006, § 142 Rn. 1.

<sup>3</sup> *Geppert*, Jura 1990, 78.

<sup>4</sup> *Geppert*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2001, § 142 Rn. 1.

<sup>5</sup> *Geppert*, Jura 1990, 78.

<sup>6</sup> Teilweise wird neben der Beweissicherung als Schutzgut des § 142 Abs. 1 StGB das öffentliche Interesse an der Vermeidung von gefährlichen Selbsthilfemaßnahmen im Straßenverkehr angesehen, vgl. dazu *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl. 2005, § 142 Rn. 10 f.

<sup>7</sup> *Zopfs*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, 2005, § 142 Rn. 4; *Lackner/Kühl*, Strafrecht, 26. Aufl. 2007, § 142 Rn. 2.

<sup>8</sup> *Zopfs* (Fn. 7), § 142 Rn. 10.

<sup>9</sup> *Zopfs* (Fn. 7), § 142 Rn. 10; kritisch *Küper*, GA 1994, 49 (71 f.).

<sup>10</sup> *Arzt* (Fn. 1), § 38 Rn. 57; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 1000; *Fischer*, Strafrecht, 55. Aufl. 2008, § 142 Rn. 14.

<sup>11</sup> *Zopfs* (Fn. 7), § 142 Rn. 123; a.A. *Schild* (Fn. 6), § 142 Rn. 85.

<sup>12</sup> BVerfGE 16, 191; zur Kritik vgl. insbesondere *Arzt* (Fn. 1), § 38 Rn. 52-54.

einen nicht unerheblichen Personen- oder Sachschaden zur Folge hat.<sup>13</sup>

Der Anwendungsbereich des § 142 StGB ist auf Ereignisse im öffentlichen Straßenverkehr beschränkt. Entscheidend für die Öffentlichkeit des Straßenverkehrs ist nicht nur die allgemeine Widmung der Wege, Plätze und Straßen. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Straße durch eine unbestimmte Anzahl von Personen benutzt wird. Daher kann auch der Verkehr auf Privatwegen öffentlich sein, sofern dies vom Berechtigten geduldet wird.<sup>14</sup>

Darüber hinaus muss sich der Unfall im Straßenverkehr oder im Zusammenhang mit diesem ereignet haben, d.h. es müssen sich verkehrstypische Gefahren verwirklicht haben.<sup>15</sup> Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Schäden durch ein Kfz verursacht wurden. Grundsätzlich kann der Schadenseintritt aber auch direkte Folge irgendeines Verkehrsvorgangs sein, so dass auch ein Unfall im Straßenverkehr vorliegt, wenn Inlineskater und Rollstuhlfahrer zusammenprallen.<sup>16</sup> Dies gilt sogar bei einem Zusammenstoß zweier Fußgänger.<sup>17</sup>

Problematisch sind Fälle der vorsätzlichen Schadensverursachung. Die Rechtsprechung nimmt ein plötzliches Ereignis und damit einen Unfall jedenfalls dann an, wenn zumindest für einen der Beteiligten das Ereignis ungewollt gewesen ist. Das bedeutet, dass ein Unfall jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn der Schadenseintritt von beiden Beteiligten gewollt war.<sup>18</sup> Darüber hinaus lehnt der BGH das Vorliegen eines Unfalls ab, wenn der Fahrer das Fahrzeug nicht als Fortbewegungsmittel, sondern lediglich als Tatwaffe einsetzt. In diesem Fall sei der Schaden keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisikos.<sup>19</sup>

Beispiel: R benutzt sein Fahrzeug nur, um seinen Konkurrenten tödlich zu überfahren oder das Gartentor seines Nachbarn zu zerstören.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 hat der BGH seine Rechtsprechung zum Unfallbegriff dahingehend präzisiert, dass ein „Unfall im Straßenverkehr“ nur dann vorliegen könne, wenn sich in dem schädigenden Ereignis ein verkehrstypisches Unfallrisiko realisiert habe.<sup>20</sup> Daran fehle es, wenn ein Verhalten nach seinem äußeren Erscheinungsbild keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern Ausdruck einer deliktischen Planung sei.

Beispiel<sup>21</sup>: A und B beschlossenen zum Spaß, Mülltonnen aus dem fahrenden Auto heraus zu greifen und nach einer gewissen Strecke loszulassen. Dabei prallte eine der Müll-

tonnen gegen einen abgestellten Pkw, an dem ein Reparaturschaden i.H.v. 2.700 € entstand. Der BGH hat hier das Vorliegen eines Unfalls abgelehnt.

In der Literatur wird diese Rechtsprechungskretisierung kritisiert, da eine konsequente Anwendung dieser Voraussetzungen dazu führte, dass vorsätzliche Schädigungen grundsätzlich nicht mehr vom Unfallbegriff erfasst werden. Denn eine vorsätzliche Schädigung stelle niemals ein verkehrstypisches Unfallrisiko dar.<sup>22</sup>

Neben Schäden, die nicht Folge eines verkehrstypischen Risikos sind, fallen solche Schäden aus dem Schutzbereich des § 142 StGB heraus, mit deren Geltendmachung grundsätzlich nicht zu rechnen ist. Dies gilt für völlig unerhebliche Schäden, wie z.B. geringwertige Sachschäden unterhalb von 25 €, aber auch für harmlose Personenschäden, etwa ein kleiner blauer Fleck am Bein.<sup>23</sup> Außerdem folgt aus dem Schutzzweck des § 142 StGB, dass der Tatbestand nicht erfüllt ist, wenn durch den Unfall lediglich ein Schaden beim Unfallverursacher eingetreten ist. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Täter ein fremdes Fahrzeug benutzt hat, wobei in diesen Konstellationen nicht auf eine streng eigentumsrechtliche Beurteilung abzustellen ist, sondern vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich ist.<sup>24</sup>

Beispiel: Der Leasingnehmer ist – anders als der Fahrer eines Mietwagens – als Alleingeschädigter anzusehen, wenn er aufgrund des Leasingvertrags für den Schaden einzustehen hat.<sup>25</sup> Ein Unfall i.S.d. § 142 StGB liegt in diesem Fall nicht vor.

## 2. Unfallbeteiligter gem. § 142 Abs. 5 StGB

Täter i.S.d. § 142 StGB kann nur ein Unfallbeteiligter sein. Nach der Legaldefinition des § 142 Abs. 5 StGB ist ein Unfallbeteiligter jeder, dessen Verhalten nach den Umständen des Falls zur Verursachung des Unfalls beigetragen hat. Der Begriff „Unfallbeteiligter“ setzt insoweit eine „Verdachtslage“ im Hinblick auf die Mitursächlichkeit am Unfallgeschehen voraus. Dieses ex-ante Urteil muss allerdings auf konkrete Anhaltspunkte gestützt sein.<sup>26</sup> Die spätere Feststellung, dass der Täter keine Ursache für den Unfall gesetzt hat, schließt daher die Möglichkeit einer Bestrafung gem. § 142 StGB nicht aus.<sup>27</sup>

Als Unfallbeteiligte kommen nur solche Personen in Betracht, die am Unfallort anwesend waren.<sup>28</sup> Mitfahrer können Unfallbeteiligte i.S.d. § 142 Abs. 5 StGB sein, wenn konkrete Hinweise auf eine Unfallkausalität bestehen, z.B. wenn der Verdacht besteht, dass der Mitfahrer ins Steuer gegriffen hat.

Auch eine mittelbare Verursachung des Unfalls durch verkehrswidriges Verhalten ist ausreichend, um die Eigenschaft als Unfallbeteiligter i.S.d. § 142 Abs. 5 StGB zu begründen.

<sup>22</sup> Schnabl, NZV 2005, 281 (282).

<sup>23</sup> Schild (Fn. 6), § 142 Rn. 35.

<sup>24</sup> OLG Nürnberg NJW 1977, 1543; Zopfs (Fn. 7), § 142 Rn. 29.

<sup>25</sup> Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 12.

<sup>26</sup> Küper (Fn. 13), S. 297; ders., JuS 1988, 286 (287).

<sup>27</sup> Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 142 Rn. 21.

<sup>28</sup> Zopfs (Fn. 7), § 142 Rn. 37.

<sup>13</sup> Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, S. 293; Geppert, Jura 1990, 78 (79).

<sup>14</sup> Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 142 Rn. 14 m.w.N.

<sup>15</sup> Geppert, Jura 1990, 78 (80).

<sup>16</sup> Rudolphi, in: ders. u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 46. Lieferung, Stand: September 1998, § 142 Rn. 14; Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 9; a.A. Schild (Fn. 6), § 142 Rn. 39.

<sup>17</sup> Vgl. Geppert, Jura 1990, 78 (80).

<sup>18</sup> BGHSt 12, 253 (256); 24, 282 (283).

<sup>19</sup> Wessels/Hettinger (Fn. 10), Rn. 1005.

<sup>20</sup> BGH NSTZ 2002, 252.

<sup>21</sup> BGH NSTZ 2002, 252.

Beispiel: A hat durch eine unnötig scharfe Bremsung den hinter sich fahrenden B gezwungen, ebenfalls stark abzubremesen. Dadurch fährt C auf den Wagen des B auf. A ist hier (mittelbarer) Unfallbeteiligter i.S.d. § 142 Abs. 5, da er eine für den Unfall ursächliche Gefahrenlage geschaffen hat.

### III. Die Tathandlungen

#### 1. Die Systematik des § 142 StGB

Die in § 142 StGB enthaltenen vier Tatbestandsvarianten (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB, § 142 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB) wirken auf den ersten Blick recht unübersichtlich, mit der Folge, dass die Prüfung dieses Tatbestandes als unbeliebt gilt. Allerdings lässt sich diese Vorschrift einer gewissen Systematik zuführen<sup>29</sup>, so dass der Tatbestand in einer Klauur keine Schwierigkeiten mehr bereiten dürfte.

§ 142 Abs. 1 StGB pönalisiert das vorzeitige „Sich-Entfernen“ vom Unfallort. Während § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB an eine Konstellation anknüpft, in der eine feststellungsbereite Person am Unfallort anwesend ist, betrifft § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine Situation, in der keine feststellungsbereite Person anwesend ist. Aus § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ergibt sich für den Unfallbeteiligten daher die Pflicht, solange am Unfallort zu verweilen (Anwesenheitspflicht), bis er die zur Beweissicherung erforderlichen Angaben gemacht hat (Vorstellungspflicht). Ist keine Person anwesend, findet § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB Anwendung. Der Täter ist dann verpflichtet, eine angemessene Zeit auf eine feststellungsbereite Person zu warten (Wartepflicht).

§ 142 Abs. 2 StGB stellt – im Gegensatz zu § 142 Abs. 1 StGB – ein Verhalten nach Eintritt einer räumlichen Distanz zum Unfallort unter Strafe. Sowohl dem Täter, der nach § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB seine Wartepflicht erfüllt hat, als auch demjenigen, der sich gem. § 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB „berechtigt oder entschuldigt“ vom Unfallort entfernt hat, obliegt eine Nachholpflicht i.S.d. § 142 Abs. 2 StGB.

Da die Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 StGB also an das vorzeitige („primäre“) Verlassen des Unfallortes anknüpft, spricht man insoweit von einer „Primärunfallflucht“, wohingegen man das in § 142 Abs. 2 StGB pönalisierte Verhalten nach Verlassen des Unfallortes als „Sekundärunfallflucht“ bezeichnet.

#### 2. Primäre Unfallflucht gem. § 142 Abs. 1 StGB: Entfernen vom Unfallort trotz Vorstellungsbzw. Wartepflicht

Die Tatbestandsalternativen des § 142 Abs. 1 StGB setzen sowohl in Nr. 1 als auch in Nr. 2 voraus, dass sich der Täter vom Unfallort entfernt hat, und die ihm obliegenden Pflichten nicht erfüllt hat.

##### a) Unfallort

Zentrale Frage des § 142 Abs. 1 StGB ist, was unter einem Unfallort zu verstehen ist.

Der Unfallort ist zunächst die eigentliche Unfallstelle, an der sich der Unfall ereignet hat und der Schaden eingetreten

ist.<sup>30</sup> In Rechtsprechung und Literatur wird darüber hinaus noch der unmittelbare Umkreis mit umfasst, innerhalb dessen die – gegebenenfalls – beteiligten Fahrzeuge zum Stehen gekommen sind oder – unter Beachtung der den Fahrer bei geringfügigen Schäden gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 2 StVO treffenden Pflicht, unverzüglich beiseite zu fahren – hätte angehalten werden können.<sup>31</sup>

Bei der Bestimmung des Unfallbegriffs ist Folgendes zu beachten: Legt man den Begriff Unfallort weit aus, so hat dies im Fall des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB grundsätzlich strafrechtlich eine restriktive Wirkung. Denn je größer der räumliche Bereich ist, der dem Begriff „Unfallort“ unterfällt, desto weiter muss sich der Täter bewegen, um den tatbestandlichen Erfolg zu verwirklichen. Dies gilt jedoch nur, wenn der Unfallbeteiligte zum Zeitpunkt des Entfernens Kenntnis vom Unfallgeschehen hatte und damit vorsätzlich handelte. Wird der Täter allerdings erst auf der Weiterfahrt bösgläubig, so hat eine extensive Auslegung des Unfallortbegriffs hingegen eine strafbegründende Wirkung. Denn der Unfallbeteiligte befände sich bei Kenntniserlangung noch am Unfallort und entfernte sich von diesem dann vorsätzlich.<sup>32</sup>

Der Unfallbegriff ist daher „weder pedantisch eng noch bewusst weit zu begreifen“<sup>33</sup>. Wie weit die Unfallzone in Metern reicht, lässt sich nicht generalisierend beantworten. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalles vielmehr davon abhängig, „ob für die anderen Unfallbeteiligten oder für feststellungsbereite Dritte (von der eigentlichen Unfallstelle aus) noch ein räumlicher Bezug des wartepflichtigen Täters zum unmittelbaren Unfallgeschehen als dem Ort der erforderlichen Feststellungen zu erkennen ist“.<sup>34</sup>

##### b) Entfernen

Weiterhin muss sich der Täter vom Unfallort entfernt haben. Dies setzt voraus, dass der Beteiligte den Unfallbereich räumlich verlässt.<sup>35</sup> Deshalb ist dieses Merkmal nach überwiegender Ansicht nicht erfüllt, wenn sich der Täter nur am Unfallort versteckt.<sup>36</sup>

Das Entfernen muss ein vom Willen getragenes Verhalten darstellen, da andernfalls die Handlungsqualität des Täters fehlt.<sup>37</sup>

Beispiel: B, der einen Unfall verursacht hat, wird schwerverletzt und bewusstlos in ein Krankenhaus eingeliefert. Hier scheidet eine Strafbarkeit gem. § 142 Abs. 1 StGB aus. Umstritten ist allerdings, ob in diesen Fällen eine Strafbarkeit gem. § 142 Abs. 2 StGB in Betracht kommt (siehe unten).

Darüber hinaus herrscht Streit über die jüngst vom BVerfG aufgeworfene Frage, ob auch ein „Sich-weiter-Entfernen“ vom Unfallort den Tatbestand des § 142 Abs. 1 StGB erfüllt. Dies wird vom BVerfG und einem Teil in der Litera-

<sup>30</sup> Schild (Fn. 6), § 142 Rn. 81.

<sup>31</sup> Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 142 Rn. 42.

<sup>32</sup> Brüning, ZIS 2007, 317 (322).

<sup>33</sup> Geppert (Fn. 4), § 142 Rn. 54.

<sup>34</sup> Geppert (Fn. 4), § 142 Rn. 54.

<sup>35</sup> Geppert, Jura 1990, 78 (82).

<sup>36</sup> Rudolphi (Fn. 16), § 142 Rn. 35 m.w.N.

<sup>37</sup> Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 22; Küper (Fn. 13), S. 298.

<sup>29</sup> Vgl. auch Geppert, Jura 1990, 78 (81 f.).

tur bejaht. Aufgrund „der Aufgabe des Strafgesetzes, das tatbestandlich mögliche Maximum an Güterschutz zu gewährleisten“, enthalte § 142 Abs. 1 StGB nicht nur ein Verbot, „den Unfallort vorzeitig zu verlassen, sondern das zusätzliche, unterstützende Verbot, durch ‘weitere Entfernung’ die Möglichkeit späterer Feststellungen zu vereiteln oder zu gefährden (fortwirkende Bestimmungsfunktion)“.<sup>38</sup>

Diese Ansicht verkennt allerdings, dass allein § 142 Abs. 2 StGB ein Verhalten mit Strafe bedroht, wenn bereits eine räumliche Distanz zum Unfallort eingetreten ist. Im Übrigen ist der Verweis auf den maximalen Rechtsgüterschutz vor dem Hintergrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts verfehlt.<sup>39</sup>

#### c) Anwesenheits- und Vorstellungspflicht gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB trifft den Täter die Pflicht, zugunsten anderer Unfallbeteiligter und Geschädigter die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung zu ermöglichen. Daraus ergeben sich zwei Pflichten: zum einen die Anwesenheitspflicht und zum anderen die Vorstellungspflicht.

##### aa) Anwesenheit feststellungsbereiter Personen

§ 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt zunächst voraus, dass feststellungsbereite Personen anwesend sind. Feststellungsbereit sind – neben den Geschädigten, anderen Unfallbeteiligten und der Polizei – alle Personen, die erkennbar den Willen haben, ihr Wissen zur Kenntnis des Berechtigten zu bringen<sup>40</sup>, z.B. Passanten und Nachbarn. Dagegen kommen Personen, die im Lager des Täters stehen, nicht als feststellungsbereite Personen in Betracht, etwa Mitinsassen des schädigenden Fahrzeugs.

Sind keine feststellungsbereiten Personen anwesend, so scheidet eine Strafbarkeit gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus. Zu prüfen ist dann aber, ob eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegt.

##### bb) Anwesenheits- und Vorstellungspflicht

Die Anwesenheitspflicht dient dazu, die in § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB aufgezählten Feststellungen zu ermöglichen. Der Unfallbeteiligte ist also nicht verpflichtet, diese Angaben auch tatsächlich zu machen. Vielmehr erfüllt der Unfallbeteiligte die Anwesenheitspflicht bereits dann, wenn er nur schlicht am Unfallort verweilt, also durch passives Verhalten.<sup>41</sup>

Allerdings obliegt dem Unfallbeteiligten auch eine aktive Vorstellungspflicht. Um die in Nr. 1 aufgezählten Feststellungen ermöglichen zu können, muss der Unfallbeteiligte – gegenüber der feststellungsbereiten Person – angeben, dass er ein am Unfall Beteiligter ist. Eine weitergehende Mitwir-

kung, wie z.B. die Angabe des Namens und der Anschrift besteht nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB – im Gegensatz zu § 142 Abs. 3 StGB und § 34 StVO – nicht.<sup>42</sup> Verweigert der Unfallbeteiligte weitere Angaben, muss er länger am Unfallort verweilen und ggf. das Eintreffen der Polizei abwarten.<sup>43</sup>

Fraglich ist, ob ein unerlaubtes Entfernen vom Unfallort gegeben ist, wenn der Täter die Unfallstelle als Letzter verlässt, ohne irgendwelche Feststellungen ermöglicht zu haben.<sup>44</sup> Die h.M. bejaht in diesen Fällen den Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB und betont, dass der Täter in Anwesenheit von feststellungsbereiten Personen die ihm obliegende Vorstellungspflicht nicht erfüllt habe.<sup>45</sup> Dem wird in überzeugender Weise entgegengehalten, dass mit dem Weggehen der feststellungsbereiten Personen die Anwesenheitspflicht erloschen sei und mit der Beendigung der Anwesenheitspflicht auch das Entfernenverbot untergehe. Ansonsten würde das Fortgehen der letzten feststellungsbereiten Person eine sinnlose zeitlich unbegrenzte Anwesenheitspflicht des Täters statuieren.<sup>46</sup>

Ferner ist die Frage aufzuwerfen, ob der Unfallbeteiligte gegen seine Anwesenheitspflicht verstößt, wenn er sich vom Unfallort entfernt, obgleich er die Zustimmung zum Verlassen durch Täuschung erschlichen hat. Grundsätzlich kann der Berechtigte auf die Feststellungen verzichten. Nach h.M. ist der erschlichene Verzicht allerdings unwirksam, da dieser auf Willensmängeln beruht.<sup>47</sup> Die Gegenansicht plädiert für die Wirksamkeit des Verzichts und verweist auf die Selbstbegünstigungsfreiheit und die Tatsache, dass der Unfallbeteiligte nicht die Pflicht habe, an seiner Überführung mitzuwirken.<sup>48</sup>

Erfüllt der Unfallbeteiligte die ihm obliegenden Pflichten nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB, ist er nicht strafbar. Auch § 142 Abs. 2 StGB ist gegenstandslos, da alle relevanten Informationen angegeben wurden.

#### d) Wartepflicht gem. § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Ist keine feststellungsbereite Person anwesend, so trifft den Unfallbeteiligten die Pflicht, eine nach den Umständen angemessene Zeit zu warten, bevor er sich vom Unfallort entfernt. Aufgrund der Unbestimmtheit der Norm („angemessene Zeit“), werden im Schrifttum Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Norm angemeldet.<sup>49</sup>

Der Umfang der Wartefrist beurteilt sich nach den Maßstäben der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.<sup>50</sup> Entscheidungsrelevante Kriterien im Einzelfall sind dabei der entstan-

<sup>38</sup> Küper, JZ 1981, 251 (254); vgl. auch BVerfG NJW 2007, 1666 (1668).

<sup>39</sup> Vgl. dazu Brüning, ZIS 2007, 317 (321 f.); Dehne-Niemann, Jura 2008, 135 (138 f.).

<sup>40</sup> Lackner/Kühl (Fn. 7), § 142 Rn. 16.

<sup>41</sup> Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 26.

<sup>42</sup> Rudolphi (Fn. 16), § 142 Rn. 29; Lackner/Kühl (Fn. 7), § 142 Rn. 18.

<sup>43</sup> Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 28.

<sup>44</sup> Vgl. dazu Bauer, NStZ 1985, 301.

<sup>45</sup> Zopfs (Fn. 7), § 142 Rn. 62; Küper, GA 1994, 49 (68).

<sup>46</sup> OLG Frankfurt NJW 1990, 1189 (1190); Bauer, NStZ 1985, 301 (302 f.).

<sup>47</sup> OLG Stuttgart NJW 1982, 2266 (2267); Lackner/Kühl (Fn. 7), § 142 Rn. 17; Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 31a.

<sup>48</sup> Zopfs (Fn. 7), § 142 Rn. 58.

<sup>49</sup> Geppert, Jura 1990, 78 (84).

<sup>50</sup> Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 142 Rn. 33.

dene Schaden, die Lage des Unfallortes, die Tageszeit, die Witterung, die Verkehrsdichte sowie der Grad des Feststellungsbedürfnisses.<sup>51</sup>

Grundsätzlich ist es nicht ausreichend, wenn der Unfallbeteiligte nur seine Visitenkarte hinterlässt. Von einem mutmaßlichen Feststellungsverzicht wird hier nur bei enger persönlicher Verbundenheit und eindeutiger Haftungslage ausgegangen werden können.<sup>52</sup> Angesichts der in § 142 Abs. 2 StGB normierten Nachholpflicht sollten jedoch nicht allzu strenge Anforderungen an die Wartepflicht gestellt werden.<sup>53</sup>

Erfüllt der Täter die Wartepflicht, so führt dies noch nicht zur endgültigen Straflosigkeit. Vielmehr kommt noch eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Betracht.

### 3. Sekundäre Unfallflucht gem. § 142 Abs. 2 StGB: Nachholpflichten nach Ablauf der Wartepflicht und nach berechtigtem bzw. entschuldigtem Entfernen

#### a) Nachholpflicht nach Ablauf der Wartefrist gem. § 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB

§ 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst den Unfallbeteiligten, der den Unfallort verlassen hat, nachdem er seiner Wartepflicht gem. § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB genügt hat.

Der Unfallbeteiligte ist dann gem. § 142 Abs. 2, 3 StGB verpflichtet, die Feststellung bei einer Polizeidienststelle oder bei dem Berechtigten unverzüglich zu ermöglichen. Danach hat der Unfallbeteiligte eine Wahlmöglichkeit, ob er die Feststellungen gegenüber der Polizei oder dem Berechtigten nachholen möchte. Diese Wahlfreiheit ist allerdings unter Berücksichtigung des Gebots der Unverzüglichkeit auszuüben. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern und wird nach dem Schutzzweck des § 142 StGB bestimmt, d.h. maßgeblich ist allein das zivilrechtliche Beweissicherungsinteresse des Geschädigten.<sup>54</sup> Ein hoher Sach- und Personenschaden verlangt daher ein zügigeres Agieren als dies bei einem geringen Sachschaden erforderlich gewesen wäre.

In welchem Umfang der Unfallbeteiligte seiner Meldepflicht nachkommen muss, ist in § 142 Abs. 3 StGB geregelt. Der Unfallbeteiligte hat danach vor allem mitzuteilen, dass er an dem Unfall beteiligt war und muss seine Anschrift sowie sein Kfz-Kennzeichen angeben.<sup>55</sup>

#### b) Nachholpflicht nach berechtigtem oder entschuldigtem Entfernen gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist der Unfallbeteiligte zu den in § 142 Abs. 3 StGB normierten Angaben verpflichtet, wenn zwar eine Begehungsvariante des § 142 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StGB tatbestandsmäßig vorliegt, der Täter aber berechtigt oder entschuldigt gehandelt hat.

Berechtigt i.S.d. § 142 Abs. 2 StGB handelt der Unfallbeteiligte, wenn er sich auf Rechtfertigungsgründe berufen kann. Es muss sich dabei allerdings um Rechtfertigungsgrün-

de handeln, die später wegfallen, d.h. die nur das Sich-Entfernen vom Unfallort, nicht hingegen das endgültige Vereiteln der Feststellung rechtfertigen.<sup>56</sup> Insbesondere bei der Einwilligung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie den Unfallbeteiligten ein für allemal von seiner Vorstellungspflicht befreit, mit der Folge, dass auch eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB entfällt.

Entschuldigt ist das Entfernen vom Unfallort, wenn Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe vorgelegen haben. Dieser Begriff ist also weit auszulegen und bedeutet „ohne Schuld“.

Umstritten ist, ob der Unfallbeteiligte, der den Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Vollrausch gem. § 20 StGB verwirklicht hat und daher nach § 323a StGB zu bestrafen ist, noch zusätzlich gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB bestraft werden kann, wenn er nachträglich keine Feststellungen ermöglicht.

Beispiel: A hat sinnlos betrunken einen Unfall verursacht und entfernt sich vom Unfallort. Als er wieder nüchtern ist, meldet er den Unfall nicht gem. § 142 Abs. 3 StGB der Polizei. Hier erfüllt A den Tatbestand des § 142 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßig, er ist aber gem. § 20 StGB entschuldigt. Aus diesem Grund kann er wegen des unerlaubten Entfernens nur gem. § 323a StGB bestraft werden, wobei § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB die objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellt. Umstritten ist nun, ob A noch zusätzlich gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB verurteilt werden kann.

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum wendet § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht an, wenn der Täter sich aufgrund einer nur vorübergehenden Schuldunfähigkeit vom Unfallort entfernt hat und gleichzeitig nach § 323a StGB zu bestrafen ist.<sup>57</sup> Der Anwendungsbereich des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird dabei durch teleologische Reduktion auf solche Fälle beschränkt, in denen sich der Täter straflos vom Unfallort entfernen konnte. Der Schutzzweck des § 142 Abs. 2 StGB besteht darin, Strafbarkeitslücken zu vermeiden, wenn sich der Täter nicht nach § 142 Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat. Bei nur vorübergehender alkoholbedingter Schuldunfähigkeit durfte sich der Täter zwar „entschuldigt“ vom Unfallort entfernen, jedoch ist er gleichwohl gem. § 323a StGB zu bestrafen,<sup>58</sup> so dass in diesen Fällen auch ohne § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB eine Strafhaftung vorhanden ist.

Erstmalig musste sich das BVerfG im vergangenen Jahr mit einem der meistdiskutierten Probleme des § 142 StGB befassen. Dabei ging es um die Frage, ob sich nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB auch der Unfallbeteiligte strafbar macht, der sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernt.

Beispiel: L setzt mit seinem Lkw zurück und streift dabei einem hinter ihm stehenden Pkw. In Unkenntnis des Unfalls fährt L zurück in seine Werkstatt. Erst dort stellt er den Unfall fest und ist sich dabei sicher, dass sich der Unfall beim Zurücksetzen ereignet hat. Eine Strafbarkeit nach § 142 Abs.

<sup>51</sup> Geppert, Jura 1990, 78 (84).

<sup>52</sup> Näher Geppert (Fn. 4), § 142 Rn. 93 f.

<sup>53</sup> Vgl. Geppert, Jura 1990, 78 (84).

<sup>54</sup> OLG Köln NZV 1989, 357 (359).

<sup>55</sup> Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 58.

<sup>56</sup> Rudolphi (Fn. 16), § 142 Rn. 38.

<sup>57</sup> Rudolphi (Fn. 16), § 142 Rn. 39; Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 142 Rn. 54.

<sup>58</sup> Lackner/Kühl (Fn. 7), § 142 Rn. 24.



1 StGB entfällt, da ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 StGB vorliegt.

Der BGH hat die Anwendung des § 142 Abs. 2 StGB auch für die Fälle bejaht, in denen sich der Täter weder „berechtigt“ noch „entschuldigt“, aber unvorsätzlich vom Unfallort entfernt hat. Einschränkend wurde allerdings verlangt, dass der Täter noch in einem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang Kenntnis vom Unfall erlangt.<sup>59</sup> Nach Ansicht des BGH sollten die Begriffe „berechtigt und entschuldigt“ nicht formal-dogmatisch ausgelegt werden. Dem natürlichen Wortsinn entspreche es, wenn „unvorsätzlich“ – neben „berechtigt“ und „entschuldigt“ – unter § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB falle. Schließlich stützte sich der BGH auf den Gesetzeszweck und nahm an, dass § 142 StGB dem umfassenden Schutz der Beweissicherung des Geschädigten dient und die Strafflosigkeit bei einem unvorsätzlichen Entfernen vom Unfallort trotz späterer Kenntnisnahme der Unfallbeteiligung sachwidrig sei.<sup>60</sup>

Die überwiegende Meinung in der Literatur ist dieser Rechtsprechung des BGH entgegengetreten und führt als entscheidendes Gegenargument das Gesetzlichkeitsprinzip i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG<sup>61</sup> an. „Vorsätzlich“ bedeute nicht „berechtigt oder entschuldigt“. Ferner belasteten die in § 142 Abs. 2 und 3 StGB normierten Sekundärpflichten den Betroffenen stärker als die in § 142 Abs. 1 StGB verankerten Primärpflichten, da der nach Abs. 2 Feststellungspflichtige umfassendere Angaben machen müsse.<sup>62</sup> Darüber hinaus sei es nicht zulässig, den Anwendungsbereich der Norm ausschließlich nach Opferschutz Gesichtspunkten zu bestimmen. Die Beweissicherung des Opfers dürfe demnach nicht einseitig zu Lasten des vorsatzlos agierenden Unfallbeteiligten in die Waagschale geworfen werden. Vielmehr seien auch die Interessen des Unfallbeteiligten in den Blick zu nehmen. Das BVerfG hat sich diesem Trommelfeuer der Kritik angeschlossen und betont, dass eine gleichsetzende Auslegung des Begriffspaares „berechtigt oder entschuldigt“ mit dem Begriff „unvorsätzlich“ die Grenze des möglichen Wortsinns, wie er sich aus dem Kontext des Gesetzes erschließe, überschreite.<sup>63</sup>

Mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG spricht viel dafür, eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB auch in den Fällen zu verneinen, in denen der Täter vom Unfallort – ohne eigene Handlungsqualität – entfernt wurde. Denn ein Verhalten ohne Handlungsqualität kann nicht mit einem „berechtigten oder entschuldigten“ Verhalten gleichgesetzt werden.<sup>64</sup>

#### IV. Der subjektive Tatbestand

Der subjektive Tatbestand des § 142 StGB verlangt, dass der Täter mindestens bedingt vorsätzlich handelt. Das bedeutet, dass er zunächst Vorsatz im Hinblick darauf gehabt haben

muss, dass ein Unfall im Straßenverkehr vorliegt und er als Unfallbeteiligter in Frage kommt. Ein Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 StGB kommt daher in Betracht, wenn der Unfallbeteiligte tatbestandsrelevante Tatsachen nicht erkannt oder maßgeblich verkannt hat.<sup>65</sup>

Problematisch ist insbesondere, wie die irriige Annahme, es bestehe keine oder nur eine kurze Wartepflicht, zu bewerten ist. Hier ist zu unterscheiden: Hat sich der Täter irrtümlich Umstände vorgestellt, die keine oder nur eine kurze Wartepflicht begründen, z.B. der Schaden betreffe nur den Täter, so unterliegt der Täter einem den Vorsatz ausschließenden Tatumstandsirrtum nach § 16 StGB. Nimmt der Täter aber irrig an, es bestünde grundsätzlich keine Wartepflicht, wenn die geschädigte Person nicht anwesend ist, so nimmt er bei voller Sachverhaltskenntnis lediglich eine fehlerhafte rechtliche Wertung vor und befindet sich daher in einem Verbotsirrtum nach § 17 StGB.

#### V. Besonderheiten der Rechtswidrigkeit und der Schuld

Schließlich muss der Täter rechtswidrig gehandelt haben. Hier kommt insbesondere eine Einwilligung bzw. mutmaßliche Einwilligung, aber auch der Notstand gem. § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund in Betracht.<sup>66</sup>

Neben Rechtfertigungsgründen können auch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe zugunsten des Unfallbeteiligten greifen. Dabei ist § 20 StGB vor allem bei alkoholbedingten Unfällen in den Blick zu nehmen, selten ist die Vorschrift dagegen von Bedeutung bei einem Unfallschock oder posttraumatischen Dämmerzuständen.<sup>67</sup>

Ein Verbotsirrtum gem. § 17 StGB liegt – wie bereits angedeutet – vor, wenn sich der Unfallbeteiligte trotz korrekter Einschätzung des Sachverhalts über verbindliche Handlungspflichten, d.h. insbesondere über Bestehen und Umfang der Wartepflicht oder über den Pflichtenumfang nach § 142 Abs. 2 StGB irrt.<sup>68</sup>

Nach überwiegender Ansicht scheidet eine Entschuldigung gem. § 35 StGB auf Grund der Gefahr eigener Strafverfolgung aus. Grundsätzlich sei es dem Unfallbeteiligten zumutbar, am Unfallort zu verweilen.<sup>69</sup>

#### VI. Tätige Reue gem. § 142 Abs. 4 StGB

Gem. § 142 Abs. 4 StGB kann die Strafe fakultativ gemildert oder von ihr abgesehen werden, wenn der Täter die Feststellungspflichten innerhalb von 24 Stunden freiwillig nachholt. Allerdings kommt dies nur bei Unfällen außerhalb des fließenden Verkehrs in Betracht. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen damit im Wesentlichen die zahlreichen Parkunfälle erfasst werden.<sup>70</sup> Ferner darf es sich nicht um bedeutende Sachschäden handeln, wobei die Wertgrenze derzeit bei

<sup>59</sup> BGHSt 28, 129.

<sup>60</sup> BGHSt 28, 129 (133); *Janiszewski*, JR 1978, 116 (117).

<sup>61</sup> Zum Bestimmtheitsgrundsatz vgl. *Rotsch*, ZJS 2008, 132 (in dieser Ausgabe).

<sup>62</sup> *Beulke*, NJW 1979, 400 (403); vgl. auch *Rudolphi*, JR 1979, 210 (211).

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2007, 1666 (1667 f.).

<sup>64</sup> Vgl. dazu *Geppert*, Jura 1990, 78 (82).

<sup>65</sup> *Geppert* (Fn. 4), § 142 Rn. 165.

<sup>66</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 142 Rn. 33.

<sup>67</sup> *Zopfs* (Fn. 7), § 142 Rn. 121.

<sup>68</sup> *Geppert* (Fn. 4), § 142 Rn. 166.

<sup>69</sup> *Geppert* (Fn. 4), § 142 Rn. 196.

<sup>70</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 10.

ca. 1.300 € liegt.<sup>71</sup> Das Risiko, früher entdeckt zu werden und damit nicht mehr freiwillig zu handeln, trägt der Unfallbeteiligte. Hinsichtlich des Freiwilligkeitsbegriffs ist dabei auf § 24 StGB zu verweisen.

### VII. Vollendung und Beendigung

Die Tat nach § 142 Abs. 1 StGB ist vollendet, wenn der Täter sich vom Unfallort entfernt hat. Umstritten ist, ob nach Eintritt dieses tatbestandsmäßigen Erfolges noch eine materielle Beendigungsphase angenommen werden kann.

Die Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums gehen davon aus, dass § 142 StGB über ein solches Beendigungsstadium verfügt.<sup>72</sup> Dabei soll die Tat erst dann beendet sein, wenn sich der Täter endgültig in Sicherheit gebracht hat.

Im Rahmen des § 142 StGB fungiert diese Beendigungsphase vor allem als Mittel, um eine nachgelagerte Beteiligung – eine sukzessive Beihilfe – zu bestrafen.

Beispiel<sup>73</sup>: U streift beim Herausfahren aus einer Parklücke das Auto des O, so dass ein Schaden am Kotflügel i.H.v. 400 € entsteht. U klemmt daraufhin seine Visitenkarte hinter den Scheibenwischer und fährt davon. Kurz darauf kehrt er um, und seine Ehefrau, die Beifahrerin G, steigt aus und entfernt die Visitenkarte. Nach Ansicht des BayObLG hat sich G u.a. wegen Beihilfe zum unerlaubten Entfernen vom Unfallort im Beendigungsstadium strafbar gemacht.

Das BVerfG nimmt darüber hinaus an, dass auch der Sich-Entfernens-Vorsatz des Haupttäters grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat gebildet werden kann.<sup>74</sup>

### VIII. Rechtsfolgen

Insbesondere für Referendare ist zu beachten, dass der Täter des § 142 StGB in der Regel gem. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen anzusehen ist, mit der Folge, dass das Gericht ihm – im Fall einer Verurteilung – gem. § 69 Abs. 1 StGB die Fahrerlaubnis entziehen wird. Dabei ist auch die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 111a StPO als flankierende strafprozessuale Zwangsmaßnahme in den Blick zu nehmen.

Erweist sich der Täter nicht als ungeeignet i.S.d. § 69 StGB, so kommt jedenfalls die Verhängung eines Fahrverbots gem. § 44 StGB in Betracht.

<sup>71</sup> Fischer (Fn. 10), § 142 Rn. 64.

<sup>72</sup> BayObLG NJW 1980, 412; mit einigen inhaltlichen Einschränkungen Küper, JZ 1981, 251 (254).

<sup>73</sup> BayObLG NJW 1980, 412.

<sup>74</sup> BVerfG NJW 2007, 1666 (1668); kritisch dazu Brüning, ZIS 2007, 317 (320 ff.).

# Übungsfall: Das Montagsauto

Von Dr. **Thomas Riehm**, München

*Der nachfolgende Fall behandelt Standardprobleme aus dem Bereich des Produkthaftungsrechts. Gleichwohl ist sein Schwierigkeitsgrad als gehoben einzuordnen, weil die Überlagerung des deutschen Produkthaftungsrechts durch das Gemeinschaftsrecht schwierige Methodenfragen aufwirft, die scheinbar Altbekanntes in neuem Licht erscheinen lassen.*

## Sachverhalt

Karl kauft 2005 beim Autohändler Valentin einen von der Halbgar AG hergestellten Neuwagen. Einen Monat nach Inbetriebnahme stellt er das Auto mit angezogener Handbremse auf der abschüssigen Garageneinfahrt ab und steigt aus dem Auto aus, um die Garage zu öffnen. Beim Schließen der Fahrertür setzt sich das Auto plötzlich in Bewegung und fährt gegen das Garagentor. Am Auto entsteht dabei ein Schaden von € 2.500, am Garagentor ein Schaden von € 1.200.

Ein später hinzugezogener Sachverständiger ermittelt, dass sich die Handbremse infolge der Erschütterung beim Türemschließen gelöst hat. Dies konnte passieren, weil bei der Produktion ein nur wenige Millimeter großes Kunststoffteil im Feststellmechanismus verblieben war, das sich verklemmt und so das richtige Einrasten der Handbremse verhindert hat. Ob das Kunststoffteil bei sorgfältigsten Kontrollen während des Herstellungsprozesses hätte entdeckt werden können, kann der Sachverständige nicht sagen.

Nachdem Valentin in der Zwischenzeit Insolvenz angemeldet hatte, möchte Karl wissen, ob er von der Halbgar AG Ersatz von € 3.700 verlangen kann?

*Vermerk für die Bearbeiter:* Auf die nachfolgend abgedruckten Vorschriften der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG wird hingewiesen.

„Der Rat der EG, [...] in Erwägung nachstehender Gründe:

Eine Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über die Haftung des Herstellers für Schäden, die durch die Fehlerhaftigkeit seiner Produkte verursacht worden sind, ist erforderlich, weil deren Unterschiedlichkeit den Wettbewerb verfälschen, den freien Warenverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen und zu einem unterschiedlichen Schutz des Verbrauchers vor Schädigungen seiner Gesundheit und seines Eigentums durch ein fehlerhaftes Produkt führen kann. [...]

Der Schutz des Verbrauchers erfordert die Wiedergutmachung von Schäden, die durch Tod und Körperverletzungen verursacht wurden, sowie die Wiedergutmachung von Sachschäden. Letztere ist jedoch auf Gegenstände des privaten Ge- bzw. Verbrauchs zu beschränken und zur Vermeidung einer allzu großen Zahl von Streitfällen um eine Selbstbeteiligung in fester Höhe zu vermindern. Die Richtlinie berührt nicht die Gewährung von Schmerzensgeld und die Wiedergutmachung anderer seelischer Schäden, die gegebenenfalls nach dem im Einzelfall anwendbaren Recht vorgesehen sind. [...]

Nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten kann der Geschädigte aufgrund einer vertraglichen Haftung oder auf-

grund einer anderen als der in dieser Richtlinie vorgesehenen außervertraglichen Haftung Anspruch auf Schadenersatz haben. Soweit derartige Bestimmungen ebenfalls auf die Verwirklichung des Ziels eines wirksamen Verbraucherschutzes ausgerichtet sind, dürfen sie von dieser Richtlinie nicht beeinträchtigt werden. Soweit in einem Mitgliedstaat ein wirksamer Verbraucherschutz im Arzneimittelbereich auch bereits durch eine besondere Haftungsregelung gewährleistet ist, müssen Klagen aufgrund dieser Regelung ebenfalls weiterhin möglich sein [...]

hat folgende Richtlinie erlassen:

Artikel 1. Der Hersteller eines Produkts haftet für den Schaden, der durch einen Fehler dieses Produkts verursacht worden ist. [...]

Artikel 4. Der Geschädigte hat den Schaden, den Fehler und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden zu beweisen. [...]

Artikel 7. Der Hersteller haftet aufgrund dieser Richtlinie nicht, wenn er beweist, [...]

e) dass der vorhandene Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem er das betreffende Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte; [...]

Artikel 9. Der Begriff ‚Schaden‘ im Sinne des Artikels 1 umfasst

a) den durch Tod und Körperverletzungen verursachten Schaden;

b) die Beschädigung oder Zerstörung einer anderen Sache als des fehlerhaften Produktes – bei einer Selbstbeteiligung von 500 [Euro], sofern diese Sache

i) von einer Art ist, wie sie gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt ist, und

ii) von dem Geschädigten hauptsächlich zum privaten Ge- oder Verbrauch verwendet worden ist.

Artikel 13. Die Ansprüche, die ein Geschädigter aufgrund der Vorschriften über die vertragliche und außervertragliche Haftung oder aufgrund einer zum Zeitpunkt der Bekanntgabe dieser Richtlinie bestehenden besonderen Haftungsregelung geltend machen kann, werden durch diese Richtlinie nicht berührt. [...]

Artikel 15. (1) Jeder Mitgliedstaat kann [...]

b) abweichend von Artikel 7 Buchstabe e) in seinen Rechtsvorschriften die Regelung beibehalten oder – vorbehaltlich des Verfahrens nach Absatz 2 des vorliegenden Artikels – vorsehen, dass der Hersteller auch dann haftet, wenn er beweist, dass der vorhandene Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem er das betreffende Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte [...].“

In englischer Sprache lautet Artikel 9:

“Article 9. For the purpose of Article 1, ‚damage‘ means:

(a) damage caused by death or by personal injuries;

(b) damage to, or destruction of, any item of property other than the defective product itself, with a lower threshold of 500 ECU, provided that the item of property:

- (i) is of a type ordinarily intended for private use or consumption, and
- (ii) was used by the injured person mainly for his own private use or consumption.”

**Lösung**

- I. Vertragliche Ansprüche
- II. Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG
  - 1. Rechtsgutsverletzung
    - a) Weiterfresser-Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB
    - b) Übertragbarkeit auf das ProdHaftG
  - 2. Übrige Anspruchsvoraussetzungen
  - 3. Ausschluss nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG (sog. Entwicklungsrisiko)
  - 4. Schadensumfang
- III. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB
  - 1. Rechtsgutsverletzung
  - 2. Verschulden
  - 3. Schadensumfang
  - 4. Vereinbarkeit mit der Produkthaftungsrichtlinie
    - a) Anwendungsbereich der Richtlinie
    - b) Zulässigkeit nach Art. 13 der Richtlinie
    - c) Zwischenergebnis
  - 5. Ergebnis
- IV. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 GPSG
- V. Gesamtergebnis

**I. Vertragliche Ansprüche**

Ein vertraglicher Anspruch des Karl (K) gegen die Halbgar AG (H) aus § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 BGB scheidet aus, weil zwischen K und H kein Kaufvertrag besteht. Eine eventuelle Vertragsbeziehung zwischen Valentin (V) und H, aus der ebenfalls vertragliche Schadensersatzansprüche resultieren könnten, würde keine Schutzwirkungen zugunsten des K entfalten.<sup>1</sup>

**II. Anspruch aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG**

Der Anspruch des K gegen H auf Zahlung von € 3.700 kann sich aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG ergeben.

*1. Rechtsgutsverletzung*

Voraussetzung hierfür ist zunächst eine Rechtsgutsverletzung auf Seiten des K. Unproblematisch ist eine Eigentumsverletzung zunächst hinsichtlich des Garagentores. Fraglich ist aber die Behandlung der Beschädigung des Autos selbst. Denn nach § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG besteht die Haftung im Falle einer Sachbeschädigung nur, „wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird“. Soweit K in Höhe von € 2.500 Ersatz des Schadens gerade an dem fehlerhaften Auto selbst verlangt, ist die Haftung nach dieser Vorschrift grundsätzlich ausgeschlossen.

<sup>1</sup> Vgl. nur *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 328 Rn. 166 m.w.N.

*a) Weiterfresser-Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB*

Etwas anderes könnte sich aber ergeben, wenn die vom BGH im Rahmen der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze zur Haftung bei sog. Weiterfresserschäden<sup>2</sup> auch im Rahmen des § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG heranzuziehen wären. Danach käme es darauf an, ob der infolge eines Mangels eingetretene Schaden an der Kaufsache bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit dem ursprünglichen Mangelunwert „stoffgleich“ ist, oder ob der Mangel ursprünglich nur einem begrenzten Teil der Kaufsache anhaftete und dann auf den Rest der Sache übergriff.<sup>3</sup> Dementsprechend wäre es denkbar, auch bei der Haftung nach dem ProdHaftG eine „andere Sache“ bereits dann zu bejahen, wenn der beschädigte Sachteil mit dem Produktfehler nicht „stoffgleich“ ist. Für die Beschädigung eines Autos infolge eines defekten Gaszugs hat der BGH die Stoffgleichheit verneint und daher einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gewährt.<sup>4</sup> Nichts anderes könnte für die Beschädigung eines Autos infolge einer defekten Handbremse gelten. Indessen ist schon für § 823 Abs. 1 BGB fraglich und umstritten, ob diese Grundsätze noch anzuwenden sind.<sup>5</sup>

*b) Übertragbarkeit auf das ProdHaftG*

Vor allem ist aber problematisch, ob sie auch auf die Haftung aus § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG übertragen werden können. In der älteren Literatur wurde das teilweise mit dem Hinweis auf ein wünschenswertes einheitliches Haftungsmodell gefordert.<sup>6</sup>

aa) Fraglich ist aber, ob eine solche Interpretation des § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG mit Art. 9 S. 1 lit. b) Richtlinie vereinbar wäre. Nach dieser Vorschrift umfasst ein „Schaden“ nur die Beschädigung oder Zerstörung *einer anderen Sache als des fehlerhaften Produktes*. Bei der Auslegung der *Richtlinie* können keine Argumente aus den Besonderheiten einzelner mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen herangezogen werden, sondern nur solche aus dem Gemeinschaftsrecht (Grundsatz der autonomen Auslegung des Gemeinschaftsrechts<sup>7</sup>). Damit können die dogmatischen Erwägungen des

<sup>2</sup> Vgl. grundlegend BGHZ 67, 359 (Schwimmerschalter); BGHZ 86, 256 (Gaszug).

<sup>3</sup> So BGHZ 86, 256 (258), in teilweiser Abweichung von BGHZ 67, 359.

<sup>4</sup> Vgl. BGHZ 86, 256.

<sup>5</sup> Vgl. näher unten III. 1. b).

<sup>6</sup> Vgl. *Buchner*, DB 1988, 32 (36); *Katzenmeier*, NJW 1997, 486 (492).

<sup>7</sup> Vgl. dazu allgemein etwa *Langenbucher*, in: dies. (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 5 ff.; speziell zur Produkthaftungsrichtlinie EuGH, 10.5.2001, Rs. C-203/99, Slg. 2001, I-3569 Rn. 14 ff. (Henning Veedfald/Århus Amtskommune) = NJW 2001, 2781; 25.4.2002, Rs. C-52/00, Slg. 2002, I-3856, Rn. 16 ff. (Kommission/Frankreich); 25.4.2002, Rs. C-154/00, Slg. 2002, I-3887, Rn. 12 ff. (Kommission/Griechenland); 25.4.2002, Rs. C-183/00, Slg. 2002, I-3905 Rn. 25 ff. (González Sánchez/

BGH zur Abgrenzung von Äquivalenz- und Integritätsinteresse, die aus den (vermeintlichen) Unzulänglichkeiten des deutschen Vertragsrechts folgen und *auf der Ebene der Richtlinie* keine Basis haben, ebenso wenig herangezogen werden wie die unterschiedlichen Verjährungsregelungen im deutschen Recht für deliktische und vertragliche Ansprüche. Denkbar ist unter dieser Voraussetzung allenfalls eine Orientierung am Produktbegriff des Art. 2 S. 1 Richtlinie, wonach auch ein Teil einer beweglichen Sache ein „Produkt“ im Sinne der Richtlinie darstellen kann.<sup>8</sup> Danach käme eine Haftung wegen weiterfressender Mängel nur dann in Betracht, wenn sich das fehlerhafte Bauteil nach der Verkehrsanschauung als selbständiges Produkt darstellte, das in eine bewegliche Sache eingebaut ist. Hierfür soll es nach einer Mindermeinung darauf ankommen, ob der Bestandteil aus Sicht der Kunden als eigenständige Ware auf den Märkten gehandelt wird.<sup>9</sup> Daran fehlt es für Handbremsen, da diese für gewöhnliche Autokäufer nicht ohne weiteres am freien Markt gehandelt werden, so dass auch nach dieser Auslegung der Richtlinie keine Haftung des H in Betracht käme. Aus der Richtlinie lässt sich daher keine Haftung des H hinsichtlich des Schadens am Auto selbst begründen.

bb) Fraglich ist nun, ob dieses Ergebnis zur Auslegung der Richtlinie zugleich die Auslegung des ProdHaftG bindend vorgibt oder ob die Mitgliedstaaten – also auch die mitgliedstaatliche Rechtsprechung – im Interesse des Verbraucherschutzes über die Richtlinie hinausgehen dürfen. Auch das ist durch autonome Auslegung der Richtlinie und des sonstigen Gemeinschaftsrechts zu ermitteln. Die meisten privatrechtlichen Richtlinien der EG streben nur eine sog. Mindestharmonisierung an und enthalten demgemäß allgemeine Öffnungsklauseln, die es den Mitgliedstaaten gestatten, das nationale Schutzniveau zugunsten der Verbraucher gegenüber der Richtlinie zu erhöhen (vgl. z.B. Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG und Art. 8 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG). Das gilt aber nicht für die Produkthaftungsrichtlinie; diese enthält keine allgemeine Öffnungsklausel für strengere Vorschriften der Mitgliedstaaten zugunsten ihrer Verbraucher, sondern lediglich „drei Optionen“ bei der Umsetzung: Die Mitgliedstaaten können nach Art. 15 Abs. 1 lit. b) Richtlinie bestimmen, dass der Hersteller auch für solche Fehler haftet, die nach dem Stand der Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht erkennbar waren;<sup>10</sup> sie können ferner nach Art. 16 Abs. 1 Richtlinie die Gesamthaftung des Herstellers auf mind. € 70

Mio. begrenzen;<sup>11</sup> und schließlich dürfen sie nach Art. 9 S. 2 Richtlinie auch einen Ersatzanspruch für immaterielle Schäden vorsehen<sup>12</sup>.

Darüber hinaus lässt Art. 13 Richtlinie die im mitgliedstaatlichen Recht gewährten Ansprüche aus der allgemeinen vertraglichen oder deliktischen Schadensersatzhaftung sowie besondere (d.h. auf bestimmte Produktionszweige bezogene<sup>13</sup>) Haftungsregelungen, die bereits bei Inkrafttreten der Richtlinie bestanden, unberührt. Eine Verschärfung der *spezifischen Produkthaftung* gegenüber den Maßstäben der Richtlinie lässt diese Vorschrift hingegen nicht zu. Wie aus den Erwägungsgründen der Richtlinie hervorgeht, beruht das differenzierte Haftungskonzept der Richtlinie auf einer komplexen Abwägung zwischen den Interessen der Verbraucher, der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs, der Erleichterung des Handels im Gemeinsamen Markt und dem Bemühen um eine geordnete Rechtspflege. Die Umsetzung eines solchen Kompromisses kann nicht im Wege der Mindestharmonisierung, sondern nur durch eine Vollharmonisierung erfolgen, die nicht nur die Verbraucher vor einer zu geringen, sondern auch die Hersteller vor einer zu strengen Haftung schützt.<sup>14</sup> Hierfür spricht auch, dass die Richtlinie auf der Grundlage des Art. 94 EG ergangen ist, der – anders als Art. 95 EG – keine Öffnungsklausel zugunsten strengere mitgliedstaatlicher Schutzmaßnahmen vorsieht.<sup>15</sup>

Damit dürfen die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der Richtlinie weder zu Lasten der Verbraucher noch zu Lasten der Hersteller von der Haftungsregelung der Richtlinie abweichen. Eine Einbeziehung von Weiterfresserschäden in die Haftung nach dem ProdHaftG würde eine solche Abweichung darstellen und wäre daher gemeinschaftsrechtswidrig. Daher ist der h.M. zum deutschen Recht<sup>16</sup> auch aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive darin zuzustimmen, dass die Grundsätze des BGH zur Ersatzfähigkeit von Weiterfresser-

Medicina Asturiana SA) = EuZW 2002, 574; *Schaub*, ZEuP 2003, 562 (576 f.).

<sup>8</sup> Vgl. in diese Richtung – allerdings auf der Ebene des ProdHaftG, nicht der Richtlinie – *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 1 ProdHaftG Rn. 20; *Mayer*, VersR 1990, 691 (697 f.); a.A. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2004, § 1 ProdHaftG Rn. 12.

<sup>9</sup> Vgl. *Oechsler* (Fn. 8), a.a.O.

<sup>10</sup> Von Deutschland nicht wahrgenommen, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG und dazu im Text unter II. 3.

<sup>11</sup> In Deutschland: € 85 Mio., vgl. § 10 Abs. 1 ProdHaftG. Diese Umsetzung wird z.T. für richtlinienwidrig gehalten, weil sie – anders als die Richtlinie – die Haftungsbegrenzung nicht nur für Schäden durch verschiedene Produkte mit dem gleichen Fehler eingreifen lässt, sondern auch für Schäden aus einem einzigen fehlerhaften Produkt, vgl. *Oechsler* (Fn. 8), ProdHaftG § 10 Rn. 6; *Brüggemeier/Reich*, ZHR 152 (1988), 511 (532); *Wagner* (Fn. 8), § 10 ProdHaftG Rn. 3.

<sup>12</sup> Seit 2002 wahrgenommen in § 8 S. 2 ProdHaftG.

<sup>13</sup> Vgl. EuGH, 25.4.2002, Rs. C-183/00, Rn. 32 f. (*González Sánchez/Medicina Asturiana SA*). Musterbeispiel ist die Haftung des Arzneimittelherstellers nach § 84 AMG.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, 25.4.2002, Rs. C-52/00, Rn. 24, 29; 25.4.2002, Rs. C-154/00, Rn. 20, 29 (Kommission/Griechenland); *Schaub*, ZEuP 2003, 562 (572).

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, 25.4.2002, Rs. C-52/00, Rn. 14; (Kommission/Frankreich), 25.4.2002, Rs. C-154/00 (Kommission/Griechenland), Rn. 10; 25.4.2002, Rs. C-183/00, Rn. 23 (*González Sánchez/Medicina Asturiana SA*); *Schaub*, ZEuP 2003, 562 (572).

<sup>16</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 84 VI 1 c (S. 646); *Wagner* (Fn. 8), § 1 ProdHaftG Rn. 14 m. umf. Nachw.

schäden nicht auf die Haftung nach dem ProdHaftG übertragen werden dürfen. Damit stellt das Auto des K keine „andere Sache“ i.S.v. Art. 9 S. 1 lit. b) Richtlinie und i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG dar, so dass insoweit keine nach dem ProdHaftG relevante Rechtsgutsverletzung vorliegt.

## 2. Übrige Anspruchsvoraussetzungen

Bei dem Auto handelt es sich um eine bewegliche Sache, mithin um ein Produkt i.S.v. § 2 ProdHaftG, dessen Hersteller i.S.v. § 4 ProdHaftG die H ist. Das Produkt war auch mangelhaft, denn infolge der mangelhaften Handbremse bot es nicht die Sicherheit, die von einem derartigen Produkt berechtigterweise erwartet werden kann (§ 3 ProdHaftG). Der Mangel war auch kausal für den Unfall, durch welchen K einen Sachschaden i.H.v. insgesamt € 3.700 erlitten hat. Denn ohne das Kunststoffteil wäre die Handbremse ordnungsgemäß eingerastet und hätte sich beim Schließen der Fahrertür nicht gelöst, so dass das Auto nicht gegen die Garage gerollt wäre.

## 3. Ausschluss nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG (sog. Entwicklungsrisiko)

Fraglich ist, ob der Anspruch nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG ausgeschlossen ist, weil der Fehler „nach dem Stand der Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller das Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte.“ Dieser Haftungsausschluss für das sog. Entwicklungsrisiko bezieht sich nach ganz h.M. jedoch nur auf Fehler, die *ihrer Art nach* nicht vorhersehbar sind, wo also bereits das *Fehlerrisiko* nicht erkennbar ist. Die Erkennbarkeit des konkreten Fehlers im Einzelfall ist dagegen nicht erforderlich; die Haftung nach dem ProdHaftG umfasst (gerade) auch sog. „Ausreißer“.<sup>17</sup> Diese h.M. zum deutschen Recht ist auch vor dem Hintergrund der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG unbedenklich und bedarf keiner inhaltlichen Überprüfung am Maßstab der Richtlinie: Zwar enthält Art. 7 lit. e) Richtlinie den gleichen Ausschlussgrund wie § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG; jedoch steht es den Mitgliedstaaten nach Art. 15 Abs. 1 lit. b) Richtlinie ausdrücklich frei, hinsichtlich nicht erkennbarer Fehler ggf. eine strengere Haftung der Hersteller vorzusehen. Selbst wenn also der EuGH Art. 7 lit. e) Richtlinie so verstehen sollte, dass es auf die Erkennbarkeit des konkreten Fehlers und nicht lediglich des jeweiligen Fehlerrisikos ankäme, würde doch Art. 15 Abs. 1 lit. b) Richtlinie eine strengere mitgliedstaatliche Regelung durch Gesetz oder Rechtsprechung ausdrücklich erlauben.<sup>18</sup> Insoweit begründet die Richtlinie demnach keine Obergrenze für die Haftung des Herstellers nach dem Recht der Mitgliedstaaten, so dass das deutsche Verständnis des § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG mit der Richtlinie in jedem Falle vereinbar ist.

<sup>17</sup> Vgl. BGHZ 129, 353 (358 ff.) (Mineralwasserflasche II); OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1624 (1625); *Oechsler* (Fn. 8), § 1 ProdHaftG Rn. 120; *Wagner* (Fn. 8), § 1 ProdHaftG Rn. 41.

<sup>18</sup> Vgl. BGHZ 129, 353 (360 f.).

## 4. Schadensumfang

Fraglich ist aber, in welcher Höhe der Anspruch des K besteht. Grundsätzlich ergibt sich der Haftungsumfang aus den §§ 249 ff. BGB (Grundsatz der Totalreparation). Dieser Grundsatz wird aber durch Sondervorschriften des ProdHaftG eingeschränkt.

In Betracht kommt hier eine Einschränkung des Ersatzanspruchs des K hinsichtlich des Garagentors nach § 11 ProdHaftG. Nach dieser Vorschrift „hat der Geschädigte einen Schaden bis zu einer Höhe von 500 Euro selbst zu tragen.“ Aus diesem Wortlaut geht nicht eindeutig hervor, wie mit Schäden *über € 500* zu verfahren ist: Einerseits könnte die Vorschrift im Sinne einer *Selbstbeteiligung* dahingehend verstanden werden, dass der Geschädigte von jedem Schaden € 500 selbst zu tragen hat,<sup>19</sup> so dass K im vorliegenden Fall nur € 700 ersetzt erhielte. Andererseits könnte man die Vorschrift im Sinne eines *Mindestbetrags* so verstehen, dass der Geschädigte zwar nur Schäden über € 500, diese aber in Höhe des vollen Schadensbetrages ersetzt bekommt; K erhielte dann € 1.200 ersetzt.

Die Richtlinie ist in ihrer deutschen Textfassung – wie auch in den meisten anderen Sprachfassungen<sup>20</sup> – insoweit eindeutig, indem sie in ihrem Art. 9 lit. b) ii) von einer „Selbstbeteiligung von € 500“ spricht. Möglicherweise muss also aufgrund der – vollharmonisierenden – Richtlinie das deutsche Recht zwingend richtlinienkonform im Sinne einer Selbstbeteiligung ausgelegt werden. Indessen spricht die englische Sprachfassung der Richtlinie für das gegenteilige Ergebnis: Diese sieht nämlich einen „*lower threshold*“<sup>21</sup> von € 500 vor (und nicht eine *participation, retention, franchise* o.ä.), und stützt damit die Auslegung als Mindestbetrag.<sup>22</sup> Da alle Sprachfassungen von Rechtsakten des Gemeinschafts-

<sup>19</sup> So etwa *Sprau*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 11 ProdHaftG Rn. 1; *Wagner* (Fn. 8), § 11 ProdHaftG Rn. 3, der sich allerdings zu Unrecht auf einen eindeutigen Wortlaut der Richtlinie beruft, wie die folgenden Ausführungen im Text zeigen.

<sup>20</sup> Französisch „franchise“, entsprechende Begriffe in der niederländischen, italienischen, spanischen und portugiesischen Fassung; die dänische und schwedische Fassung sprechen von „selvrisiko“ bzw. „självrisk“.

<sup>21</sup> Ebenso die rumänische Fassung: „prag minim“.

<sup>22</sup> Entsprechend dieser Unklarheit auf der Ebene der Richtlinie, die auch durch die bisherigen Entscheidungen des EuGH zu Art. 9 der Richtlinie nicht behoben wurde, sind auch die Umsetzungen in den Mitgliedstaaten unterschiedlich. So hat etwa der englische Gesetzgeber einen Mindestbetrag eingeführt (Consumer Protection Act 1987 [Chapter 43], Sect. 5 Abs. 4), ebenso auch der französische (Art. 1386-2 Abs. 2 Code civil) – obwohl die französische Sprachfassung der Richtlinie das Gegenteil vorsieht. Die meisten anderen Staaten haben demgegenüber eine Selbstbeteiligung eingeführt (vgl. *Lovells*-Bericht an die Kommission vom Februar 2003, „Die Produkthaftung in der Europäischen Union“, [http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/liability/studies/lovells-study\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/goods/docs/liability/studies/lovells-study_de.pdf), S. 54 f. [abgerufen am 3.4.2008]).

rechts normativ gleichwertig sind,<sup>23</sup> ist der Richtlinienwortlaut insgesamt zweideutig.<sup>24</sup> Blickt man überdies auf die Zweckrichtung der entsprechenden Richtlinienvorschrift, so soll diese Bagatellstreitigkeiten vermeiden.<sup>25</sup> Dieses Ziel wird bereits mit einem Mindestbetrag umfassend erreicht; es ist hierzu nicht erforderlich, darüber hinaus auch die Ansprüche der Geschädigten systematisch um € 500 zu kürzen.<sup>26</sup> Gute objektiv-teleologische Gründe sprechen daher auf der Ebene der Richtlinie für die Mindestbetragslösung, wenngleich diese nicht den eindeutigen Wortlaut der meisten Sprachfassungen aufwiegen können. Vielmehr bleibt es bei der Zweideutigkeit der Richtlinie; diese lässt den Mitgliedstaaten konsequenterweise die Wahl zwischen beiden Optionen.<sup>27</sup>

Der deutsche Normtext ist insoweit zwar seinerseits unklar; jedoch spricht die (amtliche) Überschrift des § 11 ProdHaftG von einer „Selbstbeteiligung“ und gibt damit den Ausschlag für eine Interpretation der Vorschrift in diesem Sinne, die nach dem Gesagten auch mit der Richtlinie vereinbar ist.

Aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG kann K daher nur € 700 ersetzt verlangen (€ 1.200 abzgl. € 500 Selbstbeteiligung).

### III. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Möglicherweise ergibt sich ein Anspruch des K gegen H in Höhe der vollen € 3.500 aber aus § 823 Abs. 1 BGB.

#### 1. Rechtsgutsverletzung

Hinsichtlich des Garagentores liegt unproblematisch eine Eigentumsverletzung durch das defekte Auto vor. Fraglich ist allerdings, ob auch hinsichtlich des Autos selbst von einer Eigentumsverletzung auszugehen ist. Denn insoweit ist es *die defekte Sache selbst*, die beschädigt wurde. Insoweit werden Schäden grundsätzlich durch das Recht der Sachmängelgewährleistung, insbesondere durch §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB aufgefangen. Die Anwendung des Deliktsrechts neben dem Recht der vertraglichen Schadensersatzansprüche könnte die gesetzgeberisch gewollte Ausgestaltung (und Begrenzung) der Vertragshaftung in Frage stellen. Begrenzt ist die Vertragshaftung v.a. durch die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Nr. 3 BGB für alle Mangel- und (nach h.M.<sup>28</sup>) Mangelfolgeschäden, die zudem mit der Ablieferung der

Kaufsache zu laufen beginnt – demgegenüber verjähren deliktische Ansprüche gem. § 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB nach drei Jahren ab dem Ende des Jahres, in dem der Geschädigte die Rechtsgutsverletzung und deren Verursacher kannte oder kennen musste, maximal nach 30 Jahren seit Ablieferung der Kaufsache (§ 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB).

Aus dieser misslichen Konkurrenzsituation sind verschiedene Auswege denkbar:<sup>29</sup> Entweder werden beide Haftungsgrundlagen frei und unmodifiziert nebeneinander angewendet, weil sie unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen teilweise sogar unterschiedliche Haftungsschuldner (Verkäufer einerseits, Hersteller andererseits) haben.<sup>30</sup> Die entgegengesetzte Lösung bestünde darin, das Kaufrecht insgesamt gegenüber dem Deliktsrecht als speziell anzusehen, und also –entsprechend der Rechtslage nach dem ProdHaftG – Schäden an einer Kaufsache generell aus dem Anwendungsbereich des Deliktsrechts auszunehmen. Hierfür spricht, dass das Kaufrecht seit 2002 ein umfassendes geschriebenes Haftungsregime für alle mangelbedingten Schäden kennt, das auch die zitierten ausdrücklichen – und speziellen – Verjährungsregeln enthält. Der eingetretene Schaden an der Kaufsache entwertet zudem nur die vertragliche Leistung selbst, betrifft also stets nur das Äquivalenz- und nie das Integritätsinteresse. Der Käufer hat nie eine mangelfreie Sache erhalten, so dass sich deren (weitere) mangelbedingte Beschädigung lediglich als Fortsetzung des Sachmangels, d.h. als Realisierung eines seit der mangelhaften Leistung der Kaufsache bereits innewohnenden Risikos darstellt.<sup>31</sup>

Die Rechtsprechung hatte zum alten Schuldrecht in einer vermittelnden Lösung die Anwendung des Deliktsrechts neben dem Kaufrecht begrenzt, indem nur solche sachmangelbedingte Eigentumsverletzungen nach § 823 Abs. 1 BGB relevant waren, die nicht mit dem Sachmangel selbst „stoffgleich sind“.<sup>32</sup> Das Deliktsrecht soll danach mit anderen Worten nur das Integritätsinteresse (am Erhalt der „übrigen Rechtsgüter“) schützen, während der Schutz des Äquivalenzinteresses (am Erhalt der Kaufsache in der geschuldeten Qualität) dem Kaufrecht vorbehalten ist. Diese Rechtsprechung wurde ursprünglich entwickelt, um die besonderen Härten zu vermeiden, welche die kurze sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. und die strengen Anspruchsvoraussetzungen des § 463 BGB a.F. für die Schadensersatzansprüche

<sup>23</sup> Vgl. statt aller *Langenbacher* (Fn. 7), § 1 Rn. 6 m.w.N.

<sup>24</sup> A.A. *Wagner* (Fn. 8), § 11 ProdHaftG Rn. 3, ohne Berücksichtigung der englischen Fassung.

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, 25.4.2002, Rs. C-52/00 (Kommission/Frankreich), Rn. 30.

<sup>26</sup> Ebenso *Heiderhoff*, in: Gebauer/Wiedmann/Heiderhoff (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, Kap. 15 Rn. 29.

<sup>27</sup> Die Kommission hat sich allerdings in einer Antwort auf eine Anfrage zum niederländischen Gesetzgebungsverfahren vom 3.10.1988 im Sinne einer Selbstbeteiligungslösung ausgesprochen, vgl. ABl. EG Nr. C, 132 v. 29.5.1989, S. 51 f. Derartige Meinungsäußerungen geben jedoch keine verbindliche Interpretation der Richtlinie vor.

<sup>28</sup> Vgl. etwa *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 555; a.A. etwa *Canaris*, ZRP 2001, 329 (335 f.); *Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst*, JZ 2001, 684 (688).

<sup>29</sup> Vgl. zur Weiterfresser-Problematik den Überblick bei *Tettinger*, JZ 2006, 641, sowie im Hinblick auf vertragliche Ansprüche *Heßeler/Kleinhenz*, JuS 2007, 706 ff.

<sup>30</sup> So etwa *Gsell*, JZ 2005, 1171 (1173) m.w.N.; ähnlich *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1999, § 823 Rn. B 116; *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 14 Rn. 30 f.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *Lorenz/Riehm* (Fn. 28), Rn. 582 a.E.; *Grigoleit*, ZGS 2002, 75 (79 f.); *Tettinger*, JZ 2006, 644; *Mansel/Stürner*, in: Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), *Anwaltkommentar BGB*, 2005, § 195 Rn. 57 ff.

<sup>32</sup> Vgl. grundlegend BGHZ 67, 359 (Schwimmerschalter); BGHZ 86, 256 (Gaszug); aus jüngerer Zeit etwa BGH NJW 2001, 1346 = JZ 2001, 876 m. Anm. *Lorenz*; NJW 2004, 1032 = JZ 2005, 1161 m. Anm. *Gsell*.

des Käufers mit sich brachten. Die Gewährung eines deliktischen Anspruches bot dem Geschädigten einen (von einfachem Verschulden abhängigen) Schadensersatzanspruch, der erst in drei Jahren ab Kenntnis des Gläubigers von Schaden und Schädiger verjährte (§ 852 BGB a.F.). Infolge der Schuldrechtsreform sind die Einschränkungen des § 463 BGB a.F. durch § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 ff. BGB jedoch aufgehoben und die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. durch die zweijährige Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB ersetzt worden, so dass fraglich ist, ob diese Grundsätze noch anzuwenden sind.<sup>33</sup>

Diese Frage kann hier jedoch offen bleiben, wenn der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB aus anderen Gründen nicht gegeben ist.

## 2. Verschulden

Voraussetzung für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist nämlich zudem, dass der Schädiger – hier also der Hersteller H – die Rechtsgutsverletzung vorsätzlich oder fahrlässig, also schuldhaft herbeigeführt hat. Für die Annahme von (wenigstens) Fahrlässigkeit ist aber erforderlich, dass der Hersteller den Mangel, der kausal für die Rechtsgutsverletzung war, hätte erkennen und verhindern können. Ob dies der Fall ist, lässt sich nach Aussage des Sachverständigen nicht mehr ermitteln. Insoweit liegt aus beweisrechtlicher Sicht ein *non liquet* vor, d.h. die Tatsachenlage ist unaufklärbar.<sup>34</sup> Fraglich ist, zu welchen Lasten diese Unklarheit geht, wer m.a.W. die Beweislast trägt.

Grundsätzlich trägt im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB der Geschädigte die Beweislast für das Verschulden, da es sich beim Verschulden um ein positiv formuliertes Tatbestandsmerkmal handelt (sog. Normentheorie<sup>35</sup>). Indessen kehrt die Rechtsprechung im Rahmen der sog. *deliktischen Produzentenhaftung*, d.h. der Haftung des Produzenten einer mangelhaften Sache aus § 823 Abs. 1 BGB, die Beweislast zugunsten des Geschädigten um, wenn – wie hier – feststeht, dass der fragliche Produktfehler seine Ursache im Bereich des Herstellers hat. Der Geschädigte muss mit anderen Worten nur den Produktfehler, die Rechtsgutsverletzung und die Kausalität zwischen diesen beiden Elementen beweisen; im Übrigen, also insbesondere hinsichtlich des Verschuldens, muss sich der Hersteller entlasten.<sup>36</sup> Wendete man diese Rechtsprechung im vorliegenden Fall an, so würde sich das *non liquet* zu Lasten des Herstellers auswirken, d.h. das Ge-

richt müsste bis zum – hier nach Aussage des Sachverständigen nicht möglichen – Beweis des Gegenteils vom Vorliegen eines Verschuldens ausgehen.

## 3. Schadensumfang

Nach § 823 Abs. 1 BGB wäre dann der gesamte Schaden zu ersetzen, ohne dass eine Selbstbeteiligung von € 500 anzuwenden wäre. K könnte daher jedenfalls den gesamten Betrag von € 1.200 für das Garagenter ersetzt verlangen. Geht man – was oben noch offen gelassen wurde – von der Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze zu den weiterfressenden Mängeln im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB aus, so könnte er darüber hinaus auch Ersatz des Schadens an seinem Auto i.H.v. € 2.500 verlangen.

## 4. Vereinbarkeit mit der Produkthaftungsrichtlinie

Fraglich ist allerdings, ob dieses Ergebnis mit der Produkthaftungsrichtlinie vereinbar ist, ob also die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB im Anwendungsbereich der Richtlinie zu einem anderen Ergebnis führen darf als zu dem, welches die Richtlinie (und das zu ihrer Umsetzung ergangene Prod-HaftG) vorsieht.

### a) Anwendungsbereich der Richtlinie

Wie bereits oben II. 3. b) ausgeführt, ist die Produkthaftungsrichtlinie vollharmonisierend, d.h. die Mitgliedstaaten dürfen innerhalb ihres Anwendungsbereichs nicht von ihrem Inhalt abweichen. Der vorliegende Fall befindet sich im Anwendungsbereich der Richtlinie, weil die Richtlinie für den Sachverhalt des Ausgangsverhaltes eine Rechtsfolge zwingend vorsieht – nämlich einen Anspruch auf Ersatz aller Schäden außerhalb des defekten Produkts selbst unter Abzug einer Selbstbeteiligung von 500 €. <sup>37</sup> Damit ist eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB nur in den Grenzen des durch die Richtlinie Erlaubten zulässig.

### b) Zulässigkeit nach Art. 13 der Richtlinie

Das nach § 823 Abs. 1 BGB erzielte Ergebnis weicht im Hinblick auf die Einbeziehung von Weiterfresserschäden und die fehlende Selbstbeteiligung vom Ergebnis der Richtlinie ab. Fraglich ist, ob diese Abweichung nach der Richtlinie zulässig ist. Nach deren Art. 13 werden „Die Ansprüche, die ein Geschädigter aufgrund der Vorschriften über die vertragliche und außervertragliche Haftung [...] geltend machen kann, [...] nicht berührt.“ Damit ist auf den ersten Blick der Weg für eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB frei.

aa) Indessen würde eine ungehinderte Anwendung allgemeiner nationaler Anspruchsgrundlagen als „Vorschriften über die vertragliche und außervertragliche Haftung“ im

<sup>33</sup> Die Regierungsbegründung hat dies ausdrücklich offen gelassen, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 229; für eine Beibehaltung der Rechtsprechung etwa *Masch/Herwig*, ZGS 2005, 24.

<sup>34</sup> Vgl. zum *non liquet* nur *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 105 ff.

<sup>35</sup> Vgl. grundlegend *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, S. 116, 126 ff.; aus neuerer Zeit etwa *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 292 ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 265 ff., 277; s. eingehend *Riehm* (Fn. 34), S. 136 ff.

<sup>36</sup> Vgl. nur BGHZ 51, 91 (102); BGHZ 104, 323 (332); zusammenfassend *Spindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 7, Stand: 1.6.2007, § 823 Rn. 480, 557 ff.

<sup>37</sup> Vgl. zur Definition des Anwendungsbereichs von Richtlinien allgemein *Riehm*, JZ 2006, 1035 (1037 ff.) m.w.N., speziell zum Anwendungsbereich der Produkthaftungsrichtlinie, ebd., S. 1039, 1043 ff.; insoweit a.A. *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006, S. 76 f. (Verschuldenshaftung liegt außerhalb des Anwendungsbereichs der Produkthaftungsrichtlinie).



Anwendungsbereich der Richtlinie deren Harmonisierungseffekt erheblich kompromittieren: Wenn es das Ziel der (vollharmonisierenden) Richtlinie ist, (auch) im Interesse der Hersteller die Haftungsregime der Mitgliedstaaten nicht nur zu vereinheitlichen, sondern auch nach oben zu begrenzen, dann dürfen die Mitgliedstaaten diesen Effekt nicht dadurch zunichte machen können, dass sie abweichende, die Hersteller stärker belastende Haftungsregeln als allgemeine „Vorschriften über die vertragliche oder außervertragliche Haftung“ deklarieren. Der bloß *formale* Umstand, dass § 823 Abs. 1 BGB zum deutschen allgemeinen Deliktsrecht zählt, kann daher dessen unmodifizierte Anwendung im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht legitimieren.

Zu Recht hat der EuGH in teleologischer Interpretation des Art. 13 der Richtlinie vielmehr *materielle* Kriterien für das Vorliegen allgemeiner „Vorschriften über die vertragliche und außervertragliche Haftung“ aufgestellt. Zulässig sind danach nur solche Haftungsregelungen, „die wie die Haftung für verdeckte Mängel oder für Verschulden auf anderen Grundlagen beruhen.“<sup>38</sup> Diese Definition ist nur aus ihrem Zusammenhang heraus verständlich: Sie wird vom EuGH der durch die Richtlinie eingeführten Regelung gegenüber gestellt, „nach der der Geschädigte gemäß Art. 4 der Richtlinie Schadensersatz verlangen kann, wenn er den Schaden, den Fehler des Produktes und den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Fehler und dem Schaden beweist.“<sup>39</sup> Damit ein Haftungsregime „auf einer anderen Grundlage“ beruht, ist demnach erforderlich, dass der Schadensersatzanspruch des Geschädigten von mehr abhängt als nur vom Beweis des Produktfehlers, des Schadens und der Kausalität. Es müssen mit anderen Worten zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen zum Haftungsmodell der Richtlinie hinzutreten, etwa die Existenz eines Kaufvertrages zwischen den Parteien oder ein „echtes“, d.h. vom Geschädigten zu beweisendes Verschulden. Die vom EuGH beispielhaft zitierten Haftungssysteme für Verschulden und versteckte Mängel zeichnen sich gegenüber der Richtlinie durch derartige zusätzliche, substantiell einschränkende Tatbestandsmerkmale aus. Nur unter diesen Voraussetzungen toleriert die Richtlinie also abweichende mitgliedstaatliche Haftungsgrundlagen in ihrem Anwendungsbereich.<sup>40</sup>

bb) Zu prüfen ist nunmehr, ob nach diesen Kriterien die deliktische Haftung des Herstellers eines fehlerhaften Produktes aus § 823 Abs. 1 BGB „auf einer anderen Grundlage“ beruht. Auf den ersten Blick ist das der Fall, setzt doch die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB Verschulden voraus, und enthält damit ein zusätzliches, einschränkendes Tatbestandsmerkmal.<sup>41</sup> Jedoch ist fraglich, ob dem nicht die oben III. 2.

herausgearbeitete Beweislastverteilung entgegensteht. Denn *de facto* genügt für die Haftung des Produzenten auf Grund des § 823 Abs. 1 BGB der Beweis des Produktfehlers, des Schadens und der haftungsbegründenden Kausalität. Das entspricht im praktischen Ergebnis nahezu genau der vom EuGH vorgenommenen Charakterisierung des Haftungsregimes der Richtlinie anhand deren Art. 4. Ein Unterschied besteht lediglich im Hinblick darauf, dass der Hersteller sich von seiner Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB theoretisch im Falle eines sog. „Ausreißers“ wegen fehlenden Verschuldens entlasten kann. Jedoch hat es der BGH – soweit ersichtlich – bisher stets verstanden, selbst in „eigentlichen“ Ausreißerfällen den Entlastungsbeweis durch die Konstruktion immer neuer Sorgfalts- und Dokumentationspflichten, bis hin zu einer „Befundsicherungspflicht“, zu verhindern.<sup>42</sup> Für das praktische Ergebnis ist dieser Unterschied zur Richtlinie daher vernachlässigbar. Nur auf dieses praktische Ergebnis kommt es jedoch aus Sicht des Gemeinschaftsrechts an, welches gerade indifferent gegenüber mitgliedstaatlichen dogmatischen Einordnungen und juristischen Konstruktionen ist.<sup>43</sup> Daher führt die Anwendung der richterrechtlichen Beweiserleichterungen im Rahmen der deliktischen Produzentenhaftung dazu, dass diese auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte Haftung trotz der formalen Geltung des Verschuldensprinzips nicht mehr „auf einer anderen Grundlage“ beruht, sondern auf der gleichen Grundlage wie die Haftung nach der Richtlinie.

cc) Hieraus ergeben sich für die deutschen Gerichte zwei Möglichkeiten zur gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsanwendung: Entweder wird der Inhalt der Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB an die Haftungsbegrenzungen der Richtlinie angepasst, indem der Ersatz von Weiterfresserschäden ausgeschlossen und die Selbstbeteiligung von € 500 angewendet wird. Alternativ muss die Rechtsprechung auf die Anwendung der richterrechtlichen Beweiserleichterungen verzichten und das Verschuldenserfordernis des § 823 Abs. 1 BGB damit wieder in eine echte einschränkende Haftungsvoraussetzung zurückverwandeln. Vorzugswürdig ist die zuletzt genannte Lösung, denn nur sie kann durch richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts erreicht werden: Die Anwendung eines echten, vom Geschädigten zu beweisenden Verschuldenskriteriums ist selbstverständlich vom Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB gedeckt; insoweit wird nur auf eine richterliche Rechtsfortbildung verzichtet. Demgegenüber bietet § 823 Abs. 1 BGB keinen Interpretationsansatz für die Einführung einer Selbstbeteiligung oder auch nur einer Ersetzungsschwelle von € 500. Vielmehr wäre die Einführung einer derartigen Selbstbeteiligung auf der Ebene des nationalen Rechts – also ohne Rücksicht auf die Richtlinie – eine klare Rechtsfortbildung *contra legem*. Die Richtlinie kann indes den bestehenden nationalen Auslegungsspielraum nach h.M. nicht erweitern, sondern nur *innerhalb* dieses Spielraums den Ausschlag zugunsten einer Auslegungsvariante geben.<sup>44</sup> Zu

<sup>38</sup> EuGH, 25.4.2002, Rs. C-52/00, Slg. 2002, I-3827, Rn. 22 (Kommission/Frankreich).

<sup>39</sup> EuGH, 25.4.2002, Rs. C-52/00, Slg. 2002, I-3827, Rn. 22 (Kommission/Frankreich).

<sup>40</sup> Vgl. dazu näher *Riehm*, JZ 2006, 1035 (1044 f.).

<sup>41</sup> Daraus leitet die h.M. die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der deliktischen Produzentenhaftung her, vgl. nur *Spindler* (Fn. 36), § 823 Rn. 482; *Wagner* (Fn. 8), § 823 Rn. 551 und § 15 ProdHaftG Rn. 2, jeweils m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. etwa BGHZ 104, 323 (333 ff.).

<sup>43</sup> Vgl. *Riehm*, JZ 2006, 1035 (1037).

<sup>44</sup> Vgl. nur *Langenbucher* (Fn. 7), § 1 Rn. 98 ff. m.w.N.; anderer Ansatz mit guten Gründen bei *Herresthal*, Rechts-

einer „Auslegung“ *contra legem* verpflichtet sie unter keinen Umständen.<sup>45</sup>

c) *Zwischenergebnis*

Damit bleibt als richtlinienkonforme Auslegung des § 823 Abs. 1 BGB nur noch die Beibehaltung der ursprünglich in dieser Norm angelegten Beweislast, d.h. der Verzicht auf die richterrechtlichen Beweislastgrundsätze der deliktischen Produzentenhaftung. Damit aber bleibt die Beweislast für das Verschulden beim Geschädigten K, der hier beweisfällig geblieben ist.

5. *Ergebnis*

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist daher mangels Verschuldens abzulehnen; auf die Weiterfresserproblematik kommt es nicht mehr an.

**IV. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 GPSG**

Denkbar ist schließlich noch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes (GPSG). Nach der letztgenannten Vorschrift darf ein Produkt nur in den Verkehr gebracht werden, „wenn es so beschaffen ist, dass bei bestimmungsgemäßer Verwendung oder vorhersehbarer Fehlanwendung Sicherheit und Gesundheit von Verwendern oder Dritten nicht gefährdet werden.“ Gegen diese Pflicht hat der Hersteller H verstoßen, als er das Auto mit der defekten Handbremse in Verkehr gebracht hat. Bei § 4 Abs. 2 S. 1 GPSG handelt es sich nach ganz h.M. auch um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.<sup>46</sup>

Jedoch ist der Schutzzweck dieser Generalklausel in ihrem Wortlaut ausdrücklich auf den Schutz der „Sicherheit und Gesundheit von Verwendern oder Dritten“ beschränkt, so dass sie auch nur in diesem Maße Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ist.<sup>47</sup> Die hier eingetretenen Sachschäden liegen damit außerhalb des Schutzzweckes des § 4 Abs. 2 S. 1 GPSG.

Auch aus der Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG<sup>48</sup>, auf die § 4 Abs. 2 S. 1 GPSG zurückgeht, ergibt sich nichts anderes, denn auch diese ist nach ihren Erwägungsgründen Nr. 4 ff. und Art. 2 lit. b) auf den Schutz der Sicherheit und Gesundheit begrenzt.

---

fortbildung im europäischen Bezugsrahmen, 2006, S. 123 ff.; s. zum Ganzen auch *Schürnbrand*, JZ 2007, 910.

<sup>45</sup> Vgl. EuGH, 4.7.2006, Rs. C-212/04, Slg. 2006, I-6057 Rn. 110 (Adeneler) = EuZW 2006, 730 .

<sup>46</sup> Vgl. nur *Riehm*, in: Langenbucher (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 40 m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. *Wagner* (Fn. 8), § 823 Rn. 619 f. (zum insoweit identischen alten ProdSG).

<sup>48</sup> Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG Nr. L 11 vom 15.1.2002, S. 4.

**V. Gesamtergebnis**

K kann damit von H lediglich aus § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG Ersatz des Schadens am Garagentor unter Abzug eines Selbstbehalts von € 500, mithin € 1.200 verlangen.

# Übungsfall: Laserkampf

Von Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), Greifswald\*

*Die nachfolgende Klausurlösung in einem Fall auf Examensniveau nimmt für sich in Anspruch, konsequent und Wort für Wort realistisch zu sein. Das heißt, sie ist exakt so geschrieben, wie es von einem hervorragenden Kandidaten im Staatsexamen erwartet wird. Anders als sonst oft üblich, wurden zu diesem Zweck alle lehrbuchhaften oder didaktischen Ausführungen – gerade auch bei Streitständen oder an sonst schwierigen Stellen – ebenso vermieden wie eine sprachliche Glättung in Richtung auf einen wissenschaftlichen Aufsatz. Damit soll fortgeschrittenen Studenten bei einer Reihe von Problemen geholfen werden, die typischerweise in der Examensvorbereitung auftreten, wie etwa:*

- *die gekürzte Darstellung von Problemen im Hinblick auf die richtige Schwerpunktsetzung;*
- *die Abwägung wann – und vor allem wie – vom klassischen Gutachtenstil abgewichen werden kann, der an vielen Stellen zu Überlängen und damit fehlerhafter Gewichtung führen würde;*
- *die gedrängte, aber möglichst inhaltsreiche Ausführung eines Streitstandes mit Hilfe bekannter Stichworte und Argumentationsmuster;*
- *das tatsächlich vom Prüfer erwartete Maß an dogmatischer Vertiefung.*

*Probleme dieser Art werden den Kandidaten meist erst bewußt, wenn sie die Grundlagen des Gutachtenstils schon hinreichend beherrschen. Ihre Lösung läßt sich dann aber klassischen Lehrbüchern oder didaktisch aufbereiteten Falllösungen kaum oder nur in sehr abstrakter Form entnehmen. Ergänzend wurde die Lösung mit typographisch abgesetzten Einschüben versehen, die vor allem Aufbauprobleme erläutern. Zusätzlich finden sich kurze Fußnoten zur Nacharbeitung zentraler Problempunkte.*

## Sachverhalt

Der rührige Geschäftsmann O ersteht in Greifswald eine alte Lagerhalle mit 400 m<sup>2</sup> Fläche, die von außen nicht eingesehen werden kann.

In dieser Halle möchte O das „Quasar“-Spiel anbieten. Die Spieler werden dabei jeweils mit einem Sende- und einem Empfangsgerät ausgestattet. Mit dem Sendegerät, das wie eine Maschinenpistole aussieht, wird auf die Mitspieler gezielt. Diese tragen eine Weste, die mit Empfangsgeräten im Brust und Rückenbereich ausgestattet ist. Dadurch wird es möglich festzustellen, ob ein Mitspieler getroffen wurde. Jeder Spieler startet mit einem Punktekonto von 30 Punkten. Für jeden Treffer erhält der Schütze einen Punkt, wird er selbst getroffen, erhält er einen Punkt Abzug. Ziel des Spieles

ist es, möglichst viele Punkte zu bekommen. Die Spieler, deren Punktekonto weniger als 10 Punkte aufweist, scheidern aus dem Spiel aus, es sei denn, sie laden ihr Sendegerät an einer dafür vorgesehenen Ladestation auf. Das Spiel wird von den Spielern als deutlich spannender empfunden als Spiele vor dem Bildschirm und ist ein großer Renner.

Im Inneren der Halle läßt O durch die Greifswalder Firma Pommern-Bau mit Hilfe von Stahlträgern, Mauern und Stellwänden ein futuristisches Labyrinth errichten, das als Austragungsort für das Spiel dient. Anfang März ist es so weit: O öffnet die Halle unter dem Namen Laser-Hall. Der Zutritt wird auf Personen über 18 Jahren beschränkt.

Durch Beschwerden von drei Greifswalder Bürgern erfährt die Verwaltung in Gestalt des Oberbürgermeisters der Stadt Greifswald erstmals am 16. März 2007, was in der Halle vor sich geht. Der Oberbürgermeister erläßt nach ordnungsgemäßer Anhörung gegenüber O einen Bescheid mit im Kern folgendem Wortlaut:

„Ihnen wird untersagt, in Ihrer Betriebsstätte Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die durch ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen ein Töten von Menschen simulieren.“

Zur Begründung führt die Behörde aus, daß es nicht angehe, in Greifswald Krieg zu simulieren. Dadurch würden Gewalt und Tötungen verharmlost, was den Wertvorstellungen der Bevölkerung und der grundgesetzlich verankerten Menschenwürde grob zuwiderlaufe und eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle. Dem allgemeinen Sittenverfall könne nicht zugehört werden und dringendes Handeln sei erforderlich.

O fühlt sich vor den Kopf gestoßen. Ärgerlich sei der inflationäre Rekurs auf das Konzept der Menschenwürde. Aus zahlreichen Besuchen der Szenekneipe „École de Francfort“ während seiner Studienzeit weiß O, daß hierauf einige tausend Jahre Philosophiegeschichte lasten. Eine Anwendung auf den Einzelfall sei daher zwangsläufig von den subjektiven Vorstellungen des Anwenders abhängig. Außerdem habe sich das deutsche Parlament inzwischen gegen ein Verbot solcher Spiele ausgesprochen. Denn die SPD-Fraktion habe im Jahr 1995 einen Gesetzesentwurf zum Verbot solcher Spiele eingebracht, dieser sei aber nach einer ablehnenden Beschlußempfehlung im Wirtschaftsausschuß nicht weiter verfolgt worden (Anmerkung: von der Richtigkeit dieser Tatsachen ist bei der Lösung auszugehen). Deshalb könne man nicht davon ausgehen, daß das deutsche Parlament der Ansicht sei, die Spiele müßten unterbunden werden.

Mit dieser Begründung legt O am 11. April 2007 Widerspruch ein. Dieser wird vom Oberbürgermeister der Stadt Greifswald am 18. Juli 2007 mit folgendem Wortlaut abschlägig beschieden: „Auch unter vollster Berücksichtigung der von Ihnen vorgebrachten Argumente kommen wir zu keinem anderen Ergebnis. Im übrigen verweisen wir auf die Begründung im Ausgangsbescheid. Gegen diese Entscheidung kann bei dem Verwaltungsgericht Greifswald [...] Klage

---

\* Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York), Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Nordosteuropa) - Mercator-Stiftungslehrstuhl, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald; der Verfasser dankt seiner früheren Mitarbeiterin, Dr. *Bärbel Sachs*, und seinem Mitarbeiter *Martin Dietz* für die wertvollen Vorarbeiten.

erhoben werden. [...]“ Dieser Bescheid wurde dem O am 20. Juli 2007 zugestellt.

O ist erbost. Er will geklärt haben, ob ein solches Verhalten zulässig ist oder nicht. Deshalb bittet er seine Anwältin, die Erfolgsaussichten einer entsprechenden Klage zu prüfen.

Bearbeitervermerk: Baurechtliche und europarechtliche Vorschriften sind nicht zu prüfen.

## Lösung

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisungen richtet sich der Rechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. dieser Norm liegt vor, da die streitentscheidenden Normen – hier solche des SOG M-V – allein den Staat als solchen berechtigen oder verpflichten und damit nach der Sonderrechtstheorie öffentlich-rechtlicher Natur sind. Der Streit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da hier keine Verfassungsorgane über ihre verfassungsmäßigen Rechte oder Pflichten streiten. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO. Hier wendet sich der O gegen die Untersagungsverfügung, die als hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung einen Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG M-V darstellt. Statthafte Klageart ist daher die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO.

#### III. Klagebefugnis

Als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist O auch klagebefugt i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO.

#### IV. Vorverfahren

O hat form- und fristgemäß Widerspruch eingelegt und damit das Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO eingehalten.

#### V. Form und Frist

O muß gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO die Klage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides am 20. Juli 2007 erheben.

#### VI. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 Abs. 2 AGGerStrG M-V der Oberbürgermeister der Stadt Greifswald.

#### VII. Beteiligten- und Prozeßfähigkeit

O ist als natürliche Person gem. §§ 61 Nr. 1, 1. Alt., 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozeßfähig, der Oberbürgermeister der Stadt Greifswald gem. §§ 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. 14 Abs. 1 AGGerStrG M-V, 62 Abs. 3 VwGO, vertreten durch den Behördenleiter.

Die Klage ist somit zulässig.

### B. Begründetheit

Gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ist die Klage begründet, wenn der VA rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt. Die Untersagungsverfügung müßte also zunächst rechtswidrig gewesen sein.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

1. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO

Als Ermächtigungsgrundlage kommt zunächst § 15 Abs. 2 S. 1 GewO in Betracht.

##### a) Gewerbe

Dann müßte das Betreiben des Quasar-Spiels ein Gewerbe darstellen. Gewerbe ist jede selbständige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit mit Ausnahme von Urproduktion, freien Berufen und der bloßen Verwaltung eigenen Vermögens.

##### aa) Selbstständige Tätigkeit

Beim Betreiben des Quasar-Spiels war O selbständig tätig, da er nicht in persönlicher Abhängigkeit oder Weisungsgebundenheit von einer anderen Person handelte.

##### bb) Erlaubte Tätigkeit

Die Tätigkeit müßte aber auch erlaubt gewesen sein. Erlaubt ist eine Tätigkeit, die mit der Rechtsordnung in Einklang steht, d.h. nicht generell verboten ist. Generell verboten ist eine Tätigkeit jedenfalls dann, wenn sie die Voraussetzungen eines Straf- oder anderen Verbotsgesetzes erfüllt.<sup>1</sup> Ein Gesetz, das das Laserspiel verbietet, ist hier nicht ersichtlich. Das Spiel könnte aber als nicht erlaubt gelten, wenn es sozial unwertig wäre, also den allgemein anerkannten sittlichen und moralischen Wertvorstellungen zuwiderliefe. Darauf kommt es aber nur an, wenn sozial unwertige Tätigkeiten überhaupt mangels Erlaubtheit aus dem Gewerbebegriff herausfallen.

*Hinweis:* In diesem Prüfungsaufbau liegt ein Abweichen von den Gepflogenheiten des Gutachtenstils insofern, als üblicherweise zunächst eine Subsumtion unter die verschiedenen Ansichten verlangt wird, um dann festzustellen, ob diese zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Nur bei unterschiedlichen Ergebnissen ist es zulässig, der einen oder anderen Meinung mit entsprechender Begründung den Vorzug zu gewähren. Dieses übliche Vorgehen würde hier allerdings dazu führen, daß bereits an dieser Stelle das Problem des Art. 1 Abs. 1 GG ausführlich anzusprechen wäre. Die Arbeit würde damit „kopflastig“. Das Argument der Kopflastigkeit eines Prüfungsaufbaus ist letztlich zwar mehr ästhetischer als sachlicher Natur, wird hier jedoch dadurch zusätzlich gestützt, daß die einschlägigen Probleme jedenfalls noch an anderer Stelle zu behandeln sind. Auch würde eine Erör-

<sup>1</sup> Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 190.

terung der Menschenwürde an dieser Stelle gegebenenfalls dazu führen, daß der gewerberechtliche Grundlagenstreit über den Begriff des Erlaubtseins nicht ausgeführt werden könnte. Entscheidend ist aber letztlich, daß der übliche und in so gut wie allen Fällen zwingende Aufbau von Meinungsstreitigkeiten vor allem einem praktischen Zweck dient. Er soll nämlich verhindern, daß der Jurist sich ausführlich mit einem abstrakten Meinungsstreit beschäftigt, auf den es ausweislich einer kurzen Subsumtion letztlich gar nicht ankommt. Es geht also darum, überflüssige Arbeit zu ersparen. Der vorliegende Fall ist jedoch insofern gänzlich ungewöhnlich gelagert, als die Subsumtion – d.h. die ausführliche Diskussion des Menschenwürdearguments – letztlich sehr viel aufwendiger wäre als eine schlichte Entscheidung des Streits gerade auch im Hinblick auf das Ergebnis der herrschenden Meinung. Der Sinn der üblichen Gutachtenregel spricht also hier ganz ausnahmsweise dafür, sie nicht anzuwenden.

Dafür spricht,<sup>2</sup> daß eine solche Auffassung der Funktion des Merkmals „Erlaubtheit“ entspricht, das gerade bestimmte Verhaltensweisen aus dem Gewerberecht verbannen soll. Zudem ermöglicht das Merkmal der sozialen Unwertigkeit eine klare Abgrenzung zwischen Gewerberecht und allgemeinem Polizeirecht. Denn das allgemeine Polizeirecht wird immer dann anwendbar, wenn die Voraussetzungen des Gewerbebegriffs nicht erfüllt sind. Für eine weite Definition des „Erlaubtseins“ spricht weiterhin, daß auf diese Weise auch Tätigkeiten erfaßt werden können, die insbesondere gegen geltendes Verfassungsrecht verstoßen. Schließlich kann nicht erwartet werden, daß der Gesetzgeber vollständig das Erlaubtsein aller denkbaren, insbesondere auch ganz neuen Tätigkeiten abschließend regelt.

Gegen einen Ausschluß sozialschädlicher Tätigkeiten aus dem Gewerbebegriff spricht hingegen,<sup>3</sup> daß hier auf einen schwer zu bestimmenden moralischen Maßstab abgestellt wird. So ist etwa schon unklar, auf die Meinung welcher etwa geographischen oder soziologischen Bevölkerungsschichten für die Beurteilung abzustellen sein soll. Die Bestimmung der rechtlich verbindlichen Maßstäbe für das Handeln der Bürger ist aber in der Demokratie allein Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und kann nicht einer gesetzlich kaum gelenkten Entscheidung der Rechtsprechung überlassen werden. Auch die Systematik der GewO spricht gegen den Ausschluß sozialschädlicher Tätigkeiten, da zumindest § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO einen Fall der Sittenwidrigkeit im Anwendungsbereich der Gewerbefreiheit kennt. Schließlich entspricht ein Zurückweisen des vagen Maßstabs der Sozialschädlichkeit der weithin anerkannten Rechtslage beim Be-

rufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG,<sup>4</sup> dessen teilweiser Ausfüllung der Gewerbebegriff schließlich dient.

Auf eine eventuelle soziale Unwertigkeit der Tätigkeit kommt es daher hier nicht an. Eine erlaubte Tätigkeit liegt vor.

#### cc) Weitere Voraussetzungen

O betreibt das Quasar-Spiel auch in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen. Das Betreiben des Spiels ist weder ein Fall der Urproduktion noch Ausübung eines freien Berufs, noch bloße Nutzung oder Verwaltung eigenen Vermögens.

Das Betreiben des Spiels stellt damit ein Gewerbe dar.

#### b) Genehmigungsbedürftigkeit

Das Gewerbe müßte auch genehmigungsbedürftig sein.

##### aa) §§ 33c, 33d GewO

Die Genehmigungsbedürftigkeit könnte sich aus §§ 33c, 33d GewO ergeben. Dann müßte es sich um Spielgeräte oder andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit handeln. Unter Gewinn sind Geld oder Sachpreise zu verstehen, wobei der erzielbare Gewinn im Wert über dem jeweiligen Einsatz liegen muß. Hier ermöglichen die Treffer den Teilnehmern des Quasar-Spiels nur weiterzuspielen, selbst wenn sie einmal getroffen wurden. Ein Geld- oder Sachpreis liegt damit nicht vor.

##### bb) § 33i GewO

Das Quasar-Spiel stellt ein Unterhaltungsspiel ohne Gewinnmöglichkeit i.S.v. § 33i GewO dar und könnte deshalb genehmigungsbedürftig sein. Die Norm verlangt jedoch zusätzlich eine Aufstellung des Spiels. Aufgestellt werden können aber vom Wortsinn her nur stationäre Geräte, zu denen die Laserpistolen nicht zählen. Die gesamte Halle ist zwar stationär, aber als Gebäude vom Wortsinn her kein „Gerät“. Die Voraussetzungen des § 33i GewO sind nicht erfüllt.

Mangels Genehmigungsbedürftigkeit des Spiels ist § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO keine geeignete Ermächtigungsgrundlage.

##### 2. § 35 GewO

§ 35 GewO kommt als Ermächtigungsgrundlage für die Untersagungsverfügung schon deshalb nicht in Betracht, weil die Untersagung hier nicht deshalb erging, weil der O unzuverlässig gewesen wäre, also keine Gewähr dafür geboten hätte, daß er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben würde.

##### 3. §§ 13, 16 SOG M-V

Als Ermächtigungsgrundlage kommt weiterhin die polizeirechtliche Generalklausel in Betracht.

<sup>2</sup> Für die einschlägigen Argumente vgl. u.a. *Kahl*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *Gewerbeordnung, Kommentar*, Einleitung Rn. 38; *Ruthig/Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2005, § 3 Rn. 148 f.

<sup>3</sup> Für die einschlägigen Argumente vgl. *Schliesky* (Fn. 1), S. 190.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu auch *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 23. Aufl. 2007, § 21 Rn. 810.

## a) Sperrwirkung der Gewerbeordnung?

Die Anwendung des Polizeirechts könnte jedoch deshalb gesperrt sein, weil hier ein Gewerbe vorliegt und deshalb grundsätzlich der Anwendungsbereich der Gewerbeordnung eröffnet ist. Allerdings wird nicht der Betrieb des Quasar-Spiels gänzlich untersagt, sondern nur bestimmte Spielabläufe. Solange aber nicht die Ausübung eines Gewerbes als solches in Frage steht, sondern lediglich Art und Weise der Gewerbeausübung beschränkt werden sollen, kann ohne Verstoß gegen § 1 GewO auf der Grundlage des Polizei- und Ordnungsrechts gegen einzelne Erscheinungsformen der Gewerbeausübung vorgegangen werden.<sup>5</sup>

*Hinweis:* Denkbar, aber in einer Klausur keinesfalls zu erwarten, wäre zusätzlich ein Eingehen auf eine mögliche Sperrwirkung des § 131 StGB oder der §§ 6 ff. JuSchG, die jedoch jeweils abzulehnen wäre.

## b) Spezialgesetz statt Generalklausel erforderlich?

*Hinweis:* Der folgende Streit wird in der allgemeinen Literatur zum Polizei- und Ordnungsrecht – zu recht – so gut wie nicht behandelt. Er wird jedoch im Zusammenhang gerade mit Fällen der vorliegenden Art immer wieder einmal angesprochen.

Im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG könnte allerdings bezweifelt werden, ob eine bloße Generalklausel wie §§ 13, 16 SOG M-V eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt<sup>6</sup>. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber durch den Gesetzesvorbehalt aufgerufen ist, sich Gedanken über die konkrete Lebenssituation zu machen und diese in konkret auf bestimmte Fälle zugeschnittenen Fachgesetzen niederzulegen. Das könnte insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – ein mit Wertungen und möglicherweise unterschiedlichen Weltanschauungen aufgeladener Konflikt zu lösen ist. Generalklauseln wären dadurch zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, dürften aber nur in Fällen verwendet werden, in denen auf Grund fehlender Typizität oder Erfahrung dem Gesetzgeber eine Regelung noch nicht zuzumuten wäre. Gerade Fälle wie das Laserspiel sind aber – so könnte argumentiert werden – in den letzten Jahren gehäuft und typisch aufgetreten, so daß der Gesetzgeber ohne weiteres die Gelegenheit hatte, hier mit einem Spezialgesetz – insbesondere in der Gewerbeordnung – einzugreifen.

Dem ist schon im Grundsatz entgegenzuhalten, daß das notwendige flexible Eingreifen der Verwaltung im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der möglichen Sachverhaltskonstellationen nur durch einen Rückgriff auf die polizeirechtliche Generalklausel gewährleistet werden kann. Selbst wenn man sich auf die Gegenmeinung einließe, wäre zudem deren faktische Einschätzung keinesfalls gesichert: Laserspiele müssen nicht zwingend als schon besonders verbreitet angesehen werden. Die bestehende Unsicherheit bei der Bewertung

dieser tatsächlichen Frage zeigt zudem, daß das von der Gegenmeinung aufgestellte Abgrenzungskriterium in der Praxis ungeeignet ist. Auch greift die Gegenansicht intensiv in den Entscheidungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein. Sie will dem Gesetzgeber nicht zugestehen, die Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Regelung eigenständig und unkontrolliert zu bewerten, sich gegebenenfalls noch einen längeren Beobachtungsspielraum zuzugestehen oder das Landesrecht in Form der polizeirechtlichen Generalklausel für ausreichend zu halten. Das gilt um so mehr, als der Gesetzgeber über die Spezialnorm des § 33i GewO bereits eine ganze Reihe von ähnlich gelagerten Fällen spezialgesetzlich erfaßt hat.

Die polizeirechtliche Generalklausel ist damit als hinreichende Ermächtigungsgrundlage anzusehen; eine besondere gesetzliche Regelung ist darüber hinaus nicht erforderlich.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

## 1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist gem. § 4 Abs. 2 SOG M-V die örtliche Ordnungsbehörde, also gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 SOG M-V für die kreisfreie Stadt Greifswald der Oberbürgermeister. Örtlich zuständig ist nach § 5 Abs. 1 SOG M-V die Ordnungsbehörde, in deren Bezirk die zu schützenden Interessen verletzt oder gefährdet werden, hier also der Oberbürgermeister der Stadt Greifswald.

## 2. Verfahren und Form

Verfahrensbedenken bestehen nicht; insbesondere wurde eine Anhörung nach § 28 VwVfG M-V laut Sachverhalt ordnungsgemäß durchgeführt. Ebenso liegt eine hinreichende Begründung i.S.v. § 39 VwVfG M-V vor.

Die Untersagungsverfügung ist mithin formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

## 1. §§ 13, 16 SOG M-V

## a) Öffentliche Sicherheit

Nach §§ 13, 16 SOG M-V müßte zunächst die öffentliche Sicherheit betroffen sein. Die öffentliche Sicherheit<sup>7</sup> umfaßt die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates.

## aa) § 118 OWiG

In Betracht kommt hier zunächst ein Verstoß gegen § 118 OWiG als Bestandteil der von der öffentlichen Sicherheit erfaßten objektiven Rechtsordnung. Dann müßte eine grob ungehörige Handlung vorliegen, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Eine Handlung ist nur dann für die Allgemeinheit belästigend, wenn sie geeignet ist, das physische oder psychische Empfinden der Bevölkerung nicht

<sup>5</sup> Ruthig/Storr (Fn. 2), § 3 Rn. 218.

<sup>6</sup> Vgl. insbesondere BVerwGE 115, 189; Degenhardt, Klausurenkurs im Staatsrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 601 f.

<sup>7</sup> Vgl. zum Begriff der öffentlichen Sicherheit Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006, S. 133 ff. m.w.N.

nur unerheblich zu beeinträchtigen. Diese Eignung setzt aber voraus, daß die Handlung von der Allgemeinheit unmittelbar wahrgenommen werden kann.<sup>8</sup> Vorliegend ist die für das Spiel vorgesehene Halle zwar für Personen ab 18 Jahren frei zugänglich, doch ist die Halle von außen nicht einsehbar und kann insofern von der Allgemeinheit nicht unmittelbar wahrgenommen werden. Das Spiel ist daher nicht i.S.v. § 118 Abs. 1 OWiG geeignet, die Allgemeinheit zu belästigen.

*Hinweis:* Hier wurde nicht in der von § 118 OWiG vorgegebenen Reihenfolge der Voraussetzungen vorgegangen, sondern eine klar nicht erfüllte Voraussetzung herausgesucht und sogleich verneint. Dies ist klausurtechnisch nur ausnahmsweise zulässig, da grundsätzlich alle Merkmale einer Norm in ihrer Reihenfolge abgearbeitet werden sollen. Anderenfalls wäre ein planbarer Klausurinhalte kaum möglich. Andererseits kann ein gegenteiliges Vorgehen aber auch geradezu zwingend sein, insbesondere wenn es sich erkennbar nur um Randaspekte der Klausur handelt oder wenn die Nichtanwendbarkeit einer Norm dieser geradezu auf die Stirn geschrieben steht. So liegt es hier. Darüber hinaus kann ein Kandidat mangels klarer Hinweise im Sachverhalt nicht davon ausgehen, daß ein Schwerpunkt einer öffentlich-rechtlichen Klausur im Ordnungswidrigkeitenrecht liegt. Das gilt umso mehr, als das – theoretisch auch hier einbringbare – Kernproblem des Menschenwürdeverstößes auch im Anschluß noch an klar geeigneterer Stelle unterzubringen ist.

*bb) Art. 1 Abs. 1 GG*

Die öffentliche Sicherheit könnte aber auch betroffen sein, wenn das Laserspiel einen Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde darstellte.

*(1) Menschenwürde als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit*

Ob die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG überhaupt als ein Fall der öffentlichen Sicherheit einzuordnen ist, könnte insofern zweifelhaft sein, als nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht die Menschenwürdegarantie selbst kein Grundrecht darstellen soll<sup>9</sup> sondern ein objektives Ordnungsprinzip. Dafür spricht der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG, der von den „nachfolgenden Grundrechte[n]“ spricht, während Art. 1 Abs. 1 GG gerade nicht nachfolgt sondern voransteht. Wenn mit dieser Meinung der Menschenwürde der subjektiv-rechtliche Charakter fehlt, dann läge in ihr auch kein „subjektives Recht“ oder „Rechtsgut des Einzelnen“ i.S. der Definition der öffentlichen Sicherheit. Würde die Menschenwürde somit gleichsam in den Bereich des Staatsorganisationsrechts verschoben, so ließe sich zusätzlich argumentieren, daß sie auch nicht unter das Merkmal der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung i.S. der Definition der öffentlichen Sicherheit zu subsumieren wäre. Denn für diese Unverletz-

lichkeit könnten – so ließe sich behaupten – nur solche Normen in Betracht kommen, die durch menschliches Verhalten i.S. der Handlungen eines Bürgers verletzt werden können. Das aber wäre bei Normen des Staatsorganisationsrechts zu bezweifeln.<sup>10</sup>

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Menschenwürde ohne weiteres als Grundrecht angesehen werden kann, wie schon ihre Einordnung in dem ersten Abschnitt des Grundgesetzes unter der Überschrift „Die Grundrechte“ zeigt. Zudem gelingt auch anderenfalls eine Versubjektivierung der Menschenwürde ohne weiteres im Wege über die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Davon unabhängig ist Schutzgut der öffentlichen Sicherheit gerade nicht nur die Unverletzlichkeit einer subjektiv-rechtlich interpretierten Rechtsordnung, sondern nach üblicher Formulierung eben gerade das gesamte geschriebene Recht, d.h. die objektive Rechtsordnung, zu der Art. 1 Abs. 1 GG aber jedenfalls gehört.

Ein Verstoß gegen die Menschenwürde wäre daher als Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit i.S. der polizeirechtlichen Generalklausel anzusehen.

*Hinweis:* Daß die Einordnung der Menschenwürde als Teil der objektiven Rechtsordnung und damit als Unterfall der öffentlichen Sicherheit überhaupt problematisiert werden kann, ist letztlich nur vor dem Hintergrund einer Eigentümlichkeit in der Rechtsprechung zu verstehen: Sowohl das BVerwG als auch das OVG NRW<sup>11</sup> erwähnen in ihren einschlägigen Entscheidungen die öffentliche Sicherheit mit keinem Wort. Sie führen die gesamte Diskussion unter dem Stichwort der öffentlichen Ordnung. Die Literatur hat hier gelegentlich versucht, diese Einordnung des Problems nachträglich zu rationalisieren und einen Grund zu finden, warum die öffentliche Sicherheit möglicherweise schon *rechtlich* nicht einschlägig sein könnte. Solche oder andere Begründungen finden sich in den betreffenden Gerichtsentscheidungen hingegen gerade nicht. Die Literatur versucht, der Rechtsprechung komplexe Gedankengänge zu unterstellen, die sie weder erkennbar angestellt hat noch anstellen mußte. Denn die Gerichte sind nicht an ein klassisches Prüfungsschema gebunden. Auch liegt es aus praktischer Sicht durchaus nahe, das zentrale Problem der Menschenwürde als solches zu erörtern, ohne sich über seine genaue Einordnung im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel – die ja jedenfalls einschlägig ist – genauere Gedanken zu machen.

*(2) Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 1 GG bei privatem statt staatlichem Handeln*

Als Verstoß gegen die Menschenwürde kommt hier allein ein Verhalten der Spieler (simuliertes Töten) in Betracht, nicht hingegen ein staatliches Handeln. Damit stellt sich die Frage,

<sup>8</sup> Vgl. VG München GewArch 1994, 332 (333).

<sup>9</sup> Dazu Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 1 Abs. 1 Rn. 124 ff.

<sup>10</sup> Zu dieser – ungewöhnlichen und eher konstruiert wirkenden – Meinung vgl. Aubel, Die Verwaltung 37 (2004), 229 (236 f.); Kramer, NVwZ 2004, 1083 (1084).

<sup>11</sup> Vgl. BVerwGE 115, 189; OVGNRW DÖV 2001, 217.

ob die Menschenwürde nicht nur den Staat sondern auch den Bürger im Verhältnis zu einem anderen Bürger unmittelbar bindet.

Für eine solche unmittelbare Drittwirkung spräche<sup>12</sup>, daß anderenfalls die Menschenwürde nur unvollkommen geschützt würde, da ihr gerade auch von nichtstaatlicher Seite Gefahr drohen kann. Es könnte auch argumentiert werden, daß aus der im Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Pflicht des Staates, die Menschenwürde zu schützen, auch die Pflicht folge, die Menschenwürde gegen Angriffe von Privaten zu schützen und Private somit gebunden seien. Jedoch wäre ein solcher, direkter Schluß von der Schutzpflicht auf die unmittelbare Wirkung dogmatisch zwar nicht völlig ausgeschlossen, würde jedoch zwei völlig verschiedene Rechtsinstitute in unklarer Weise miteinander vermischen. Zu unterscheiden ist nämlich zwischen einerseits der grundrechtlichen Schutzpflicht<sup>13</sup>, d.h. der Verpflichtung des Staates, den Einzelnen vor Eingriffen durch Dritte zu bewahren, und andererseits der unmittelbaren Drittwirkung, d.h. der direkten Geltung und Grundrechtsbindung zwischen zwei Privatpersonen. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG sieht schon vom Wortlaut her eine Schutzpflicht des Staates für die Menschenwürde vor, doch ist daraus kein Schluß auf das Vorliegen einer unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde möglich. Das ist auch nicht zwingend notwendig, da es Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Schutz der Menschenwürde einfachgesetzlich sicherzustellen. Vor allem aber reicht es in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation vollkommen aus, von einer Schutzpflicht auszugehen, da es hier nur um die Frage geht, ob der Staat mittels Untersagungsverfügung gegen einen Menschenwürdeverstoß seitens der Spieler oder Spielbetreiber vorgehen darf. Der dogmatischen Figur einer unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde bedarf es dafür nicht.

*Hinweis:* Die übliche Trennung der zwei dogmatischen Figuren von Schutzpflicht und unmittelbarer Drittwirkung kann durchaus etwa in einer Seminararbeit hinterfragt werden. In einer Examensklausur ist dies aber keinesfalls zu erwarten.

### (3) Eingriff in den Schutzbereich

Die Spieler könnten durch das simulierte Töten im Rahmen des Spiels in den Schutzbereich der Menschenwürde eingreifen und diese daher – mangels Rechtfertigungsmöglichkeit – verletzen. Die Garantie der Menschenwürde verlangt nach der sog. Objektformel, daß der Mensch nicht zum bloßen Objekt, zu einem bloßen Mittel, zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt werden darf. Insbesondere ist keine Behandlung zulässig, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage

stellt oder die Ausdruck der Verachtung des Wertes wäre, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt.

*Hinweis:* Dieser Objektformel andere Definitionsversuche der Literatur gegenüberzustellen ist in einer Klausur keinesfalls erforderlich. Daneben ist zu beachten, daß die Objektformel letztlich nicht subsumtionsfähig ist. Das BVerfG, das diese Formel in ständiger Rechtsprechung verwendet,<sup>14</sup> wies bereits früh darauf hin, daß solch allgemeine Formeln lediglich die Richtung andeuten könnten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können.<sup>15</sup> Denn strenggenommen ist der Mensch nicht selten Objekt staatlichen Handelns und insbesondere des Rechts, dem er sich ohne Rücksicht auf eigene Interesse fügen muß.<sup>16</sup> Darauf weist auch der bekannte Satz hin, daß auf der Menschenwürde 2500 Jahre Philosophiegeschichte lasten.<sup>17</sup>

Gegen einen so verstandenen Menschenwürdeverstoß durch das Laserspiel spricht hier zunächst,<sup>18</sup> daß die Spieler sich mit gleichen Chancen gegenüberstehen und schon deshalb kein Mitspieler im Vergleich zu anderen zum Objekt erniedrigt wird. Alle Beteiligten sind zugleich sowohl Ziel als auch Schütze, so daß nicht klar ist, welche konkrete Person überhaupt in ihrer Menschenwürde verletzt werden soll. Auch wird hier nicht gezielt auf Menschen, sondern nur auf die Weste geschossen. Hinzu kommt, daß alle Beteiligten von einem bloß spielerischen Geschehen ausgehen und ein Kampf unter Gleichen nicht unbedingt den dem Menschen zukommenden Achtungsanspruch leugnet. Alle Teilnehmer spielen zudem freiwillig mit, ohne daß hier erkennbar ein nur in Extremfällen einschlägiger, indisponibler, objektiver Kern berührt wäre. Das Spielen ist vielmehr als Ausdruck der eigenen Entfaltung und der personalen Identität zu sehen, die selbst wieder gerade Bedingungen für die Realisierung von Menschenwürde sind. Insofern gehört es auch nicht zur Würde, zur Leistung von Würde gezwungen zu werden; anderenfalls könnten menschenwürdebezogene Argumente die Freiheit des Einzelnen verkürzen. Letztlich geht es in Fällen wie dem vorliegenden um eine abwägungsbedürftige Konfliktlage, deren Lösung nicht durch den Rückgriff auf die nicht abwägungsfähige Menschenwürde umgangen werden sollte.

Dem kann entgegengehalten werden, daß es für einen Verstoß gegen die Menschenwürde gerade nicht auf die etwaige Freiwilligkeit des Verhaltens ankommt. Das zeigt sich etwa am Beispiel der Sklaverei, die auch dann gegen die Menschenwürde verstieße, wenn ein Mensch sich tatsächlich freiwillig in Sklaverei begäbe. Daß hier das Töten von Menschen zum Spiel gemacht wird, läßt auf ein gewisses sadisti-

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Rn. 35.

<sup>13</sup> Vgl. zur Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 1 Rn. 46 f.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Rn. 74; *Dreier* (Fn. 9), Art. 1 Rn. 149.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 87, 209 (228); 109, 133 (149 f.).

<sup>15</sup> BVerfGE 30, 1 (25 f.).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 30, 1 (25 f.); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn. 23; *Dreier* (Fn. 9), Art. 1 Abs. 1 Rn. 39.

<sup>17</sup> *Riedel*, EuGRZ 1986, 469 (473).

<sup>18</sup> Für die einschlägigen Argumente vgl. *Störmer*, NWVB1. 1997, 313 (315 f.).



sches Vergnügen schließen, also eine Einstellung, die den fundamentalen Achtungsanspruch jedes Menschen leugnet. Gewalt wird hier bejaht und bagatellisiert und das menschliche Leben für verfügbar erklärt, der Mensch mithin zum Objekt herabgewürdigt. Daß hier möglicherweise nicht die Menschenwürde konkreter Personen betroffen ist, ist unbeachtlich, da im Rahmen der Menschenwürde auch auf die Würde des Menschen als Gattungswesen abgestellt werden kann.

Die Menschenwürde ist somit durch das Laserspiel verletzt, die öffentliche Sicherheit i.S.v. §§ 13, 16 SOG M-V betroffen.

*Hinweis:* Gerade auch bei so wert- und emotionsbeladenen Fragen wie dieser sollte der Kandidat immer darauf achten, daß es hier nicht um die Lösung realer Fälle geht. Für welche Lösung der Kandidat sich in einer Klausur entscheidet, sollte daher allein klausurtaktisch und nicht nach seiner wahren Meinung entschieden werden. (Auch der *Verfasser* dieser Zeilen vertritt in der Realität die gegenteilige Auffassung.) Dabei ist wie immer zu beachten, daß Klausuren regelmäßig so aufgebaut sind, daß alle relevanten Probleme nur dann sinnvoll abgearbeitet werden können, wenn der Kandidat jeweils der herrschenden Meinung folgt. Den Verstoß gegen die Menschenwürde hier zu bejahen, entspricht der Rechtsprechung des BVerwG<sup>19</sup>.

#### b) Störung oder Gefahr, § 16 Abs. 1 Nr. 1, 2 SOG M-V

Die öffentliche Sicherheit müßte auch gestört sein. Störung ist jede Sachlage, bei der das öffentliche Sicherheit oder Ordnung schädigende Ereignis bereits eingetreten ist, § 3 Abs. 3 Nr. 2 SOG M-V. Hier ist die Menschenwürde durch die Spiele bereits beeinträchtigt worden. Eine Störung liegt vor. Zudem liegt auch eine Gefahr i.S.v. § 3 Abs. 3 Nr. 1 SOG M-V vor, da bei ungehindertem Ablauf weitere Spiele und damit weitere Beeinträchtigungen der Menschenwürde mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu erwarten sind.

#### c) Störerauswahl

Der O durfte als Verhaltensverantwortlicher nach § 69 Abs. 1 SOG M-V herangezogen werden.

#### d) Ermessensfehler

Ein Entschließungsermessen der Verwaltung in bezug auf das Ob des Einschreitens gegen das Laserspiel bestand nicht, da bei einem Verstoß gegen die Menschenwürde von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen ist.

Im Hinblick auf das Auswahlermessen sind keinerlei Ermessensfehler zu erkennen; insbesondere ist ein Vorgehen gegen den Betreiber auch geeignet, mangels gleich wirksamen milderer Mittels erforderlich und im Hinblick auf den Verstoß gegen den obersten Wert der Verfassung auch angemessen.

#### 2. Verstoß gegen parlamentarische Erlaubnis des Spiels?

*Hinweis:* Die im Sachverhalt ausdrücklich angelegte Fragestellung paßt in keines der üblichen Schemata. Es kommt daher nur darauf an, diese Frage an irgendeiner geeigneten Stelle überhaupt anzusprechen. Da sich hier kein Prüfungspunkt des üblichen Prüfungsschemas besonders aufdrängt, ist eine schlichte Prüfung als völlig eigenständiger Punkt ohne weiteres angemessen. Inhaltlich ist die Frage keiner Norm des Grundgesetzes klar zuordbar. Hier ist eine gewisse Kreativität gefragt, die sich aber gerade nicht im Schreibstil („Besinnungsaufsatz“) niederschlagen darf.

Fraglich ist, ob die Tatsache, daß der Gesetzgeber von einem Verbot des Spiels ausdrücklich absah, Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung hat. Das könnte dann der Fall sein, wenn der Gesetzgeber das Spiel ausdrücklich erlauben wollte, als er den Entwurf eines Verbotsgesetzes fallen ließ. Gegen einen solchen unmittelbaren Schluß vom Nichterlaß eines Verbots auf einen positiven Willen zur Erlaubnis spricht jedoch, daß der Gesetzgeber einen Gesetzesentwurf auch aus völlig anderen Gründen fallen lassen kann. Insbesondere ist es denkbar, daß er auf andere Lenkungs- und Gestaltungsmittel zurückgreifen wollte, oder daß er ein auf den Einzelfall bezogenes Vorgehen nach den landespolizeirechtlichen Generalklauseln für besser und angemessener hielt. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers und dem Fallenlassen des Entwurfs kann daher nicht der Schluß gezogen werden, daß Laserspiel sei nach dem Willen des Gesetzgebers als erlaubt zu betrachten. Selbst wenn dem aber nicht so wäre, würde ein entsprechender Wille des Gesetzgebers ebenfalls gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen und wäre damit unbeachtlich.

Die Untersagungsverfügung auf der Grundlage von §§ 13, 16 SOG M-V war daher auch materiell rechtmäßig.

#### Ergebnis

Die Klage des O ist zulässig, aber unbegründet.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Vgl. BVerwGE 115, 189.

<sup>20</sup> Der Fall kann auch unter Einbeziehung europarechtlicher Aspekte gestellt werden, vgl. dazu etwa *Degenhart* (Fn. 6), Rn. 618 ff.; *Frenz*, NVwZ 2005, 48.

# Übungsfall: Der bestohlene Erpresser

Von Privatdozent Dr. Arnd Koch, cand. iur. Daniela Loy, Augsburg

Die vorliegende Klausur richtet sich sowohl an Teilnehmer der Großen Übung als auch an Examenkandidaten. Neben bekannten Fragen des Diebstahls thematisiert sie Probleme der §§ 164, 186, 258 StGB, mit welchen die Bearbeiter erfahrungsgemäß weniger vertraut sind. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die in jüngster Zeit kontrovers erörterte und in hohem Maße prüfungsrelevante Problematik der Notwehrgrenzen bei Schweigegelderpressungen (sog. „Chantage“).

## Sachverhalt

A wurden Dokumente zugespielt, die Steuerunregelmäßigkeiten seines Rivalen B belegen. A stellt B in Aussicht, diese Unterlagen an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten, wenn dieser ihm nicht binnen einer Woche 10.000 € zahlt. B will sich dem Druck jedoch nicht beugen und beschließt, sich zur Wehr zu setzen.

Tatsächlich gelingt es B, die Adresse des Hotels zu ermitteln, in welches A sich für die Tage vor der Geldübergabe einquartiert hat. Als die Luft rein ist, bricht er mit seiner Schulter die Türe von As Hotelzimmer auf. Hierbei zerspringt das Türschloss. Nach kurzer Suche findet er die fraglichen Dokumente und verstaut diese in seiner Aktentasche, um sie später an sicherem Ort zu verwahren. Um den Verdacht abzulenken, durchwühlt er sämtliche Schränke und nimmt das herumliegende Bargeld, insgesamt ca. 200 €, an sich. Zudem platziert er die Mütze der Reinigungskraft R, die er eigens zu diesem Zweck entwendet hatte, neben dem Bett. Sodann verlässt er das Hotel und feiert seinen „Erfolg“ mit dem eingesteckten Geld des A. Währenddessen nimmt die alarmierte Polizei, wie von B gewollt, Ermittlungen gegen R auf.

Einige Monate später wird Strafverteidiger S, der B in einer anderen Sache berät, in der Gerichtskantine zufälliger Zeuge eines Gesprächs zweier Staatsanwälte. Hieraus erfährt er, dass sein Mandant verschiedene Wirtschaftdelikte begangen hat; eine Hausdurchsuchung zur Beweissicherung stehe unmittelbar bevor. Obwohl S nicht an der Schuld seines Mandanten zweifelt, benachrichtigt er B, damit dieser belastendes Material beiseite schaffen kann. Obgleich die Durchsuchung aufgrund der Vorwarnung ergebnislos bleibt, wird weiter gegen B ermittelt. Durch einen Zeugen aus dem Umfeld des B kommt wenig später die Wahrheit ans Licht.

Strafbarkeit von A, B und S?

Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

## Lösung

### Erster Handlungsabschnitt: Im Hotel

#### A. Strafbarkeit des A

##### I. §§ 253 Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen versuchter Erpressung strafbar gemacht haben, indem er B in Aussicht stellte, belastendes Material an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten, falls dieser ihm nicht 10.000 € zahle.

Der Erpressungserfolg ist nicht eingetreten, da B nicht zahlte und damit keinen Vermögensnachteil erlitt. Der Versuch einer Erpressung ist strafbar gem. § 253 Abs. 3 StGB.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Der Tatentschluss des A müsste sich auf die Drohung mit einem empfindlichen Übel bezogen haben. Die angekündigte Weitergabe belastenden Materials ist grundsätzlich geeignet, einen besonnenen Menschen in der Lage des B zur Zahlung des Geldes zu bewegen.<sup>1</sup> Eine Mindermeinung bestreitet freilich, dass in der Drohung mit einem erlaubten Verhalten (hier: die Informationsweitergabe an die Staatsanwaltschaft) ein tatbestandliches Übel liegen könne.<sup>2</sup> Jedoch kommt es bei der Drohung nicht auf die rechtliche Bewertung der angebotenen Handlung an, sondern auf die Opferperspektive. B soll das angekündigte Verhalten als nachteilig empfinden, eine tatbestandliche Drohung liegt somit vor.<sup>3</sup> Weiter handelt A vorsätzlich hinsichtlich der Zufügung eines Vermögensnachteils sowie mit der Absicht, sich selbst rechtswidrig zu bereichern.

b) Der Versuch einer Erpressung beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Nötigungshandlung.<sup>4</sup> Diese Schwelle hat A mit Ausspruch des Zahlungsbegehrens bei gleichzeitiger Androhung von Konsequenzen überschritten.

#### 2. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist allerdings, ob die Drohung als „rechtswidrig“ im Sinne der Verwerflichkeitsklausel (§ 253 Abs. 2 StGB) anzusehen ist. Verwerflichkeit liegt vor, wenn eine Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis führt, dass die Tat soziales Übel in hohem Maße missbilligenswert und deshalb sozial unerträglich ist.<sup>5</sup> Dies erscheint hier problematisch, da die angekündigte Weitergabe von belastendem Material an die Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich zulässig und erwünscht ist. Teile der Literatur lehnen daher die „Verwerflichkeit“ ab. Mit der Ankündigung erlaubten Verhaltens erweitert sich ledig-

<sup>1</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 240 Rn. 9.

<sup>2</sup> Horn/Wolters, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage, 59. Lieferung, Stand: Oktober 2003, § 240 Rn. 43.

<sup>3</sup> Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 3, § 253 Rn. 11; Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 253 Rn. 10 m.w.N.; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 31. Aufl. 2007, Rn. 404; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2007, § 23 Rn. 48; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 4. Aufl. 2004, § 17 Rn. 10 f.

<sup>4</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 721; Eser (Fn. 1), § 253 Rn. 23-27; Sander (Fn. 3), § 253 Rn. 41.

<sup>5</sup> Kindhäuser (Fn. 3), § 253 Rn. 39; Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 244 ff.

lich der Spielraum des Opfers, es erhalte die Möglichkeit einen rechtmäßigen Erfolg abzuwenden.<sup>6</sup>

Anders argumentiert die überwiegende Lehre, für die es ausreicht, wenn zwischen erstrebtem Vorteil (hier: der Geldzahlung) und eingesetztem Nötigungsmittel (hier: der Weitergabe belastenden Materials an die Staatsanwaltschaft) kein innerer Zusammenhang besteht, wenn ein sog. „*inkonnexer Vorteil*“ angestrebt wird.<sup>7</sup> A intendiert ausschließlich eine rechtswidrige Bereicherung. Vom Erstreben eines „*inkonnexen Vorteils*“ ist somit auch bei Androhung rechtmäßigen Verhaltens regelmäßig auszugehen.<sup>8</sup> Zudem ist eine solche Drohung nicht geeignet, den Spielraum des Opfers nachhaltig zu erweitern.<sup>9</sup> Selbst bei Zahlung liegen Eintritt oder Ausbleiben des Übels weiterhin in der Hand und im Gutdünken des Täters.

### 3. Schuld

Entschuldigungsgründe oder Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich.

### 4. Ergebnis

A hat sich gemäß §§ 253 Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. §§ 240 Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB

Die zugleich verwirklichte versuchte Nötigung tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die spezielle versuchte Erpressung zurück.<sup>10</sup>

### B. Strafbarkeit des B

#### I. § 242 StGB (hinsichtlich der Dokumente)

B könnte sich aus § 242 StGB strafbar gemacht haben, indem er die ihn belastenden Dokumente in dem Hotelzimmer des A an sich nahm.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Die Dokumente sind bewegliche Sachen (§ 90 BGB), die im Eigentum des A stehen, mithin für B fremd sind. B müsste diese Dokumente weggenommen haben. Wegnahme bedeutet den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.<sup>11</sup> Gewahrsam verlangt ein tatsächliches Herrschafts-

verhältnis über die Sache, das von einem Herrschaftswillen getragen wird<sup>12</sup>, wobei das Vorliegen beider Elemente nach den natürlichen Auffassungen des täglichen Lebens zu beurteilen ist<sup>13</sup> (sog. sozial-normativer Maßstab). A hat trotz vorübergehender Abwesenheit weiterhin die Möglichkeit des jederzeitigen Zugriffs, es besteht (gelockerter) Gewahrsam des A an seinen im Hotelzimmer eingebrachten Sachen.

Ferner müsste B neuen Gewahrsam begründet haben. Dies ist der Fall, wenn er die tatsächliche Herrschaft über die Gegenstände derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben kann bzw. dieser wesentlich erschwerte Zugriffsmöglichkeiten hat.<sup>14</sup> In fremden Gewahrsamssphären begründet der Täter neuen Gewahrsam schon dann, wenn er den fraglichen Gegenstand in seine Körpersphäre verbringt oder in mitgebrachten Behältnissen verstaut (sog. „*Enklaventheorie*“).<sup>15</sup> Dies geschieht vorliegend mit dem Einstecken der Papiere in die Aktentasche.

b) B handelt vorsätzlich bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Weiter handelt er mit Zueignungsabsicht, d.h. der Absicht (*dolus directus* 1. Grades<sup>16</sup>), sich die Dokumente zumindest vorübergehend anzueignen sowie dem Vorsatz, dem A die Papiere dauerhaft zu entziehen<sup>17</sup> (*dolus eventualis* genügt<sup>18</sup>). A hat keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Dokumente, die erstrebte Zueignungshandlung ist somit auch rechtswidrig.

#### 2. Rechtswidrigkeit

B könnte jedoch gem. § 32 StGB aus Notwehr gerechtfertigt sein.

a) B müsste die Tat begangen haben, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich abzuwenden (*Notwehrlage*).

aa) Ein *Angriff* ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich (nicht unbedingt *strafrechtlich*!) geschützter Güter oder Interessen.<sup>19</sup> In der versuchten Erpressung (s.o.) liegt ein Angriff auf die Willensentschlussfreiheit des B, mithin auf ein notwehrfähiges Rechtsgut.<sup>20</sup>

bb) *Gegenwärtig* ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, stattfindet oder noch fort dauert.<sup>21</sup> Ob der Angriff auf die Willensentschlussfreiheit des B im Zeitpunkt der

<sup>6</sup> Günther, in: Rudolphi u.a. (Fn. 2), 5. Aufl., 43. Lieferung, Stand: April 1998, § 253 Rn. 39, 43.

<sup>7</sup> So i.E. Eggert, NStZ 2001, 225 (227); Sander (Fn. 3) § 253 Rn. 11, 37; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 253 Rn. 9; anders aber Erb, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 32 Rn. 91.

<sup>8</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), Rn. 719; Günther (Fn. 6), § 253 Rn. 35 ff.

<sup>9</sup> Kindhäuser (Fn. 3), § 253 Rn. 41; Günther (Fn. 6), § 253 Rn. 38.

<sup>10</sup> Sander (Fn. 3), § 253 Rn. 42; Kindhäuser (Fn. 3) § 253 Rn. 48; Eser (Fn. 1), § 253 Rn. 30 m.w.N.

<sup>11</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 242 Rn. 8.

<sup>12</sup> Lackner/Kühl (Fn. 11), § 242 Rn. 8a.

<sup>13</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2007, § 2 Rn. 13.

<sup>14</sup> Vgl. Eser (Fn. 1), § 242 Rn. 38; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), Rn. 109.

<sup>15</sup> BGHSt 16, 271 (274); Rengier (Fn. 13), § 2 Rn. 25.

<sup>16</sup> Schmitz, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 242 Rn. 134.

<sup>17</sup> Lackner/Kühl (Fn. 11), § 242 Rn. 21.

<sup>18</sup> Schmitz (Fn. 3), § 242 Rn. 134.

<sup>19</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 325.

<sup>20</sup> Eggert, NStZ 2001, 225 (226); Wessels/Beulke (Fn. 19), Rn. 332; a.A. Erb (Fn. 7), § 32 Rn. 90 f., der § 34 anwenden will.

<sup>21</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 21.

Wegnahmehandlung noch gegenwärtig ist, erscheint fraglich. Nach einer Mindermeinung ist der Angriff mit Ausspruch der Drohung beendet.<sup>22</sup> Eine Rechtfertigung aus § 32 StGB scheidet somit aus. Die zutreffende überwiegende Ansicht bietet Erpressungsoffern mehr Schutz. Der Angriff auf die Willensentschließungsfreiheit dauere an, solange der Erpresser den von ihm ausgehenden psychischen Zwang aufrechterhalte.<sup>23</sup> Dies vermag zu überzeugen. Die Drohung des A ist in der Welt und schwebt gleichsam einem „Damoklesschwert“<sup>24</sup> über B. Der Angriff des A war somit noch gegenwärtig.

cc) *Rechtswidrig* ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht<sup>25</sup>, also nicht seinerseits von einem Erlaubnissatz gedeckt ist. Die versuchte Erpressung des A ist rechtswidrig (s.o.), es liegt somit ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vor.

b) B müsste zu einer tauglichen *Notwehrhandlung* gegriffen haben. Die Notwehrhandlung (hier: die Wegnahme der Dokumente) muss sich gegen Rechtsgüter des Angreifers richten, geeignet, erforderlich und normativ geboten sein sowie subjektiv vom Verteidigungswillen getragen werden.<sup>26</sup>

aa) Die Verteidigungshandlung richtet sich *gegen Rechtsgüter des Angreifers*, nämlich gegen das Eigentum des A an den Dokumenten.

bb) Die Wegnahme der Dokumente ist *geeignet*, den Angriff des A auf die Willensentschließungsfreiheit zu beenden. Ohne die Dokumente als Beweismittel kann A seine erpresserische Drohung nicht aufrechterhalten. Sie müsste aber auch *erforderlich* sein, d.h. unter mehreren gleich geeigneten Mitteln das mildeste darstellen.<sup>27</sup> Manche Autoren verweisen das Erpressungsoffer auf die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe. B hätte den Angriff auf seine Willensentschließungsfreiheit durch ein milderes Mittel, eine Anzeige des A bei der Polizei, abwenden können.<sup>28</sup> Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Durch eine Offenbarung der kompromittierenden Tatsachen verwirklicht sich das vom Erpresser angedrohte Übel. Mit einer Anzeige gegenüber der Polizei würde B sich not-

wendigerweise selbst belasten; dies ist ihm nicht zumutbar<sup>29</sup>. Aus § 154c StPO lässt sich kein anderes Ergebnis ableiten. Diese Norm gibt der Staatsanwaltschaft (in Abweichung vom grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzip, § 152 Abs. 2 StPO) bei Schweigegelderpressung die Möglichkeit, von einer Anklage des Erpressungsoffers abzusehen. Hierbei handelt es sich freilich um eine bloße Ermessensvorschrift, die B keine Sicherheit gibt, dass eine Offenbarung für ihn folgenlos bleibt.<sup>30</sup> Die Wegnahme der Dokumente war nach alledem eine erforderliche Notwehrhandlung.

cc) Zudem müsste die Notwehrhandlung *geboten* sein. Ob eine Handlung durch Notwehr geboten ist, bestimmt sich nach normativen, sozialemischen Erwägungen.<sup>31</sup> Notwehr ist jedenfalls dann nicht geboten, wenn sie dem Rechtsbewahrungsgedanken widerspricht.<sup>32</sup> Die herrschende Lehre etabliert für die Problematik der Verteidigung gegen Schweigegelderpressungen eine weitere Fallgruppe des eingeschränkten Notwehrrechts. Das Opfer (B) sei angesichts seiner Vortaten (hier: der „Steuerunregelmäßigkeiten“) nur bedingt schutzwürdig, weswegen „leichte und mittlere“ Abwehrmaßnahmen gegen den Erpresser zulässig blieben, (schwere) Gewaltmaßnahmen hingegen nicht.<sup>33</sup> Diebstahl zählt angesichts seiner geringen Mindeststrafe zu den leichteren Delikten, die Wegnahme der Dokumente war demnach eine gebotene Verteidigungshandlung.

c) Schließlich handelt B in Kenntnis der Notwehrlage mit *Verteidigungswillen*.<sup>34</sup>

d) Die Handlung des B ist gerechtfertigt.

### 3. Ergebnis

B hat sich nicht aus § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. § 303 Abs. 1 StGB

B könnte sich wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht haben, indem er das Schloss beim Aufbrechen der Hoteltüre zum Zerspringen brachte. Ein zersprungenes Türschloss ist

<sup>22</sup> *Arzt*, JZ 2001, 1052 Fn. 2; *ders.*, MDR 1965, 344; *Tenckhoff*, JR 1981, 254 (256).

<sup>23</sup> *Eggert*, NSTZ 2001, 225 (226); *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 32 Rn. 4; *Herzog*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 3), Bd. 1, § 32 Rn. 33; *Wessels/Beulke* (Fn. 19), Rn. 328; *Roxin* (Fn. 21), § 15 Rn. 29; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), § 32 Rn. 18; *Fischer* (Fn. 7), § 32 Rn. 18: „wenn und solange vom Bedrohten alsbaldiges Handeln verlangt wird“; a.A.: *Baumann*, MDR 1965, 346 (347); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 12/27 Fn. 49 a.E.; *Müller*, NSTZ 1993, 366 (368).

<sup>24</sup> So *Roxin* (Fn. 21), § 15 Rn. 29.

<sup>25</sup> *Lenckner/Perron* (Fn. 23), § 32 Rn. 19/20; *Herzog* (Fn. 23), § 32 Rn. 34; *Wessels/Beulke* (Fn. 19), Rn. 332.

<sup>26</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 19), Rn. 333.

<sup>27</sup> *Amelung*, NSTZ 1998, 70; *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 32 Rn. 9.

<sup>28</sup> *Arzt*, MDR 1965, 344 (345); *Kroß*, Notwehr gegen Schweigegelderpressung, 2004, S. 166: sofern die Polizei in der konkreten Situation über gleich milde und geeignete Mittel verfügt.

<sup>29</sup> *Amelung*, NSTZ 1998, 70; differenzierend *Kaspar*, GA 2007, 36 (44).

<sup>30</sup> *Eggert*, NSTZ 2001, 225 (227); *Roxin* (Fn. 21), § 15 Rn. 54.

<sup>31</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 19), Rn. 342; *Roxin* (Fn. 21), § 15 Rn. 55 ff.; *Lenckner/Perron* (Fn. 23), § 32 Rn. 43 f.

<sup>32</sup> *Amelung*, NSTZ 1998, 70 (71); i.E. auch *Roxin* (Fn. 21), § 15 Rn. 102; *Eggert*, NSTZ 2001, 225 (228); krit. *Müller*, NSTZ 1993, 366 (367); a.A. *Kaspar*, GA 2007, 36 (41), der das Rechtsbewährungsprinzip allenfalls ergänzend neben dem Individualschutzprinzip heranziehen will.

<sup>33</sup> *Herzog* (Fn. 23), § 32 Rn. 33; *Roxin* (Fn. 21), § 15 Rn. 102; *Wessels/Beulke* (Fn. 19), Rn. 348a; andere Autoren nehmen bei „Chantage“ auf Ebene der Gebotenheit keinerlei Einschränkungen vor; selbst die Tötung des Erpressers wäre aus § 32 StGB gerechtfertigt! So *Eggert*, NSTZ 2001, 225 (229); *Seesko*, Notwehr gegen Erpressung durch Drohung mit erlaubtem Verhalten, 2004, S. 112.

<sup>34</sup> Zum Erfordernis beider Merkmale siehe *Erb* (Fn. 7), § 32 Rn. 213 ff.; *Herzog* (Fn. 23), § 32 Rn. 127.

für seinen Zweck unbrauchbar, es ist mithin zerstört.<sup>35</sup> Lebensnah ist davon auszugehen, dass B die Zerstörung des Schlosses zumindest billigend in Kauf nahm. B ist insofern nicht aus Notwehr gerechtfertigt. Die Verteidigungshandlung muss sich stets gegen Rechtsgüter des Angreifers (A) richten (s.o.). Notwehr zu Lasten Rechtsgütern unbeteiligter Dritter (hier des Hoteleigentümers) ist dem geltenden Recht fremd.

### III. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Durch das Betreten des Hotelzimmers könnte sich B wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben. Unter einer Wohnung im Sinne des § 123 Abs. 1 StGB sind alle Räume zu verstehen, die einer oder mehreren Personen zur Unterkunft dienen.<sup>36</sup> Der Aufenthalt muss nicht auf längere Dauer angelegt sein, auch der Reisende „wohnt“ im Hotel.<sup>37</sup> B hat das Hotelzimmer ohne Willen des Berechtigten (A) betreten, er ist mithin eingedrungen.<sup>38</sup> Dass A nicht Eigentümer des Hotelzimmers ist, steht dem nicht entgegen; es genügt, dass A als Inhaber des Hausrechts die Befugnis zusteht, über Zugang und Aufenthalt in dem fraglichen Raum zu bestimmen.<sup>39</sup>

B ist jedoch aus § 32 StGB gerechtfertigt. Aufgrund der Schweigegelderpressung befand er sich in einer Notwehrlage (s.o.). Das Eindringen in das Zimmer richtet sich gegen ein Rechtsgut des Angreifers A (das Hausrecht am Hotelzimmer), es ist zur Angriffsabwehr geeignet und erforderlich. Hausfriedensbruch zählt schließlich zu den leichten Delikten, die nach h.L. als Abwehrmaßnahme gegen Schweigegelderpressungen „geboten“ sind (s.o.).<sup>40</sup>

### IV. § 242 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB (hinsichtlich des Geldes)

Durch das Annehmen des Geldes in dem Hotelzimmer des A könnte sich B gem. § 242 Abs. 1 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

Mit dem Einstecken des Geldes hat B eine fremde bewegliche Sache weggenommen (s.o.). B handelte mit Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale sowie mit der erforderlichen Zueignungsabsicht (s.o.).

#### 2. Rechtswidrigkeit

Hinsichtlich der Wegnahme des Geldes scheidet eine Rechtfertigung aus § 32 StGB aus. Die Handlung richtet sich zwar gegen ein Rechtsgut des A, sie stellt jedoch kein geeignetes Mittel dar, um die Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit abzuwenden.

### 3. Schuld

Entschuldigungs- bzw. Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich.

### 4. Strafzumessung

B könnte das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB (Einbruchsdiebstahl) verwirklicht haben. Bei dem Hotelzimmer handelt es sich um einen umschlossenen Raum i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. *Einbrechen* ist das gewaltsame – nicht notwendig substanzverletzende – Öffnen von Umschließungen<sup>41</sup>, wobei zudem ein gewisses Maß an Kraftaufwand vorausgesetzt wird.<sup>42</sup> Das Aufbrechen der Eingangstüre mit der Schulter fällt unter diese Variante. Die Tat bezieht sich nicht auf eine geringwertige Sache (Grenze derzeit bei ca. 25-30 €<sup>43</sup>), § 243 Abs. 2 greift somit nicht.<sup>44</sup> B hat sich hinsichtlich des Geldes aus § 242 Abs. 1 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### V. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB (hinsichtlich des Geldes)

Durch das Annehmen des Geldes in dem Hotelzimmer könnte B außerdem den Qualifikationstatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB verwirklicht haben.

Ein Diebstahl des Geldes als notwendige Vortat liegt vor (s.o.). Fraglich aber ist, ob ein vorübergehend genutztes Hotelzimmer als „Wohnung“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB verstanden werden kann.<sup>45</sup> Traditionell wurde auf den weiten Wohnungsbegriff des § 123 StGB verwiesen (s.o.).<sup>46</sup> Ein Hotelzimmer dient Menschen zumindest vorübergehend zum Aufenthalt, es wäre demnach problemlos als „Wohnung“ zu begreifen.

Vor dem Hintergrund, dass der Wohnungseinbruchsdiebstahl durch das 6. StrRG von 1998 vom Regelbeispiel zur Qualifikation mit erhöhter Mindeststrafe aufgewertet wurde, wird in Rechtsprechung und Lehre jedoch eine einschränkende Interpretation gefordert. Demnach fallen nur solche Räumlichkeiten unter den Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, „die als Mittelpunkt des privaten Lebens Selbstentfal-

<sup>41</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 243 Rn. 10; *Zopfs*, Jura 2007, 421 (424).

<sup>42</sup> *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), § 243 Rn. 19.

<sup>43</sup> *Fischer* (Fn. 7), § 243 Rn. 25, § 248 Rn. 3; anders *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 248a Rn. 3: 50 €.

<sup>44</sup> Zur Stellung des § 243 Abs. 2 StGB am Ende der Prüfung *Rengier* (Fn. 13), § 3 Rn. 24; anders *Zopfs*, Jura 2007, 421 (422). Nicht einschlägig ist das „Eindringen mit einem nicht zur Öffnung bestimmten Werkzeug“. Die Schulter als Körperteil kann niemals ein „Werkzeug“ sein. Auch § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB greift nicht. „Schutzvorrichtungen“ sind Einrichtungen, die speziell dazu bestimmt sind, die Wegnahme einer konkreten Sache erheblich zu erschweren wie Wegfahrsperrern, Fahrradschlösser etc., *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 243 Rn. 16; *Zopfs*, Jura 2007, 421 (425). Verschlussene Türen dienen hingegen primär der Zutrittsverhinderung durch Unbefugte.

<sup>45</sup> Hierzu *Behm*, GA 2002, 153; *Hellmich*, NStZ 2001, 511.

<sup>46</sup> So noch *Eser* (Fn. 1), 26. Aufl. 2001, § 244 Rn. 30.

<sup>35</sup> *Stree*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), § 303 Rn. 11.

<sup>36</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 123 Rn. 3.

<sup>37</sup> *Schäfer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), Bd. 2/2, § 123 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 7), § 123 Rn. 6.

<sup>38</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 30 Rn. 8.

<sup>39</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 123 Rn. 2.

<sup>40</sup> So ausdrücklich *Roxin* (Fn. 21), § 15 Rn. 102.

tung, -entlastung und vertrauliche Kommunikation gewährleisten<sup>47</sup>. Für einen gegenüber § 123 StGB engeren Schutzbereich streitet bereits die amtliche Begründung.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber rechtfertigte die strengere Bestrafung des Wohnungseinbruchsdiebstahls u.a. damit, dass der Täter die Intimsphäre des Opfers erheblich verletze und dadurch langwierige Angstzustände auslösen könne.<sup>49</sup> Zudem würde ein Anknüpfen an den weiten Wohnungsbegriff des § 123 StGB zu unangemessenen Ergebnissen führen. Selbst der Diebstahl einer geringwertigen Sache aus einer Gartenlaube oder einem Kellerverschlag wäre mit der erhöhten Mindeststrafe (sechs Monate Freiheitsstrafe) zu ahnden. Nach zutreffender Ansicht zählt ein lediglich vorübergehend genutztes Hotelzimmer nicht zu den „Wohnungen“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.<sup>50</sup> B hat sich nicht gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

#### VI. § 242 StGB (hinsichtlich der Dienstmütze)

Bei der Mütze handelt es sich um eine für B fremde bewegliche Sache. Durch das Entwenden der Mütze „aus dem Personbereich“ hat er sie auch weggenommen.

B müsste jedoch mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Hier fehlt es sowohl an der Aneignungs- als auch an der Enteignungskomponente. B handelt nicht mit der Absicht, die Mütze dem eigenen Vermögen einzuverleiben, d.h. einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung zuzuführen.<sup>51</sup> Zudem entsprach es seinem Plan, dass die Mütze gefunden wird; R sollte nicht dauerhaft aus seiner Position verdrängt werden.<sup>52</sup> B ist somit nicht strafbar nach § 242 Abs. 1 StGB.

#### VII. § 164 Abs. 1 StGB

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

a) B könnte sich wegen falscher Verdächtigung strafbar gemacht haben, indem er die Mütze des R am Tatort platzierte (sog. „isolierte Beweismittelfiktion“<sup>53</sup>). Zunächst müsste B durch das gezielte Hinterlassen der Mütze eine andere Person (R) einer rechtswidrigen Tat (des Diebstahls und Hausfriedensbruchs) „verdächtigt“ haben. Hierunter wird das Hervorrufen, Verstärken oder Umlenken eines Verdachts auf eine bestimmte Person verstanden.<sup>54</sup> Ob das nonverbale Schaffen einer verdächtigen Beweislage genügt, ist umstritten. Eine

Minderansicht lehnt die Anwendung des § 164 StGB auf Tatsachenmanipulationen ab. Sie beruft sich vor allem auf § 164 Abs. 2 StGB, der von „sonstigen Behauptungen tatsächlicher Art“ spricht. Hieraus folge, dass es auch in Abs. 1 zu Behauptungen, d.h. Äußerungen gegenüber einer der dort genannten Stellen, gekommen sein müsse.<sup>55</sup> Nach h.M. verlangt „verdächtigen“ nicht das Vorliegen einer verbalisierten Mitteilung<sup>56</sup>, auch das „Sprechen lassen von Tatsachen“ genüge.<sup>57</sup> Aus dem Wortlaut des § 164 Abs. 2 StGB lässt sich lediglich herleiten, dass der Begriff des Verdächtigen auch (aber nicht nur) eine Tatsachenbehauptung voraussetzt.<sup>58</sup> Für die herrschende Ansicht spricht zudem das kriminalpolitische Bedürfnis, gerade vor besonders tückischen – stets anonymen – Tatsachenmanipulationen zu schützen.<sup>59</sup> Ein solches Vorgehen erscheint besonders strafwürdig, da ein fingierter, scheinbar „objektiver“ Sachbeweis regelmäßig schwerer wiegt als eine generell mit dem Makel des Subjektiven behaftete Aussage.<sup>60</sup>

Die Verdächtigung erfolgt gegenüber der Polizei, einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger (§ 158 StPO). Der Wortlaut der Norm setzt nicht voraus, dass die Verdächtigung unmittelbar gegenüber der Polizei zu erfolgen hat; es genügt vielmehr, wenn diese von Dritten in Kenntnis gesetzt wird.<sup>61</sup>

b) In subjektiver Hinsicht verlangt § 164 Abs. 1 StGB ein Handeln wider besseres Wissen, d.h. Kenntnis von der Unwahrheit des Angezeigten im Zeitpunkt der Verdächtigung.<sup>62</sup> B weiß um die Falschheit seiner Verdächtigung. Zudem handelt er in der Absicht („um zu“) ein behördliches Verfahren herbeizuführen; es kommt ihm darauf an, dass die Polizei Ermittlungen gegen R aufnimmt.

##### 2. Ergebnis

B ist strafbar nach § 164 Abs. 1 StGB.

#### VIII. § 186 StGB

B könnte sich weiterhin durch seine Beweismittelmanipulation (s.o.) der üblen Nachrede zu Lasten des R strafbar gemacht haben.

<sup>47</sup> So *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 267; *Hellmich*, NStZ 2001, 511 (513); *Schmitz* (Fn. 42), § 244 Rn. 56.

<sup>48</sup> *Fischer* (Fn. 7), § 244 Rn. 24a.

<sup>49</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 43.

<sup>50</sup> *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 267; im Anschluss daran OLG Schleswig NStZ 2000, 479 (480); ebenso *Schmitz* (Fn. 42), § 244 Rn. 56; *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 244 Rn. 11; *Hellmich*, NStZ 511, 513; a.A. wohl BGH StV 2001, 624 (für die Wohnungseigenschaft bei „von Gästen gemieteten Zimmern“).

<sup>51</sup> *Schmitz* (Fn. 42), § 242 Rn. 131.

<sup>52</sup> Vgl. zur Aneignungs- und Enteignungskomponente *Schmitz* (Fn. 42), § 242 Rn. 109 ff.

<sup>53</sup> *Zopfs*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), Bd. 2/2, § 164 Rn. 21 f.

<sup>54</sup> BGHSt 14, 240 (246); *Fischer* (Fn. 7), § 164 Rn. 3 m.w.N.

<sup>55</sup> So *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 694; *Vormbaum*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 3), § 164 Rn. 21.

<sup>56</sup> BGHSt 14, 240 (246); BGH NJW 1956, 1448; OLG Rostock NStZ 2005, 335; *Fischer* (Fn. 7), § 164 Rn. 3; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), § 164 Rn. 8.

<sup>57</sup> *Fischer* (Fn. 7), § 164 Rn. 3.

<sup>58</sup> *Zopfs* (Fn. 53), § 164 Rn. 22 a.E.

<sup>59</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 50 Rn. 7; i.E. ebenso *Fischer* (Fn. 7), § 164 Rn. 3; *Lenckner* (Fn. 56), § 164 Rn. 8.

<sup>60</sup> *Ruß*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 2000, § 164 Rn. 5; ebenso *Zopfs* (Fn. 53), § 164 Rn. 21 f., wonach eine zumindest bestimmbare andere Person erforderlich sei. Dies wäre hier durch die Zuordnung der Mütze zu R der Fall.

<sup>61</sup> *Vormbaum* (Fn. 55), § 164 Rn. 36.

<sup>62</sup> *Fischer* (Fn. 7), § 164 Rn. 12.

Umstritten ist freilich auch hier, ob schon das Schaffen einer für den Betroffenen kompromittierenden Sachlage den objektiven Tatbestand erfüllt. Die ganz h.M. lehnt dies mit der Begründung ab, dass es sich bei §§ 186, 187 StGB um *Äußerungsdelikte mit erkennbarem Drittbezug* handele. Konstellationen, in denen der (falsche) Anschein erweckt werde, das Opfer selbst stehe hinter der ehrenrührigen Handlung, seien nicht tatbestandsmäßig.<sup>63</sup> Es fehle an einem „Behaupten in Beziehung auf einen anderen“, weil Erklärender und Betroffener scheinbar identisch sind.<sup>64</sup> Die Gegenansicht<sup>65</sup>, die hier ein „Verbreiten“ annehmen möchte, verkennt die Eigenart des § 186 StGB als Äußerungsdelikt. B hat sich nicht nach § 186 StGB strafbar gemacht.

### IX. § 145d Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit nach § 145d Abs. 2 S. 1 StGB – Täuschung über den Beteiligten an einer Straftat – scheidet aus, weil die Beweismittelmanipulation bereits von § 164 Abs. 1 StGB erfasst ist (h.M., s.o.).

*Hinweis:* Wer bei § 164 StGB der Mindermeinung ge- folgt ist, müsste § 145d Abs. 2 indessen bejahen.

Die Subsidiaritätsklausel des § 145d Abs. 1 StGB a.E. be- zieht sich auch auf Abs. 2 („*ebenso* wird bestraft“).<sup>66</sup>

*Hinweis:* Vorsicht! Das wird in Übungen häufig übersehen.

### C. Ergebnis des ersten Handlungsabschnitts

1. A hat sich wegen versuchter Erpressung strafbar gemacht, §§ 253 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB.

2. B hat sich, jeweils auf Grundlage der h.M., strafbar gemacht aus § 242 i.V.m. §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1; 303, 164 Abs. 1 StGB. Zwischen Diebstahl in einem besonders schweren Fall und § 303 StGB besteht Idealkonkurrenz<sup>67</sup>; § 164 StGB steht hierzu in Realkonkurrenz.

<sup>63</sup> BGH NStZ 1984, 216; *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 186 Rn. 6; *Regge*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), § 186 Rn. 16; *Rengier* (Fn. 3), § 29 Rn. 8; *Lenckner* (Fn. 56), § 186 Rn. 8.

<sup>64</sup> *Regge* (Fn. 63), § 186 Rn. 16.

<sup>65</sup> *Streng*, GA 1985, 214, der die §§ 185 ff. StGB als „Zuschreibungsdelikte“ bezeichnet; *Otto*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. 2005, § 32 Rn. 18.

<sup>66</sup> *Fischer* (Fn. 7), § 145d Rn. 14.

<sup>67</sup> Zum Konkurrenzproblem bei §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und § 303 StGB, BGH NJW 2002, 150.

## Zweiter Handlungsabschnitt: Die angekündigte Hausdurchsuchung

### A. Strafbarkeit des B

#### § 258 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des B aus § 258 Abs. 1 StGB scheidet aus, da die *persönliche Selbstbegünstigung* („*ein anderer*“) nicht tatbestandsmäßig ist.<sup>68</sup>

### B. Strafbarkeit des S

#### I. § 258 Abs. 1 StGB

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

Durch die Benachrichtigung des B könnte sich S wegen Strafvereitelung strafbar gemacht haben.

Die rechtswidrige Vortat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) liegt in den von B begangenen „verschiedenen Wirtschaftsdelikten“. Die Handlung des S müsste außerdem zu einem *Vereitelungserfolg* geführt haben. Nicht notwendig hierfür ist, dass die Strafverhängung endgültig verhindert wird. Es genügt vielmehr, dass sich der Vollzug des staatlichen Strafanspruchs durch die Tathandlung *für geraume Zeit verzögert*.<sup>69</sup> Für den Verzögerungserfolg wird eine Zeitspanne von zumindest zehn Tagen zu verlangen sein.<sup>70</sup> Weil die Wahrheit „wenig später“ nach der angekündigten Durchsuchung ans Licht kommt, fehlt es am Eintritt des Verzögerungserfolgs.

##### 2. Ergebnis

S ist nicht nach § 258 Abs. 1 StGB strafbar.

#### II. §§ 258 Abs. 1, 4, 22, 23 Abs. 1 StGB

S könnte sich durch seine Mitteilung aus §§ 258 Abs. 1, 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Der Versuch der Strafvereitelung ist gem. § 258 Abs. 4 StGB strafbar.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Der Tatentschluss des S richtet sich auf die Herbeiführung eines Vereitelungserfolgs. Die Benachrichtigung seines Mandanten sollte die Realisierung des staatlichen Strafanspruchs – zumindest für geraume Zeit – verzögern. Zudem erstreckte sich S` Vorsatz auf das Vorhandensein einer Vortat, da er nicht an der Schuld seines Mandanten zweifelte.

Der Tatbestand der versuchten Strafvereitelung wirft allerdings zwei grundlegende Probleme auf. Zum einen könnte die Strafbarkeit ausscheiden, weil S als Strafverteidiger zugunsten seines Mandanten handelt (aa), zum anderen ist eine Abgrenzung zwischen strafbarer Vereitelungshandlung und

<sup>68</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 11), § 258 Rn. 6.

<sup>69</sup> *Stree* (Fn. 35), § 258 Rn. 16; BGH NJW 1999, 2908: „erheblich verzögert“. Näher *Küper* (Fn. 5), S. 355 f.; dort auch zu Stimmen, welche die Einbeziehung des „Verzögerungserfolgs“ grundsätzlich ablehnen.

<sup>70</sup> Übersicht bei *Küper* (Fn. 5), S. 333; für 10 Tage in Anlehnung an § 229 Abs. 1 StPO *Jahn*, ZRP 1998, 103 (105 f.); für eine Untergrenze von zwei Wochen *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 727.

(strafloser) Anstiftung zur tatbestandslosen Selbstbegünstigung vonnöten (bb).

aa) Fraglich ist, ob die Warnung schon deshalb straflos bleibt, weil S sie im Interesse seines Mandanten aussprach. Nach einer literarischen Mindermeinung ist der Strafverteidiger allein den Interessen seines Mandanten verpflichtet, nicht aber dem öffentlichen Interesse an einer funktionsfähigen Strafrechtspflege (sog. „*Parteiinteressentheorie*“).<sup>71</sup> Der Verteidiger darf hiernach ungestraft für seinen Mandanten lügen, ihm Aussagen in den Mund legen oder Beweisquellen trüben (hier: durch Warnung vor einer Durchsuchung). Demgegenüber sieht die ganz herrschende Ansicht in dem Strafverteidiger ein unabhängiges Organ der Rechtspflege („*Organtheorie*“).<sup>72</sup> Der Verteidiger darf sich nicht „um jeden Preis“ für seinen Mandanten einsetzen, er bleibt an Recht und Gesetz gebunden. Für ein solches Verständnis spricht schon die Formulierung des § 1 BRAO, wonach der Rechtsanwalt „ein unabhängiges Organ der Rechtspflege“ ist. Zudem ist zweifelhaft, ob dem Mandanten mit der „*Parteiinteressentheorie*“ gedient ist.<sup>73</sup> Kein Richter wird einem Verteidigervorbringen Beachtung schenken, wenn dieses nicht der Wahrheitspflicht unterliegt. Schließlich wäre es auch für Strafverteidiger unzumutbar, wenn sie nolens volens zu „Spießgesellen des Mandanten“<sup>74</sup> mutierten.

Auf Grundlage der herrschenden „*Organtheorie*“ erfüllt (nur) pflichtgemäßes Verteidigerhandeln nicht den Tatbestand des § 258 StGB.<sup>75</sup> S bliebe somit straflos, wenn er sich mit seiner Vorwarnung im Rahmen des strafprozessual Zulässigen bewegt hätte. Nach der Rechtsprechung hat sich der Strafverteidiger jeder aktiven Verdunkelung oder Verzerrung des Sachverhalts zu enthalten; ihm ist es verboten, Beweisquellen zu verfälschen.<sup>76</sup> Der Verteidiger ist insbesondere nicht befugt, den Beschuldigten vor (auch zufällig erfahrenen) Durchsuchungen zu warnen, weil er damit den Untersuchungszweck gefährdet.<sup>77</sup>

bb) Fraglich ist weiterhin, ob das Verhalten des S als bloße Anstiftungshandlung zu bewerten ist. Weil B hinsichtlich seiner Selbstbegünstigung tatbestandslos handelt (s.o.), wäre die Anstiftungshandlung des S wegen des Fehlens einer Haupttat straflos! Eine vordringende Mindermeinung gelangt

hier tatsächlich zu einer straflosen Teilnahme des S.<sup>78</sup> Die Einbeziehung unselbstständiger Hilfeleistungen widerspreche dem Gesetzeswortlaut, dem Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG sowie der im StGB zwingend vorgegebenen Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme.<sup>79</sup> Zudem habe der Gesetzgeber in anderen Tatbeständen zu eindeutigen Formulierungen gegriffen, wenn das Modell des Einheitstäters gelten solle, etwa im Falle der §§ 120 Abs. 1 StGB oder § 259 StGB.<sup>80</sup> Dagegen betrachtet die herrschende Meinung § 258 StGB zu Recht als „*verselbstständigtes nachträgliches Teilnahmedelikt*“, das bestimmte Formen von Teilnahmehandlungen („sachlichen Beistand“) zu täterschaftlichem Verhalten aufwertet.<sup>81</sup> Es ist gerade Sinn des § 258 StGB, „Hilfe“ nach der Tat unter Strafe zu stellen.<sup>82</sup> Wollte man dies anders sehen, so wäre § 258 StGB entgegen der gesetzgeberischen Intention seines zentralen Anwendungsbereichs beraubt.<sup>83</sup>

b) Mit der Benachrichtigung seines Mandanten hat S unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

## 2. Ergebnis

S hat sich wegen versuchter Strafvereitelung strafbar gemacht.

### C. Ergebnis des zweiten Handlungsabschnitts

B bleibt straflos; S hat sich (auf Grundlage der h.M.) aus §§ 258 Abs. 1, 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### D. Gesamtergebnis:

A hat sich wegen versuchter Erpressung strafbar gemacht, §§ 253 Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB.

B ist strafbar wegen eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall in Tateinheit mit Sachbeschädigung in Tateinheit mit falscher Verdächtigung (§§ 242 i.V.m. 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 52, 303, 53, 164 Abs. 1 StGB).

S ist strafbar wegen versuchter Strafvereitelung nach §§ 258 Abs. 1, 4, 22, 23 Abs. 1 StGB.

<sup>71</sup> Bernsmann, StraFO 1999, 226; Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1349); Scholderer, StV 1993, 228 (229).

<sup>72</sup> BGHSt 9, 20 (22); 46, 36 (44); Beulke, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, S. 93 Rn. 150; Tondorf, StV 1983, 257 (258).

<sup>73</sup> Volk, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, § 11 Rn. 23.

<sup>74</sup> Prägnant Beulke (Fn. 73), Rn. 151.

<sup>75</sup> Fischer (Fn. 7), § 258 Rn. 17.

<sup>76</sup> BGH NJW 2000, 2433 (2434).

<sup>77</sup> KG NStZ 1983, 556 (557); Stree (Fn. 35), § 258 Rn. 20; Fischer (Fn. 7), § 258 Rn. 22; anders hinsichtlich solcher Informationen, die der Verteidiger „zufällig“ erfahren habe und die im „Risikobereich der Justiz“ liegen: Mehle, NStZ 1983, 557 (558); Cramer, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 258 Rn. 44; Krekeler, NStZ 1989, 146 (149 f.).

<sup>78</sup> Hierzu Lackner/Kühl (Fn. 11), § 258 Rn. 10; Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Fn. 2), 6. Aufl., 52. Lieferung, Stand: August 2001, § 258 Rn. 31; Jerouschek/Schröder, GA 2000, 59.

<sup>79</sup> Altenhain, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 258 Rn. 24; Problemübersicht bei Küper (Fn. 5), S. 356 f.

<sup>80</sup> So Dessecker, GA 2005, 142 (149).

<sup>81</sup> Vgl. Küper (Fn. 5), S. 357; i.E. auch Rengier (Fn. 3), § 21 Rn. 21; Stree (Fn. 35), § 258 Rn. 33; Wessels/Hettinger (Fn. 3), Rn. 725.

<sup>82</sup> Lackner/Kühl (Fn. 11), § 258 Rn. 6.

<sup>83</sup> Hierzu jüngst Küper, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 555 ff.



# Übungsfall: Der Karpfen im Goldfischteich

Von Rechtsanwalt Dr. **Oliver Sahan**, München

*Der Fall richtet sich an Examenskandidaten im strafrechtlichen Schwerpunktbereich Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafrecht. Schwerpunkte des Falles sind die Umweltdelikte im Überblick, die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei einem Irrtum des Vordermannes über den konkreten Handlungssinn, die neutrale Beihilfe sowie gekreuzte Mordmerkmale.*

## Sachverhalt

A will sich an seinem Nachbarn N rächen, der schon zu oft seiner (des A) jungen Geliebten G schöne Augen gemacht hat. B, der ebenfalls noch eine Rechnung mit N offen hat, rät A, Motoröl in den Fischteich des N zu gießen und auf diese Weise den von N geliebten, wirtschaftlich aber wertlosen Goldfisch „Goldie“ zu töten. A ist sofort begeistert von der Idee.

Er geht zum nahe gelegenen Autozubehörhandel und erwirbt beim Verkäufer V fünf Liter Motoröl. V, der von der Fehde zwischen A und N weiß, ahnt, dass A Übles mit dem Öl plant. Eine von ihm für möglich gehaltene Schädigung des N durch eine Verwendung des Öls für dessen Teich nimmt er billigend in Kauf. Dass N in seinem Teich Fische hat, hält V, der N als tierfeindlich einschätzt, ohnehin für ausgeschlossen.

Schon in der nächsten Nacht klettert A über die verschlossene Gartenpforte zum Teich des N, gießt das Öl ein und verlässt zufrieden das Grundstück des N.

Das Einleiten des Öls führt zum Tod des wertvollen Kois aus der Familie der Brokat-Karpfen, den N kurz zuvor anlässlich von Goldies natürlichem Ableben erworben hat. Der wirtschaftliche Schaden beträgt mehrere tausend Euro.

Als das Unglück des N bekannt wird, freut sich B, der von dem Koi wusste, dass sein Plan, den ahnungslosen A für seine Schädigungsabsichten einzusetzen, aufgegangen ist. Der ohnehin schon labile A hingegen verfällt in schwere Depressionen, als er mitbekommt, was er angerichtet hat. Er hütet lebensunlustig einige Wochen das Bett und bittet schließlich G, zu deren Gunsten er in seinem Testament ein großzügiges Vermächtnis vorgesehen hat, sie möge ihn mit einer Überdosis Morphium töten. G bespricht sich mit S, dem Sohn des A. Wahrheitsgemäß erzählt sie, dem Wunsch des A entsprechen zu wollen und zwar in erster Linie, weil sie das Leiden des A nicht mehr mit ansehen könne, in zweiter Linie aber auch wegen des Vermächtnisses. S begehrt G und ist schon seit langem eifersüchtig auf seinen Vater. Das von G erwähnte Geld interessiert ihn nicht, da er selbst über beträchtliches Vermögen verfügt. Er möchte seinen Vater aus Hass und Eifersucht möglichst bald unter der Erde wissen und verschafft aus diesem Grund der G das verlangte Morphium. G injiziert A die tödliche Dosis am nächsten Tag. Gerade noch rechtzeitig erscheint in letzter Sekunde der Hausarzt und rettet A vor dem Tod.

Prüfen Sie die Strafbarkeit der Beteiligten. Die erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

## Lösung:

### Erster Handlungsabschnitt: Das Geschehen um den Teich

#### Erster Teil: Strafbarkeit des A

##### A. § 303 Abs. 1 StGB

Indem A das Öl in den Teich des N einleitete, könnte er eine Sachbeschädigung am Koi begangen haben.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Fremde Sache als Tatobjekt

Bei dem Koi müsste es sich um eine für A fremde Sache gehandelt haben. Sachen sind gemäß § 90 BGB alle körperlichen Gegenstände. Es steht einem Verständnis von Tieren als Mitgeschöpfen nicht entgegen, das an ihnen trotz der Tiere von Sachen im Sinne des BGB unterscheidenden Regelung des § 90a BGB auch zivilrechtlich vorgesehene Eigentum strafrechtlich zu schützen, so dass auch Tiere Sachen im Sinne des § 303 Abs. 1 StGB sind (also vom Zivilrecht abweichender Sachenbegriff im Strafrecht.<sup>1</sup>) Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.<sup>2</sup> Der Koi war ein Tier, das im Alleineigentum des N stand. Also handelt es sich bei ihm um eine für A fremde Sache.

#### b) Beschädigen oder Zerstören als Tathandlung

Indem A Öl in den Teich goss, verursachte er den Tod des Koi und zerstörte ihn damit.<sup>3</sup>

### 2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung<sup>4</sup> und muss sich nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auf alle Umstände des gesetzlichen Tatbestandes beziehen. Als A das Öl in den Teich des N goss, wusste er, dass er den Tod eines dem N gehörenden Fisches verursachen würde. Damit hatte er Kenntnis von allen Umständen des Tatbestandes der Sachbeschädigung. Dass A sich irrig vorstellte, „Goldie“ zu töten und von dem tatsächlich im Teich befindlichen Koi nichts wusste, ändert hieran nichts. Für den Vorsatz hinsichtlich des Vorliegens einer Sache kommt es weder auf die zutreffende Kenntnis einer Tierart noch auf eine realistische Einschätzung des Wertes der Sache an.<sup>5</sup> Der Irrtum des A ist als unbeachtlicher error in obiecto zu bewerten und führt nicht zum Entfallen des Vorsatzes. A handelte vorsätzlich hinsichtlich der Zerstörung einer fremden Sache.

<sup>1</sup> Ausführlich dazu Küper, JZ 1993, 435; Graul, JuS 2000, 215.

<sup>2</sup> Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 303 Rn. 4.

<sup>3</sup> Zur Definition des Zerstörens vgl. Stree (Fn. 2), § 303 Rn. 11.

<sup>4</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 15 Rn. 3.

<sup>5</sup> Zum error in obiecto Fischer (Fn. 4), § 16 Rn. 5 m.w.N.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Strafantrag**

Der nach § 303c StGB erforderliche Antrag ist gestellt.

*Hinweis:* Vorliegend ist angesichts der durch das Öl bewirkten Gefährdung der Umwelt zudem die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung denkbar, so dass auch ein Einschreiten von Amts wegen möglich und ein Strafantrag damit verzichtbar gewesen wäre.

**IV. Ergebnis**

Durch das Einleiten des Öls hat A eine Sachbeschädigung am Koi des N begangen.

**B. § 314 Abs. 1 StGB**

Fraglich ist, ob A durch das Einleiten des Öls in den Fischteich des N eine gemeingefährliche Vergiftung begangen hat.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

Dann müsste es sich bei dem Fischteich um ein Schutzobjekt i.S.d. § 314 Abs. 1 StGB gehandelt haben. Als Schutzobjekt beschreibt Nr. 1 Wasser in gefassten Quellen, in Brunnen, Leitungen und Trinkwasserspeichern. Entsprechend dem Schutzzweck des § 314 Abs. 1 StGB, der darin besteht, das Leben und die Gesundheit von Menschen zu schützen,<sup>6</sup> muss das Wasser dem privaten oder öffentlichen Gebrauch von Menschen dienen, also zum Trinken, zur Ernährungszubereitung, zum Waschen oder Baden.<sup>7</sup> Das Wasser des Teiches gerät nicht typischer Weise mit dem menschlichen Körper in gefährlichen Kontakt und unterfällt aus diesem Grund nicht dem Schutzzweck des § 314 Abs. 1 StGB.

*2. Zwischenergebnis*

A hat den Tatbestand des § 314 Abs. 1 StGB durch das Einleiten des Öls in den Teich des N nicht erfüllt.

**II. Ergebnis**

A hat keine gemeingefährliche Vergiftung begangen.

**C. § 324 Abs. 1 (§ 330 Abs. 1) StGB**

Möglicherweise hat A sich aber wegen Gewässerverunreinigung strafbar gemacht, indem er das Öl in den Teich goss.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Gewässer*

Dann müsste es sich bei dem Teich des N um ein Gewässer gehandelt haben. Gewässer sind nach der Legaldefinition des

§ 330d Nr. 1 StGB oberirdische Gewässer, das Grundwasser und das Meer. Unter oberirdischen Gewässern sind die ständig oder zeitweilig in Betten fließenden oder stehenden oder aus Quellen wild abfließenden Wasser zu verstehen.<sup>8</sup> Der Teich des N war ein Wasser, das ständig in einem Bett stand. Also handelte es sich um ein Gewässer.

*b) Verunreinigen*

A müsste dieses Gewässer verunreinigt haben. Verunreinigen ist das Verursachen eines weniger reinen äußeren Erscheinungsbildes.<sup>9</sup> Indem A fünf Liter Öl in den Teich des N goss, verursachte er Ölflecken, wahrscheinlich sogar eine Ölschicht auf der gesamten Oberfläche des Teiches. Also hat er diesen verunreinigt.

*2. Subjektiver Tatbestand*

A handelte vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

*Hinweis:* „Unbefugt“ ist allgemeines Verbrechensmerkmal.<sup>10</sup>

**III. Strafe**

Möglicherweise ist die durch A begangene Gewässerverunreinigung als ein besonders schwerer Fall nach § 330 Abs. 1 StGB zu bewerten.

*Hinweis:* Achtung: § 330 Abs. 1 StGB beinhaltet Regelbeispiele, während § 330 Abs. 2 StGB eine Qualifikation darstellt.

*1. Nr. 1*

A könnte das in Nr. 1 genannte Regelbeispiel verwirklicht haben. Dann müsste er ein Gewässer derart beeinträchtigt haben, dass die Beeinträchtigung nicht, nur mit außerordentlichem Aufwand oder erst nach längerer Zeit beseitigt werden kann. Beeinträchtigen meint eine in mehr als nur geringfügigem Ausmaß nachteilige Beeinflussung.<sup>11</sup> Die Beseitigung ist nur mit außerordentlichem Aufwand oder erst nach längerer Zeit möglich, wenn der dem Naturhaushalt zugefügte Nachteil so schwerwiegend ist, dass er nur besonders schwer reversibel ist.<sup>12</sup> Das Einleiten von Öl in einen Teich stellt eine Beeinträchtigung dar. Es ist aber nicht anzunehmen, dass die Entfernung eines Ölfilms bei einem Fischteich nur besonders schwer möglich ist. Daher ist das Regelbeispiel Nr. 1 nicht erfüllt.

<sup>8</sup> Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 324 Rn. 4.

<sup>9</sup> Wernicke, NJW 1977, 1663.

<sup>10</sup> Cramer/Heine (Fn. 8), § 324 Rn. 11.

<sup>11</sup> Cramer/Heine (Fn. 8), § 330 Rn. 4.

<sup>12</sup> Lackner/Kühl, Stragesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 330 Rn. 3.

<sup>6</sup> Fischer (Fn. 4), § 314 Rn. 1.

<sup>7</sup> Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 314 Rn. 5.

*Hinweis:* Ein anderes Ergebnis ist mit Hinweis auf regelmäßig hohen Aufwand der Beseitigung von Ölrückständen gut vertretbar.

2. Nr. 2

Die öffentliche Wasserversorgung ist durch das Öl auf dem Teich des N nicht gefährdet.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht wäre damit zu begründen, dass Öl vom Teich ins Erdreich und dann durch Ausspülung ins Grundwasser gelangen könnte.

3. Nr. 3

Für die Annahme einer nachhaltigen Schädigung des Bestands einer Tierart reicht die Vernichtung einzelner Individuen aus einer Population nicht aus,<sup>13</sup> so dass A mit der Tötung des einzelnen Koi auch das Regelbeispiel Nr. 3 nicht erfüllte.

4. Zwischenergebnis

Also ist die Gewässerverunreinigung des A nicht als besonders schwerer Fall einzustufen.

**IV. Ergebnis**

A hat sich wegen Gewässerverunreinigung strafbar gemacht, indem er das Öl in den Teich schüttete.

**D. § 330 Abs. 2 StGB**

*Hinweis:* Für die Erfüllung des Qualifikationstatbestandes nach § 330 Abs. 2 StGB sind keine Anhaltspunkte gegeben, so dass die Prüfung auch unterbleiben kann. Es schadet an dieser Stelle aber auch nicht, dem Prüfer sein Verständnis der Struktur des § 330 StGB kurz aufzuzeigen.

**E. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB**

Indem A über die verschlossene Gartenpforte kletterte und auf das Grundstück des N schlich, verwirklichte er auch den Tatbestand des Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB .

**Zweiter Teil: Strafbarkeit des B**

**A. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

Eine mittäterschaftlich begangene Sachbeschädigung am Koi des N scheidet für B aus, weil er nicht aufgrund eines gemeinsamen Tatplans arbeitsteilig mit A handelte.

**B. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB**

B könnte eine Sachbeschädigung in mittelbarer Täterschaft am Koi des N begangen haben, indem er A auf die Idee brachte, Öl in den Teich zu kippen.

**I. Tatbestand**

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Der Koi war auch für B eine fremde bewegliche Sache.

b) Zerstören

aa) Selbst

Die eigentliche Zerstörungshandlung – Öl in den Teich schütten als letzte kausale Handlung – hat B nicht selbst ausgeführt.

bb) Zurechnung über § 25 Abs. 1 Var. 2

Möglicherweise kann ihm aber das Eingießen des Öls durch A über die Regeln der mittelbaren Täterschaft zugerechnet werden.

(1) Verursachungsbeitrag

Durch den Vorschlag des B ist A erst auf die Idee gekommen, das Öl einzuleiten, so dass B einen Verursachungsbeitrag zur Sachbeschädigung am Koi geleistet hat.

(2) Bewertung als täterschaftlich

Dieser Verursachungsbeitrag müsste als täterschaftlich zu bewerten sein. Ein Verursachungsbeitrag ist geeignet, mittelbare Täterschaft zu begründen, wenn er dem Hintermann Täterschaft verleiht. Nach der Täterschaftslehre ist die Täterschaft hinreichende Voraussetzung für die Annahme von Täterschaft,<sup>14</sup> für die modifizierte subjektive Theorie zumindest zentrales Indiz für das Vorliegen einer Täterwillens.<sup>15</sup>

*Hinweis:* Auch wenn der BGH seit langem für die mittelbare Täterschaft auf das Kriterium der Täterschaft zurückgreift, kann hieraus noch nicht zwingend auf eine Aufgabe der subjektiven Theorie geschlossen werden. Da es zudem in der Literatur noch vereinzelte Vertreter der subjektiven Theorie gibt, sollte diese zumindest kurz erwähnt werden.

Grundsätzlich setzt Täterschaft nach dem Verantwortungsprinzip voraus, dass der Vordermann einen Strafbarkeitsmangel aufweist und der Hintermann diesen Mangel durch überlegenes Wissen oder Wollen beherrschend für sich ausnutzt.<sup>16</sup> Ob in Fällen wie dem vorliegenden, in denen der Vordermann einem error in obiecto unterliegt, aufgrund dessen Unbeachtlichkeit jedoch volldeliktisch handelt, ausnahmsweise trotzdem Steuerungsherrschaft des Hintermannes in Form eines „Täters hinter dem Täter“ angenommen werden kann, wird uneinheitlich beurteilt.

<sup>14</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 10 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> BGH StV 1981, 275 und danach zumindest überwiegende Rechtsprechung des BGH.

<sup>16</sup> Roxin, Täterschaft und Täterschaft, 2000, S. 143-148; ders. (Fn. 14), § 25 Rn. 45 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> Fischer (Fn. 4), § 330 Rn. 5 mit Verweis auf § 326 Rn. 5e.

(a) (Mittelbarer) Täter hinter dem Täter

Nach einer Ansicht ist Steuerungsherrschaft des Hintermannes und damit dessen Täterschaft anzunehmen, wenn dieser beim Vordermann einen Irrtum über den konkreten Handlungssinn hervorruft. Dies sei unter anderem gegeben, wenn der Hintermann einen error in persona vel in obiecto beim Vordermann erwecke oder unterhalte und für sich ausnutze. Dass der Irrtum den Vordermann selbst nicht entlaste, spiele keine Rolle.<sup>17</sup> A unterlag einem error in obiecto. Diesen hatte B auch hervorgerufen, indem er A riet, durch das Öl den Goldfisch zu töten, obwohl er wusste, dass der wertvolle Koi sich im Teich befand. Den Irrtum des A wollte B ausnutzen, um seine „Rechnung“ mit N zu begleichen. Danach käme B Steuerungsherrschaft zu.

(b) (Unmittelbare) Nebentäterschaft

Eine abweichende Meinung nimmt in Fällen eines unbeachtlichen errors in obiecto beim Vordermann für den Hintermann unmittelbare Nebentäterschaft an, weil der Hintermann den fremden Verbrechensplan für eigene Zwecke ausgenutzt und durch seine Manipulation selbst auf den Erfolg hingewirkt habe.<sup>18</sup> Danach wäre eine täterschaftliche Zurechnung über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB für B nicht erforderlich.

(c) Teilnahme

Nach wiederum anderer Ansicht kann lediglich Teilnahme des Hintermannes angenommen werden, weil dieser durch seine Manipulation die konkrete Tat gefördert oder wie ein Anstifter auf den Willen des Vordermannes eingewirkt habe.<sup>19</sup> Nach dieser Ansicht scheidet eine Zurechnung über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB für B ebenfalls aus.

(d) Stellungnahme

Trotz der volldeliktischen Verwirklichung der Sachbeschädigung durch den Vordermann kommt dem Hintermann in Fällen der Ausnutzung eines error in persona vel in obiecto hinsichtlich des tatsächlich verletzten Gegenstands eine tatbeherrschende zentrale Stellung zu. Der den Irrtum des Vordermannes steuernde Hintermann greift das konkrete Rechtsgut unter Ausnutzung der Ahnungslosigkeit des Vordermannes an. Wird die Tatherrschaft des mittelbaren Täters zwar regelmäßig durch das Ausnutzen eines Strafbarkeitsmangels beim Vordermann begründet, kann eine solche in einzelnen Fallgruppen auch ohne das Vorliegen eines deliktischen Mangels durch eine anders bewirkte tatsächliche Beherr-

<sup>17</sup> Lackner/Kühl (Fn. 12), § 25 Rn. 4; Roxin, in: Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 173; ders., in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 25 Rn. 105; Cramer/Heine (Fn. 8), § 25 Rn. 23, alle m.w.N.

<sup>18</sup> Spindel, in: Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 147; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 15 V.

<sup>19</sup> Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 24; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 21/102; Otto, Jura 1987, 246.

schung und Steuerung der konkreten Tat bewirkt werden. Es würde nicht der tatsächlichen Bedeutung des Tatbeitrags des Hintermannes entsprechen, diesen lediglich als Teilnehmer einzustufen.

Eine Nebentäterschaft des Hintermannes anzunehmen, hieße den Umstand vernachlässigen, dass dieser den Vordermann für seine Zwecke ausnutzt und die Tat daher „durch einen anderen“ und damit in der Form der mittelbaren Täterschaft begeht.

Zutreffenderweise ist folglich Steuerungsherrschaft des B anzunehmen. Andere Indizien, die gegen die Annahme eines Täterwillens sprächen, sind nicht ersichtlich, insbesondere hatte der ebenfalls verärgerte B ein starkes Interesse am Taterfolg. Also ist der an A gerichtete Vorschlag des B, Öl in den Teich des N zu gießen, sowohl nach der Tatherrschaftslehre als nach der modifizierten subjektiven Theorie als täterschaftlich in der Form eines Täters hinter dem Täter zu bewerten.

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich. Auch kannte er den Irrtum des A und hatte damit Tatherrschaftsbewusstsein.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafantrag

Der nach § 303c StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

IV. Ergebnis

B hat sich wegen Sachbeschädigung in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht, indem er A vorschlug, Öl in den Teich zu gießen.

C. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB

Die durch den Vorschlag begrifflich ebenfalls erfüllte Anstiftung zur Sachbeschädigung tritt hinter der täterschaftlichen Begehung als der schwereren Beteiligungsform im Wege der Gesetzeskonkurrenz als subsidiär zurück.

D. §§ 303 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB

Dasselbe gilt für die in dem Vorschlag zu sehende psychische Beihilfe zur Sachbeschädigung des A.

E. §§ 324 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Die durch A verwirklichte Gewässerverunreinigung kann B nicht über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB als „Täter hinter dem Täter“ zugerechnet werden, weil A insoweit keinem Irrtum unterlegen war, den B hätte für sich ausnutzen können.

F. §§ 324 Abs. 1, 26 StGB

Möglicherweise hat B sich jedoch wegen Anstiftung zur Gewässerverunreinigung strafbar gemacht, indem er A vorschlug, Öl in den Teich des N zu gießen.

**I. Tatbestand***1. Objektiver Tatbestand**a) Teilnahmefähige Haupttat*

Mit der durch A vorsätzlich und rechtswidrig begangenen Gewässerverunreinigung lag für B eine teilnahmefähige Haupttat vor.

*b) Bestimmen*

B müsste A zu dieser Tat bestimmt haben. Bestimmen bedeutet nach herrschender Meinung Verursachen des Tatenschlusses im Wege eines geistigen Kontakts.<sup>20</sup> Ohne den Vorschlag des B wäre A nicht auf die Idee gekommen, Öl in den Teich zu gießen. Also hat B ihn zur Tat bestimmt.

*2. Subjektiver Tatbestand*

B hatte Vorsatz sowohl hinsichtlich der Haupttat des B als auch hinsichtlich seines Bestimmens.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

B hat sich strafbar gemacht wegen Anstiftung zur Gewässerverunreinigung.

*Hinweis:* Die ebenfalls verwirklichte psychische Beihilfe ist gegenüber der Anstiftung subsidiär.

**Dritter Teil: Strafbarkeit des V****A. §§ 303 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB**

Hinsichtlich der Sachbeschädigung des A am Koi des N fehlte es V am Vorsatz bezüglich der Haupttat, weil er nicht für möglich hielt, dass A Fische besaß.

**B. §§ 324 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB**

Möglicherweise hat V aber Beihilfe zu der durch A verwirklichten Gewässerverunreinigung begangen, indem er ihm das dabei verwendete Öl verkaufte.

**I. Tatbestand***1. Objektiver Tatbestand**a) Teilnahmefähige Haupttat*

Die von A begangene Gewässerverunreinigung war teilnahmefähige Haupttat.

*b) Hilfe leisten*

Zu dieser Tat müsste V Hilfe geleistet haben. Umstritten ist, ob nur erfolgskausale Beiträge Hilfeleistung sein können<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cramer/Heine (Fn. 8), § 26 Rn. 4, mit Hinweis auch auf andere Ansichten.

<sup>21</sup> So die herrschende Literatur, die hier allerdings an Kausalität geringere Anforderungen stellt als nach der *conditio sine qua non* Formel: Claß, in: Spendel (Hrsg.), Festschrift für Ul-

oder auch Verhaltensweisen, die lediglich die Tathandlung fördern<sup>22</sup>. Die Veräußerung des Öls kann indes nicht hinweggedacht werden, ohne dass auch der Erfolg der Gewässerverunreinigung entfiel, so dass das Verhalten des V kausal war und damit nach allen Ansichten an sich eine Hilfeleistung vorlag.

*2. Subjektiver Tatbestand*

Da V konkret für möglich hielt, dass A das Öl in den Teich des N gießen würde und diese Möglichkeit billigend in Kauf nahm, hatte er Vorsatz in Form des *dolus eventualis* bezüglich der Haupttat des A. Hinsichtlich seiner Hilfeleistung handelte er ebenfalls vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Neutrale Beihilfe**

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass das als Beihilfe in Rede stehende Verhalten des V für diesen eine berufstypische Handlung darstellte, die nach außen als neutral bezeichnet werden müsste. Die strafrechtliche Sanktionierung solcher berufstypischen Verhaltensweisen könnte zu einer unzulässigen Einschränkung der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit führen, so dass sich die Frage stellt, ob insoweit eine Einschränkung der Beihilfestrafbarkeit vorzunehmen ist.<sup>23</sup>

*1. Keine Einschränkung*

Nach einer vereinzelt Ansicht sind für die Beihilfestrafbarkeit keine Einschränkungen bei berufstypischen Verhaltensweisen vorzunehmen.<sup>24</sup> Danach bliebe es bei einer Strafbarkeit des V wegen Beihilfe zu Gewässerverunreinigung.

*2. Einschränkung für neutrale Verhaltensweisen*

Ansonsten wird einstimmig eine Einschränkung der Beihilfestrafbarkeit für berufstypische und äußerlich alltäglich erscheinende Verhaltensweisen vertreten. Nur deren dogmatische Verortung im Deliktsaufbau erfolgt uneinheitlich:

rich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, 1966, S. 115 ff.; Dreher, MDR 1972, 553; Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, 55 ff.; Lackner/Kühl (Fn. 13), § 27 Rn. 2; Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 34. Lieferung, Stand: Oktober 2000, § 27 Rn. 3; Cramer/Heine (Fn. 8), § 27 Rn. 10; Fischer (Fn. 4), § 27 Rn. 2; Roxin (Fn. 14), § 26 Rn. 184 ff., u.v.a.

<sup>22</sup> RGSt 58, 113 und nachfolgend ständige Rechtsprechung des RG sowie des ihm folgenden BGH.

<sup>23</sup> Zum Streitstand und zu dessen Einordnung in den Klausuraufbau vgl. Rotsch, in: Rotsch u.a., Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, Fall 22.

<sup>24</sup> Niedermair, ZStW 107 (1995), 507.

*a) Kein Hilfeleisten*

Nach den Theorien von der Sozialadäquanz<sup>25</sup> und von der professionellen Adäquanz<sup>26</sup> liegt in den geschilderten Fällen schon keine Hilfeleistung i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB vor.

*b) Objektiv nicht zurechenbar*

Nach den Vertretern der Lehre von der objektiven Zurechnung entfällt bei neutralen Verhaltensweisen die objektive Zurechenbarkeit.<sup>27</sup>

*c) Erforderlicher Vorsatz entfällt*

Nach anderer Ansicht sind bei neutralem Verhalten die Anforderungen an den Vorsatz zu erhöhen. Bloßer dolus eventualis reiche für die Annahme von Vorsatz bezüglich der Haupttat in diesen Fällen nicht aus.<sup>28</sup>

*d) Zusätzlich Tatförderungswille erforderlich*

Nach der Rechtsprechung des BGH wiederum ist neben dem Vorsatz ein Tatförderungswille erforderlich, um äußerlich neutrale Verhalten der Beihilfestrafbarkeit unterwerfen zu können.<sup>29</sup>

*3. Stellungnahme*

Da V sich äußerlich neutral und berufstypisch verhielt, als er A das Öl verkaufte, hinsichtlich der Gewässerverunreinigung lediglich mit dolus eventualis und ohne Tatförderungswillen handelte, kommen alle einschränkenden Ansichten zu einem Ausschluss der Strafbarkeit. Allein die erst genannte Meinung, die jegliche Beschränkung der Strafbarkeit ablehnt, nähme vorliegend eine Beihilfestrafbarkeit des V an. Da die von dieser Ansicht befürwortete rigorose Anwendung des § 27 StGB aber jegliches soziale Miteinander unmöglich machte und eine unzulässige Einschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Berufsfreiheit zur Folge hätte, ist eine ausnahmslose Anwendung des § 27 StGB auf berufstypische, äußerlich neutrale Verhaltensweisen abzulehnen.

**IV. Ergebnis**

V hat sich nicht wegen Beihilfe zur Gewässerverunreinigung strafbar gemacht.

**Zweiter Handlungsabschnitt: Die missglückte Tötung des A****Erster Teil: Strafbarkeit der G****A. §§ 216 Abs. 1 und 2, 22 f. StGB**

G könnte sich wegen versuchter Tötung auf Verlangen strafbar gemacht haben, indem sie A das Morphium spritzte.

Der Tod des A ist ausgeblieben, die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 216 Abs. 2 StGB.

<sup>25</sup> Maiwald, ZStW 93 (1981), 890.

<sup>26</sup> Hassemer, wistra 1995, 41.

<sup>27</sup> Jakobs, GA 1996, 263; Ransiek, wistra 1997, 46.

<sup>28</sup> Otto, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 214 f.

<sup>29</sup> BGH wistra 2000, 340.

**I. Tatbestand***1. Tatentschluss**a) Vorsatz bzgl. Tod*

G injizierte das Morphium, gerade um den Tod des A herbeizuführen, hatte insoweit also dolus directus ersten Grades.

*b) Vorsatz bzgl. Verursachung des Todes*

G hatte auch hinsichtlich einer Verursachung des Todes durch das Setzen der Spritze dolus directus ersten Grades.

*c) Vorsatz der täterschaftlichen Verursachung*

Sie müsste auch Vorsatz hinsichtlich einer täterschaftlichen Verursachung des Todes gehabt haben. Die an dieser Stelle vorzunehmende Abgrenzung der täterschaftlichen Verursachung des Todes von der straflosen Beihilfe zum Suizid ist umstritten.

*aa) Animustheorie*

Nach der Animustheorie ist Täter, wer die Tat als eigene will.<sup>30</sup> Da dem § 216 StGB aber immanent ist, dass der Täter sich dem Willen des Opfers beugt,<sup>31</sup> anerkennt auch der BGH, dass subjektive Kriterien nicht ausreichen, um die täterschaftliche Tötung auf Verlangen von der Beihilfe zum Suizid abzugrenzen und greift insoweit ebenfalls auf das objektive Kriterium der Tatherrschaft zurück.<sup>32</sup>

*bb) Tatherrschaftslehre*

Die Tatherrschaftslehre müsste fragen, wer das Tatgeschehen beherrscht. Auch hier stößt man an Grenzen, da ein Lebensmüder durchaus den Suizid noch in freier Selbstbestimmung durchführen kann, wenn er Handlungen anderer mehr oder minder dulgend hinnimmt.<sup>33</sup> Dementsprechend wird überwiegend darauf abgestellt, wer die letzte Entscheidung über das zum Tode führende Geschehen in der Hand halte.<sup>34</sup> G setzte A die tödliche Spritze und nahm damit den letzten als zum Tode führend gedachten Kausalakt vor, der A nicht mehr die Entscheidungsmacht über Leben und Tod ließ. Da ihr dies bewusst war, hatte sie Vorsatz hinsichtlich einer täterschaftlichen Verursachung des Todes.

*d) Vorsatz bzgl. ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens*

G wusste, dass A seinen Tod eindeutig in nicht misszuverstehender Weise, also ausdrücklich, und vom freien Willen getragen und zielbewusst auf die Tötung gerichtet, also ernstlich, verlangt hatte.

<sup>30</sup> Zur subjektiven Theorie in ihrer ursprünglichen Form vgl. RGSt 74, 85; zur subjektiven Theorie in ihrer nunmehr relativierten Form vgl. BGH JR 1955, 304, sowie die nunmehr ständige Rechtsprechung.

<sup>31</sup> BGHSt 19, 135 (138).

<sup>32</sup> BGHSt 19, 135.

<sup>33</sup> Horn in: Rudolphi u.a. (Fn. 21), 6. Aufl., 50. Lieferung, Stand: April 2000, § 216 Rn. 10.

<sup>34</sup> Roxin, NSTZ 1987, 347.

e) *Durch das Verlangen zur Tötung bestimmt worden sein*

G müsste durch dieses Verlangen zur Tötung bestimmt worden sein. Zur Tötung bestimmt wurde der Täter, wenn er nicht bereits vorher zur Tat endgültig entschlossen war und nicht durch andere Umstände als dem Verlangen zur Tötung veranlasst wurde.<sup>35</sup> Bei einem Motivbündel muss das Tötungsverlangen das hauptsächlich bestimmende gewesen sein.<sup>36</sup> G wurde durch das Verlangen des A zur Tötung motiviert. Zwar spielte für ihre Entschlussfassung auch eine Rolle, dass sie an ihr Vermächtnis gelangen wollte. Dies ist aber unschädlich, weil es nur ein nachrangiges Motiv war und die von § 216 StGB vorausgesetzte Mitleidsmotivation nicht verdrängte. Also war G auch durch das Verlangen des A bestimmt.

## 2. Unmittelbares Ansetzen

Indem G die Spritze setzte, setzte sie nach ihrer Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

G hat eine Tötung auf Verlangen begangen, indem sie A das Morphium spritzte.

### B. §§ 212 Abs. 1, 22 f. StGB

Durch dasselbe Verhalten hat G begriffsnotwendig auch den in der versuchten Tötung auf Verlangen mit enthaltenen versuchten Totschlag verwirklicht. Dieser tritt aber – unabhängig davon, ob man in § 216 StGB mit der Rechtsprechung eine privilegierte Sonderregel oder mit der Literatur eine echte Privilegierung zu § 212 StGB sieht – hinter der spezielleren versuchten Tötung auf Verlangen zurück.<sup>37</sup>

### C. §§ 211 Abs. 1, 22 f. StGB

G setzte A die Spritze, um seinen Tod zu bewirken und auf diese Weise an das ersehnte Vermächtnis zu kommen. Daher hat sie auch den Tatbestand eines versuchten Mordes aus Habgier verwirklicht. Auch der Mord nach § 211 StGB wird jedoch von der Privilegierung des § 216 StGB verdrängt.

### D. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 5 StGB

Indem G A das Morphium spritzte, könnte sie eine gefährliche Körperverletzung begangen haben.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Körperverletzungserfolg verursacht, § 223 Abs. 1 StGB

Durch das Einstechen der Spritze hat G A körperlich misshandelt. Durch das Einspritzen des Morphiums hat er darüber hinaus eine Gesundheitsschädigung bewirkt.

#### b) Merkmale des § 224 Abs. 1 StGB

##### aa) Nr. 1

Das beigebrachte Morphium könnte ein Gift sein. Gift ist jeder anorganische oder organische Stoff, der unter bestimmten Bedingungen durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit zu beschädigen vermag.<sup>38</sup> Das organische Morphium war in der verwendeten Dosis geeignet, die Gesundheit des A zu beschädigen und damit ein Gift.

##### bb) Nr. 2

Fraglich ist, ob die Spritze ein gefährliches Werkzeug darstellt. Gefährliche Werkzeuge sind Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und der Art ihrer Benutzung konkret geeignet sind, erhebliche körperliche Verletzungen hervorzurufen.<sup>39</sup> Die Spritze war bei ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung durch G nicht geeignet, erhebliche Verletzungen am Körper des A hervorzurufen. Das Einbringen des Gifts hat dabei außer Betracht zu bleiben, weil insoweit Nr. 1 greift. Also war die Spritze kein gefährliches Werkzeug.

##### cc) Nr. 4

G könnte die Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben. Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen wird die Tat entsprechend dem zu fordernden erhöhten Grad an Gefährlichkeit gegenüber der einfachen Körperverletzung, wenn mindestens zwei Personen zusammenwirken und dem Opfer unmittelbar gegenüber treten.<sup>40</sup> Der als zweiter Beteiligter allein in Betracht kommende S war nicht anwesend, als G die Spritze setzte. Also hat G keine Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen.

##### dd) Nr. 5

G könnte die Tat jedoch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben. Ob es zu einer tatsächlichen Gefahr für das Leben des Opfers gekommen sein muss oder eine entsprechende Eignung ausreicht, ist umstritten.<sup>41</sup> A konnte nur durch Zufall in letzter Sekunde vor dem Tod gerettet werden, so dass sogar eine konkrete Gefahr für sein Leben bestand. Also hat G die Tat nach allen Ansichten mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen.

<sup>35</sup> Fischer (Fn. 4), § 216 Rn. 5.

<sup>36</sup> Horn (Fn. 33), § 216 Rn. 5.

<sup>37</sup> BGHSt 2, 258; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 6. Aufl. 2005, § 6 Rn. 2.

<sup>38</sup> Lilie, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 17), § 224 Rn. 8.

<sup>39</sup> Lilie (Fn. 38), § 224 Rn. 20.

<sup>40</sup> Rengier (Fn. 37), § 14 Rn. 14.

<sup>41</sup> Vgl. zum Streit Joecks, Strafrecht, Studienkommentar, 7. Aufl. 2007, § 224 Rn. 38.

## 2. Subjektiver Tatbestand

G handelte vorsätzlich sowohl hinsichtlich der Verursachung der Körperverletzung als auch hinsichtlich der qualifizierenden Umstände.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Konkurrenzen

Fraglich ist, ob §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB durch §§ 216, 22 f. StGB verdrängt oder „gesperrt“ werden. Grundsätzlich tritt die vollendete Körperverletzung aus Gründen der Klarstellung in Tateinheit neben den durch dieselbe Handlung verwirklichten Versuch der Tötung. Die gefährliche Körperverletzung sieht jedoch zwar dieselbe Mindeststrafe, aber eine höhere Höchststrafe als die Tötung auf Verlangen vor. Die privilegierende Wirkung der (versuchten) Tötung auf Verlangen darf aber nicht dadurch umgangen werden, dass der höhere Rahmen eines (vollendeten) Körperverletzungsdelikts angenommen wird. Um diese Umgehung zu verhindern, sind drei Möglichkeiten denkbar. Es könnte ausnahmsweise die gefährliche Körperverletzung hinter die versuchte Tötung auf Verlangen zurücktreten und nur die einfache Körperverletzung daneben in Tateinheit bestehen bleiben. Es könnte auch ein minder schwerer Fall der gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 letzter Hs. StGB angenommen werden. Oder es könnte die gefährliche Körperverletzung in Tateinheit neben der versuchten Tötung auf Verlangen stehen bleiben, allerdings mit dem Strafrahmen des § 216 StGB. Die erste Möglichkeit ist aus Gründen der Klarstellung abzulehnen, weil auch die erschwerenden Umstände des § 224 StGB im Tenor hervortreten sollen. Der zweite Weg führt zu einer weiteren Privilegierung des Täters, weil das Mindestmaß der Strafe bei der Annahme eines minder schweren Falls des § 224 StGB gegenüber § 216 StGB noch einmal verringert würde. Nach alledem bleibt die gefährliche Körperverletzung in Tateinheit neben der versuchten Tötung auf Verlangen bestehen, wobei allerdings der Strafrahmen des § 216 StGB zugrunde zu legen ist.

## IV. Ergebnis

G hat sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht, die in Tateinheit zu dem Versuch einer Tötung auf Verlangen steht.

## Zweiter Teil: Strafbarkeit des S

### A. §§ 216 Abs. 1, 22 f., 25 Abs. 2 StGB

Der durch G verwirklichte Versuch einer Tötung auf Verlangen kann S nicht als Mittäter zugerechnet werden, weil dessen einziger Tatbeitrag in der Verschaffung des Morphiums bestand. Das Gewicht dieses Tatbeitrags reicht nicht aus, um S (funktionale) Tatherrschaft zuzusprechen. Somit fehlt es an den Voraussetzungen für eine Bewertung des Tatbeitrags als täterschaftlich. Das gilt unmittelbar nach der Tatherrschaftslehre und mittelbar nach der modifizierten subjektiven Theorie, die das Vorliegen von Tatherrschaft oder zumindest eines

entsprechenden Willens zum ausschlaggebenden Indiz für das Vorliegen eines animus auctoris entwickelt hat.

*Hinweis:* Die subjektive Theorie könnte hier angesichts des starken Interesses des S am Taterfolg auch zu einem anderen Ergebnis kommen. An den zu erörternden Folgeproblemen änderte eine andere Entscheidung an dieser Stelle nichts.

### B. §§ 216 Abs. 1, 22 f., 27 Abs. 1 StGB

Möglicherweise hat S der G Beihilfe zum Versuch der Tötung auf Verlangen geleistet.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Teilnahmefähige Haupttat

Der Versuch einer Tötung auf Verlangen der G stellt eine teilnahmefähige Haupttat dar.

#### b) Hilfe leisten

Zu dieser Tat hat S durch die Lieferung des Morphiums nach allen Ansichten Hilfe geleistet.

### 2. Subjektiver Tatbestand

S handelte sowohl hinsichtlich der Haupttat als auch hinsichtlich seines Gehilfenbeitrags vorsätzlich, weil er wusste, dass G durch das Tötungsverlangen des A zum Tötungsentschluss gelangt war und dass das von ihm besorgte Morphinium hierfür Verwendung finden sollte.

### 3. Fehlende Mitleidsmotivation des S

Möglicherweise kommt es aber zu einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB, weil S nicht durch den Todeswunsch des A zur Mithilfe motiviert war.

#### a) Merkmal i.S.d. § 28 StGB

Dieser Umstand wäre nur dann von Bedeutung, wenn es sich bei der Mitleidsmotivation um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB handelte. Besondere persönliche Merkmale sind nach § 14 StGB besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände. Nach einer Minderansicht stellt das Bestimmtheit durch Mitleid ein rein tatbezogenes Merkmal dar, hinsichtlich dessen das Vorliegen von Vorsatz ausreicht.<sup>42</sup> Überwiegend wird in dem Merkmal des Bestimmtheitseins hingegen ein solches i.S.d. § 28 StGB gesehen.<sup>43</sup> Für die überwiegende Ansicht spricht, dass die Motivation des Täters durch das Verlangen des Opfers eine besondere Mitleidsbeziehung zwischen dem Tatbeteiligten und dem Opfer beschreibt. Daher handelt es sich um ein Merkmal i.S.d. § 28 StGB, mit der Folge, dass Kenntnis des Vorliegens

<sup>42</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn. 73.

<sup>43</sup> Lackner/Kühl (Fn. 12), § 216 Rn. 2; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 216 Rn. 18 m.w.N.



beim anderen Beteiligten nicht ausreicht. Vielmehr muss auch der Teilnehmer das Merkmal in eigener Person erfüllen.

*b) Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB*

Welche Folgen sich aus dem Fehlen des Merkmals in der Person des Teilnehmers ergeben, hängt davon ab, ob man die Mitleidsmotivation als strafbegründendes (dann § 28 Abs. 1 StGB) oder als strafmodifizierendes (dann § 28 Abs. 2 StGB) Merkmal betrachtet.

*aa) Schrifttum*

Im Schrifttum wird in § 216 StGB eine Strafmilderung des § 212 StGB gesehen.<sup>44</sup> Danach stellt die Mitleidsmotivation ein strafmilderndes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 2 StGB dar. Die Rechtsfolge wäre demnach eine Durchbrechung der zur Haupttat akzessorischen Haftung.<sup>45</sup> Angesichts der unklar formulierten Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 StGB ist strittig, ob diese in einer Strafraumen- oder in einer Tatbestandsverschiebung besteht. Nach herrschender Ansicht findet eine Tatbestandsverschiebung statt,<sup>46</sup> so dass der Beteiligte, dem das besondere persönliche Merkmal fehlt, wegen Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen wäre. S wäre demnach nicht wegen Beihilfe zur versuchten Tötung auf Verlangen strafbar, sondern nur wegen Beihilfe zum versuchten Totschlag, weil ihm selbst das strafmildernde besondere persönliche Merkmal der Mitleidsmotivation fehlte. Da er darüber hinaus aus Rache und Verlangen nach der Geliebten seines Vaters handelte, erfüllte er außerdem das Mordmerkmal des sonst niedrigen Beweggrundes, das nach dem Verständnis der Literatur vom Mord als Qualifikation gegenüber dem Totschlag ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal darstellt. Daher käme es nach der Literatur zu einer weiteren Tatbestandsverschiebung, so dass S im Ergebnis wegen Beihilfe zum versuchten Mord zu bestrafen wäre.

*bb) BGH*

Für die Rechtsprechung stellen alle Tötungsdelikte selbständige Tatbestände dar.<sup>47</sup> Deren besondere Merkmale wirken demnach alle strafbegründend, so dass eine Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB – der strafmodifizierende Merkmale betrifft – ausgeschlossen ist. Anwendbar wäre vielmehr § 28

<sup>44</sup> Fischer (Fn. 4), § 216 Rn. 2.

<sup>45</sup> Jähnke, in: ders./Laufhütte/Odersky (Fn. 17), § 216 Rn. 10; Roxin (Fn. 17), § 28 Rn. 82.

<sup>46</sup> Cramer/Heine (Fn. 8), § 28 Rn. 28; Joecks, in: ders./Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 1, § 28 Rn. 6 ff., 53; Mitsch, ZStW 110 (1998), 187 (202 ff.); so auch BGHSt 6, 308; 8, 205 (208); a.A. Rudolphi, in: ders. u.a. (Fn. 21), vor § 331 Rn. 5; Hirsch, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 19, 35; Schünemann, GA 1986, 293 (340).

<sup>47</sup> Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 1, 368 (370 ff.); vgl. etwa BGHSt 50, 1 (5 f.). Vgl. aber jetzt BGH NJW 2006, 1008 (1013); hierzu Gasa/Marlie, ZIS 2006, 194; Gössel, ZIS 2008, 153.

Abs. 1 StGB, was freilich in Fällen wie dem vorliegenden zu dem absurden Ergebnis führen würde, dass S gerade deshalb milder zu bestrafen wäre, weil seine Motivation ungleich krimineller war als die der Haupttäterin. Um dem sich daraus ergebenden Dilemma zu entgehen, kommt auch die Rechtsprechung zu einer Art Konkurrenzlösung. Sie stellt für den Beteiligten, bei dem die Voraussetzungen des privilegierenden Sondertatbestandes nicht gegeben sind, auf dasjenige Delikt ab, das beim Haupttäter auf Konkurrenzebene verdrängt worden war, das also als Haupttat vorläge, wenn der Haupttäter nicht privilegiert wäre („als-ob-Betrachtung“).<sup>48</sup>

Läge die Privilegierung des § 216 StGB nicht in der Person der G vor, wäre diese aufgrund ihrer Habgier wegen versuchten Mordes zu bestrafen gewesen. Da S nicht aus Habgier handelte, müsste die Rechtsprechung seine Strafe eigentlich nach § 28 Abs. 1 StGB mildern. Die Rechtsprechung versagt dem Teilnehmer jedoch die nach § 28 Abs. 1 StGB als obligatorisch vorgesehene Strafmilderung in den Fällen, in denen er zwar nicht dasselbe Mordmerkmal aufweist wie der Haupttäter, aber aus einem persönlichen Mordmerkmal gleicher Art handelte wie dieser („gekreuzte Mordmerkmale“).<sup>49</sup> S handelte zwar nicht aus Habgier, aber aus einem sonst niedrigen Beweggrund. Also käme es auch nach der Rechtsprechung zu einer Bestrafung des S wegen Beihilfe zum versuchten Mord.

*cc) Zwischenergebnis*

Da die Ansichten der Literatur und der Rechtsprechung vorliegend zum selben Ergebnis kommen, ist eine Stellungnahme zum Verhältnis von Tötung auf Verlangen, Totschlag und Mord zueinander entbehrlich.<sup>50</sup>

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

S hat sich strafbar gemacht wegen Beihilfe zum versuchten Mord, indem er G das Morphinium besorgte.

## D. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 und 5, 27 Abs. 1 StGB

Durch das Besorgen des Morphiniums hat S gleichzeitig Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung der G geleistet. Diese steht nach dem oben Gesagten aus Klarstellungsgründen in Tateinheit zur Beihilfe zum versuchten Mord. Der Strafraumen ist – anders als bei der durch Mitleid motivierten G – nicht auf denjenigen des § 216 StGB beschränkt.

## Gesamtergebnis

A hat sich strafbar gemacht nach §§ 303 Abs. 1, § 324 Abs. 1, § 123 Abs. 1 Var. 1, 52 StGB.

B hat sich strafbar gemacht nach §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2, 324 Abs. 1, 26, 52 StGB.

<sup>48</sup> BGH LM § 48 Nr. 10 zum inzwischen aufgehobenen § 217.

<sup>49</sup> BGHSt 23, 39.

<sup>50</sup> Ausführlich jüngst Gössel, ZIS 2008, 153.

V ist straflos.

G hat sich strafbar gemacht nach §§ 216 Abs. 1, 22 f., 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 und 5, 52 StGB.

S hat sich strafbar gemacht nach §§ 211 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 und 5, 27 Abs. 1; 52 StGB.

# Die ökologische Überformung der sachenrechtlichen Zuordnung von Pfandflaschen Zugleich Besprechung der BGH-Urteile vom 9.7.2007 – II ZR 232/05 und 233/05\*

Von Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen

## I. Einleitung

Es ist eine der ältesten Verpackungstraditionen, dass sich die Verkäufer von Flüssigkeiten einen Zuschlag zum Kaufpreis für die Mitlieferung von Flaschen ausbedingen. Es ist auch schon eine Weile her, dass darin ein Geldpfand gesehen wurde<sup>1</sup>, also ein der Sicherung des Rückgabeanspruchs dienendes Pfandrecht an dem Pfandbetrag. Inzwischen gelten für das Flaschenpfand ökologische Imperative, wie sie in der VerpackungsV<sup>2</sup> niedergelegt sind, die abfallwirtschaftliche Ziele verfolgt, also die Vermeidung von Verpackungsabfällen bezweckt und die Wiederverwendung und das Recycling favorisiert. Es fragt sich nur, wie sich der Rechtsverkehr und die gute alte Sachenrechtsordnung zu diesen Zielen verhalten. Insofern verwundert es nicht, dass im letzten Jahr der BGH eine Grundsatzentscheidung zum Flaschenpfand gefällt<sup>3</sup> und auch darüber hinaus seine Judikatur ausgebaut hat<sup>4</sup>.

## II. Der Vertrieb in Flaschen

Die Hersteller und Vertreiber von Getränken und sonstigen Flüssigkeiten benutzen in weitem Umfang für den Vertrieb Flaschen, die wiederum von Flaschenherstellern und -vertreibern angeboten werden. Über meist mehrere Vertriebsstufen erreichen die Getränkeflaschen die Endverbraucher, die sie in unterschiedlichem Umfang zurückgeben. Die Rückgabe von Bierflaschen in Getränkeboxen etwa macht einen maßgeblichen Teil des Getränkehandels aus. Die Flaschen können geordnet auf dem Vertriebsweg oder auch auf anderem Weg zurückgegeben werden. Die leeren Flaschen gelangen oft an andere Flaschenhersteller und -vertreiber. Vor einer Wiederverwendung müssen dann Fremdflaschen aussortiert werden. Die Endverbraucher geben die Flaschen jedoch zu einem guten Teil auch nicht zurück, etwa nach Biergenuss in der Öffentlichkeit, und werden insoweit bislang nicht mit zivilrechtlichen Ansprüchen behelligt. Die Flaschenverwender ihrerseits benützen zum Teil standardisierte Flaschen ohne jeden Ursprungshinweis (Einheitsflaschen), zunehmend aber Mehrwegflaschen mit eindeutiger Herkunftsbestimmung. Mit einem Eigentumsvorbehalt in den AGB eines Vertreibers

---

\* Beide Entscheidungen konnten am 27.3.2008 eingesehen werden unter: <http://www.bundesgerichtshof.de> und bei Juris (<http://www.juris.de>) unter <http://www.juris.de/jportal/portal/t/xq3/page/jurisw.psm1?doc.hl=1&doc.id=KORE310822007%3Ajuris-r03&showdoccase=1&documentnumber=1&numberofresults=5&doc.part=K&doc.price=0.0&paramfromHL=true#focuspoint> und <http://www.juris.de/jportal/portal/t/xub/page/jurisw.psm1?doc.hl=1&doc.id=KORE310812007%3Ajurisr00&showdoccase=1&documentnumber=1&numberofresults=6&doc.part=K&doc.price=0.0&paramfromHL=true#focuspoint>.

<sup>1</sup> So Oertmann, LZ 1918, 479.

<sup>2</sup> BGBI. I 1998, S. 2379, zuletzt geändert am 19.7.2007, BGBI. I 2007, S. 1462.

<sup>3</sup> BGH NJW 2007, 2912 (2913).

<sup>4</sup> BGH NJW 2007, 2912 und BGH NJW-RR 2007, 836.

kann das Rückerlangungsinteresse gegenüber dem Vertragspartner bekundet sein. Aber auch außerhalb der Vertriebsbeziehungen ist die sachenrechtliche Zuordnung zu klären.

## III. Der Einheitsflaschenverkehr

In den Nachkriegsjahren wurde bereits über den Vertrieb von Einheitsflaschen entschieden.<sup>5</sup> Wenn Getränke in Einheitsflaschen ohne dauerhafte Kennzeichnung eines bestimmten Herstellers oder Vertreibers veräußert werden, so wird danach nicht nur der Getränkeinhalt, sondern auch die Flasche an den Abnehmer übereignet, sei dieser nun Getränkehersteller, Händler oder Vertreiber. Dies soll auch dann gelten, wenn sich der Veräußerer in AGB das Eigentum vorbehalten hat, da mit Rücksicht auf die mögliche Vermengung nach den §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 1 BGB die Erfüllung eines darauf gerichteten Herausgabeanspruchs unmöglich sei, insbesondere die Rückgabe nur unter Eingriff in die Miteigentumsrechte Dritter stattfinden könne. Diese Begründung hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 9.7.2007<sup>6</sup> bestätigt. Rechtsdogmatisch kann diese jedoch nicht überzeugen, da Rechte Dritter einem lastenfreien Erwerb der Flaschen nicht ohne weiteres entgegenstehen, insbesondere mit Rücksicht auf die mögliche Zustimmung der Dritten oder einen gutgläubigen Erwerb. Stattdessen hätte der BGH die formularmäßige Verknüpfung des Eigentumsvorbehalts mit der Verwendung von Einheitsflaschen einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterwerfen und die Schwierigkeiten der praktischen Umsetzung sowie die vertragsübergreifenden ökologischen Erfordernisse gewichten müssen. Bei Einheitsflaschen wird das Terrain für eine Abfallvermeidung somit allein dem öffentlichen Recht überlassen.

## IV. Das Rücknahmeangebot an jedermann bei individualisierten Flaschen

Sind Mehrwegflaschen dauerhaft so gekennzeichnet, dass sie sich von Flaschen anderer Hersteller und Vertreiber unterscheiden, dann sind die Voraussetzungen der Abfallvermeidung nicht nur praktisch, sondern nach den neuen BGH-Entscheidungen auch rechtlich weitgehend günstiger. Die Bezeichnung als „Individualflaschen“ ist allerdings im Hinblick auf die Serienmäßigkeit dieser Flaschen nicht sehr glücklich. Es handelt sich jedenfalls um Flaschen mit Verwenderkennzeichnung. Zunächst einmal hat der BGH in der Sache aber<sup>7</sup> einer Flaschenbänderole eines Getränkevertreibers, in dessen Flaschen die Wörter „Pfand“ oder „Pfandflasche“ eingestanzt waren, ein Angebot an jedermann entnommen. Die Bänderole enthielt den Hinweis auf das Pfand, den Pfandbetrag und die Herkunft der Flaschen mit Postfachanschrift des Vertreibers. Die Auslegung dieser Bänderole als verbindliches Angebot an jeden Dritten, auch einen Konkur-

---

<sup>5</sup> BGH NJW 1956, 298.

<sup>6</sup> BGH NJW 2007, 2912 (2914).

<sup>7</sup> BGH NJW 2007, 2912.

renten, der derartige Pfandflaschen aussortiert, berücksichtigt auch in erforderlichem Maße Zumutbarkeitskriterien. Die regelmäßige Rückgabe der Flaschen auf dem geordneten Vertriebsweg wird dadurch nicht gefährdet. Es werde ein „bequemer Rücklauf“ gewährleistet, da jeder Händler mit der Pfanderstattung rechnen könne. Damit hat der BGH auch zulässigerweise übergeordnete Vertriebsgesichtspunkte berücksichtigt. Freilich bleibt offen, ob auch ohne eine solche Banderole der gleiche Rücklauf als gesichert angesehen werden kann.

#### V. Der permanente Eigentumsvorbehalt des Flaschenvertriebers

In seiner Grundsatzentscheidung<sup>8</sup> hat der BGH dagegen dem Eigentumsvorbehalt eines Getränkeherstellers an den verwendeten Kunststoffflaschen, verbunden mit einer uneingeschränkten Rückgabepflicht des Abnehmers, zur Permanenz verholfen. Die klagende Vorbehaltseigentümerin, in deren Flaschen ein Herkunftsnachweis eingestanz war, verlangte von einer Konkurrentin, der Beklagten, die an sie gelangte Flaschen der Klägerin aussortiert, zerkleinert und das Rohmaterial erneut verwendet hatte, Unterlassung und Schadensersatz. Als Herkunftszeichen genügt es nach dem BGH, wenn ein Dritter die Zuordnung zum Verwender vornehmen kann. Dass dies – wie in einer früheren Entscheidung<sup>9</sup> – durch den Belag aufgrund Eisenhaltigkeit des darin enthaltenen Wassers möglich ist, hat er nunmehr mit einer gewissen Distanz vermerkt. Der Eigentumsvorbehalt an den „Individualflaschen“ werde aber durch den Vertrieb über die Handelsstufen bis zum Endverbraucher nicht in Frage gestellt, da der Rücknahmewille des Verwenders durchgehend erkennbar sei. Dem ist zuzustimmen, da auch der Verbraucher die gekennzeichnete Pfandflasche nicht gem. § 932 BGB gutgläubig erwerben kann. Auf den gutgläubigen Erwerb geht der BGH merkwürdigerweise aber erst hinsichtlich des Rücklaufs der Pfandflaschen ein. Die Beklagte habe auch nicht kraft guten Glaubens das Eigentum an den gekennzeichneten Flaschen erwerben können.

Schließlich stehe es, meinte der BGH ferner, dem Eigentumsherausgabeanspruch der Klägerin nicht entgegen, dass sie selbst freiwillig fremde Flaschen gegen Pfanderstattung zurücknehme. Denn die Rücknahme fremder Flaschen stehe dem Eigentum an den individuell gekennzeichneten Flaschen nicht entgegen. Die verschiedenen vertraglichen Abnehmer seien ohnehin „auch bei Annahme einer leiheähnlichen Gebrauchsüberlassung“ schuldrechtlich nur zur Rückgabe einer entsprechenden Anzahl von Flaschen verpflichtet.<sup>10</sup>

Diese Argumente haben jedoch keine sachenrechtliche Stringenz. Es hätte genügt, wenn der BGH außer auf die Herkunftskennzeichnung auf die möglichen Eigentumsvorbehalte anderer Flaschenverwender hinsichtlich der Fremdfaschen verwiesen hätte. Die Annahme von Fremdfaschen kann vielmehr nur eine schuldrechtliche Großzügigkeit gegenüber den Vertriebspartnern darstellen und womöglich zu

einem Erstattungsanspruch gegen die Vertreter dieser Fremdfaschen aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 683, 670 BGB führen.

#### VI. Der Ausschluss von Besitzrecht an den Pfandflaschen

Die in der Vertriebskette der Klägerin stehenden Personen hatten wegen ihrer Rückgabepflicht kein Recht zum Besitz nach § 986 BGB. Hierfür beruft sich der BGH auf die AGB der Klägerin, die allerdings nur gegenüber dem unmittelbaren Abnehmer galten. Die Abnehmer der weiteren Vertriebsstufen mussten aber aufgrund der Individualisierung der Flaschen ebenfalls von einem Eigentumsvorbehalt und einer solchen Rückgabepflicht ausgehen. Dementsprechend konnten auch Dritte kein Recht zum Besitz von den Mitgliedern der Vertriebskette ableiten. Ein Wahlrecht eines Dritten (hier der beklagten Konkurrentin), die Flaschen herauszugeben oder aber den Pfandbetrag verfallen zu lassen, schließt der BGH mit überzeugender Begründung aus. Der Verbraucher kann danach faktisch zwischen den beiden Alternativen wählen, weil dies bei einem solchen Massengeschäft unvermeidbar ist.<sup>11</sup> Dies könne aber nicht auf die anderen Beteiligten übertragen werden. Insoweit hätte der BGH auch auf die Kenntnis der professionellen Beteiligten über die angestrebte Rückgabe der individualisierten Flaschen abstellen können. Aufgrund dessen war der Fortbestand des klägerischen Eigentums zu konstatieren, das auch die Abwehrensprüche aus § 1004 BGB rechtfertigte, insbesondere den Anspruch auf Unterlassung der Zerschredderung. Dagegen hat der BGH einen Schadensersatzanspruch wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe zu Recht mit der Begründung verneint, dass die Klägerin bei Rückgewähr der Pfandflaschen gegen Pfanderstattung mehr hätte leisten müssen, als es dem Wertverlust durch Zerstörung der Pfandflaschen entsprach.

#### VII. Die Bilanz der Entscheidungen

Insgesamt hat der *Gesellschaftsrechtssenat* des BGH, in dessen Zuständigkeitsbereich bis 31.12.2007 auch die Ansprüche aus Mobiliareigentum fielen, das Vertragsrecht und das Vindikationsrecht in einer geradlinigen Weise interpretiert, rechtsdogmatisch fast durchweg überzeugend und im gegebenen rechtsdogmatischen Rahmen auch ökologisch reflektiert, ohne dass dies allerdings explizit gemacht worden wäre. Das ist besonders lobenswert, da der *Senat* sonst mit solchen Themen nichts zu tun hat. Es bleibt jedoch die Frage, was ohne Eigentumsvorbehalte der Hersteller und Vertreter und ohne Banderolen über die Rücknahmebereitschaft zu gelten hat. Die sachenrechtliche Bilanz kann nur dahin gehen, dass ohne einen Eigentumsvorbehalt der Rücklauf der Pfandflaschen zivilrechtlich nicht ohne weiteres gewährleistet werden kann, auch nicht bei Pfandflaschen mit individualisierten Merkmalen, und dass eine Abnahmepflicht gegenüber jedermann gegen Pfanderstattung nur aus entsprechenden Erklä-

<sup>8</sup> BGH NJW 2007, 2912 (2913).

<sup>9</sup> BGH LM § 989 BGB Nr. 2.

<sup>10</sup> Unter Hinweis auf *Kollhossler/Bork*, BB 1987, 909 (911).

<sup>11</sup> *Baur*, ZIP 1980, 1101 (1102), gewährt dem Verbraucher eine vertragliche Ersetzungsbefugnis, was im Hinblick auf die gestiegene ökologische Sensibilität heute nicht mehr ohne weiteres zu rechtfertigen ist.

rungen des Vertreibers hergeleitet werden kann. Hinzufügen lässt sich zivilrechtlich noch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn ein Drittbeteiligter Fremdfaschen annimmt und gegen Aufwendungsersatz an den Vertreiber herausgeben will, der sie mit individueller Kennzeichnung in Verkehr gebracht hat.

Damit hängt die Umsetzung eines ökologischen Wiederverwendungs- und Recyclingkonzepts nach wie vor trotz der öffentlichrechtlichen Normen des Verpackungsrechts auch davon ab, ob sich die beteiligten Wirtschaftssubjekte ein solches Konzept zu Eigen machen. Der Klägerin im Sachverhalt der Grundsatzentscheidung ist dies zuzubilligen, da sie für den Rücklauf mehr als den Flaschenwert zu zahlen bereit war. Für die ökologisch weniger motivierten Verkehrsteilnehmer wäre dagegen die öffentlichrechtliche Verankerung der Rücknahmepflicht eine geeignete Vorgabe für entsprechende Eigentumsvorbehalte und Rücknahmebereitschaftserklärungen.

## U r t e i l s b e s p r e c h u n g

### Die Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften nach dem SGB II – Zur „Hartz IV“-Entscheidung des BVerfG

**Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b SGB II widersprechen dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, der den zuständigen Verwaltungsträger verpflichtet, seine Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmittel und eigener Organisation wahrzunehmen.**

GG Art. 28 Abs. 2, 83 ff.; SGB II § 44b

*BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 u. 2434/04\**

#### I. Einführung

Das Urteil des 2. Senats des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II gehört ohne Frage zu den bedeutsamsten staatsorganisationsrechtlichen Entscheidungen der letzten Jahre.<sup>1</sup> Das BVerfG baut damit nicht nur seine Rechtsprechung zur Reichweite der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) aus, und zwar insbesondere hinsichtlich des Selbstverwaltungsrechts der Kreise, die als „Gemeindeverbände“ gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG in diese verfassungsrechtliche Gewährleistung einbezogen sind. Die Bedeutung des Urteils liegt vielmehr auch darin, dass die unter dem Topos des Verbots der Mischverwaltung diskutierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit der gemeinsamen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch den Bund und die Länder auf eine erweiterte Grundlage gestellt und damit einerseits verschärft, durch die Zulassung eng begrenzter Ausnahmemöglichkeiten andererseits aber auch ein Stück weit relativiert werden. Das Gericht knüpft insoweit an seine Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit von § 50 Abs. 4 TKG a.F.<sup>2</sup> sowie an eine ältere Rechtsprechungslinie<sup>3</sup> an, während der lange Zeit als Leitentscheidung zu dieser Problematik geltende Beschluss des Senats vom 12.1.1983 zum Schornsteinfegergesetz<sup>4</sup> noch von einer großzügigeren Haltung gegenüber organisationsrechtlichen Maßnahmen zum Vollzug von Verwaltungsaufgaben geprägt war, die von der

Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht ausdrücklich autorisiert sind.<sup>5</sup>

#### II. Sachverhalt

Das Urteil des BVerfG ist aufgrund von zwei (Kommunal-) Verfassungsbeschwerden einer Reihe von Kreisen und Landkreisen ergangen. Diese wendeten sich einerseits gegen die Zuweisung der Zuständigkeit für einzelne Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ohne vollständigen Ausgleich der sich daraus ergebenden finanziellen Mehrbelastungen und beanstandeten andererseits die Verpflichtung, sog. Arbeitsgemeinschaften (ARGEn) mit der Bundesagentur für Arbeit zu bilden. Beide Angriffe richteten sich damit gegen die organisatorischen Kernelemente der unter der Bezeichnung „Hartz IV“ bekannt gewordenen Reform der Arbeitslosen- und Sozialhilfe. Ausgangspunkt dieser Reform, die Teil der „Agenda 2010“ der Regierung von Bundeskanzler Schröder war, ist das Bestreben, die seit jeher kommunal verwaltete Sozialhilfe mit der staatlich verwalteten Arbeitslosenhilfe zu einer Leistung der Grundsicherung für Arbeitsuchende zusammenzulegen, um so eine optimale Betreuung der Hilfebedürftigen sicherzustellen.<sup>6</sup> Nach den ursprünglichen Vorstellungen der Bundesregierung sollte die Bundesagentur für Arbeit mit dieser Aufgabe betraut werden. Die Aufwendungen für die Grundsicherung für Arbeitsuchende sollten vom Bund getragen werden, dessen Anteil am Umsatzsteueraufkommen dafür steigen sollte. Dieses Modell scheiterte am Widerstand der Länder im Bundesrat, die die Kreise und kreisfreien Städte mit allen Vermittlungs-, Beratungs- und Leistungsaufgaben für diejenigen Hilfebedürftigen betrauen wollten, die keine Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung (mehr) erhalten. Die dadurch verursachten Aufwendungen hätten den Ländern aus dem Steueraufkommen des Bundes erstattet werden sollen, die ihrerseits verpflichtet werden sollten, die Mittel an die zuständigen kommunalen Leistungsträger weiterzugeben.

Erst im Vermittlungsausschuss kam es zu einem Kompromiss zwischen diesen ganz gegensätzlichen Lösungsansätzen staatlicher bzw. kommunaler Aufgabenwahrnehmung. Der gefundene Kompromiss besagt im Kern, dass die Aufgaben zwar jeweils den Kommunen bzw. dem Bund zugewiesen sind, aber gemeinsam wahrgenommen werden (müssen). Dementsprechend erklärt das SGB II die Kreise und kreisfreien Städte für einige der Leistungselemente der Grundsicherung zuständig, z.B. für die Kosten der Unterkunft und Heizung sowie die psychosoziale Betreuung, während im Übrigen die Zuständigkeiten bei der Bundesagentur liegen. Um dennoch eine Leistungserbringung aus einer Hand ermöglichen zu können, sieht § 44b SGB II die Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGEn) aus den örtlichen Agentu-

\* DVBl. 2008, 173 = NVwZ 2008, 183. Die Entscheidung findet sich auch auf der Homepage des BVerfG: [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de). Alle Zitate aus der Entscheidung beziehen sich im Folgenden auf diese Internetveröffentlichung.

<sup>1</sup> Dazu schon Henneke, Der Landkreis 2008, 12; Meyer, NVwZ 2008, 275.

<sup>2</sup> BVerfGE 108, 169.

<sup>3</sup> BVerfGE 32, 145 (156); 39, 96 (120); 41, 291 (311).

<sup>4</sup> BVerfGE 63, 1.

<sup>5</sup> Zur Einordnung dieser Entscheidung Broß, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 83 Rn. 15 ff.

<sup>6</sup> Eingehend zum Hintergrund Mempel, Hartz IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, 2007, S. 15 ff.; Robra, Organisation der SGB II-Leistungsträger, 2007, S. 13 ff.; Lühmann, DÖV 2004, 677; Ruge/Vorholz, DVBl. 2005, 403.

ren für Arbeit und den kommunalen Trägern vor. Hinsichtlich der Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit ist schon im Gesetz geregelt, dass sie von den ARGen wahrgenommen werden. Mit Blick auf die kommunalen Träger bestimmt das Gesetz, dass sie ihre Aufgaben auf die ARGen übertragen „sollen“.<sup>7</sup> Dieser Sollverpflichtung ist die ganz überwiegende Zahl der Kommunen nachgekommen.<sup>8</sup> Gemäß § 46 Abs. 5 bis 10 SGB II beteiligt sich der Bund an den Leistungen für Unterkunft und Heizung. Eine Erstattung dieser Kosten unmittelbar an die Kommunen ist indes nicht vorgesehen; der Anteil des Bundes fließt vielmehr den Ländern zu. Ob und wie die Länder diese Mittel an die Kommunen weitergeben, ist nicht Gegenstand der Regelungen des SGB II.

Die Beschwerdeführer haben in vollem Umfang Erfolg, soweit sie sich gegen die Verpflichtung zur Errichtung von ARGen gemeinsam mit der Bundesagentur für Arbeit wenden. Soweit sie dagegen geltend machen, der Bund sei nicht befugt, den Kreisen Aufgaben im Zusammenhang mit der Verwaltung der Grundsicherung für Arbeit zuzuweisen, ohne zugleich für einen vollständigen Ausgleich der daraus resultierenden finanziellen Lasten zu sorgen, bleibt ihnen der Erfolg versagt. Letzteres hängt auch damit zusammen, dass sich das BVerfG nicht für befugt erachtet, bestimmte Aspekte des ihm unterbreiteten verfassungsrechtlichen Streitstoffes im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG überhaupt zu prüfen.

### III. Unzulässiger Aufgabendurchgriff des Bundes?

Das gilt insbesondere für die Frage, ob der Bund berechtigt war, den Kreisen und kreisfreien Städten Aufgaben im Zusammenhang mit der Verwaltung der Grundsicherung für Arbeit unmittelbar durch Bundesgesetz und damit unter Umgehung der Länder zuzuweisen.<sup>9</sup> Darin könnte ein Verstoß gegen die Kompetenzordnung nach Art. 83, 84 Abs. 1 S. 1 GG (a.F.)<sup>10</sup> liegen, die als Regelfall vorsieht, dass die Länder in eigener Verantwortung entscheiden, ob Bundesgesetze durch unmittelbare oder mittelbare Landesverwaltung – also

unter Einbeziehung der Kommunen – ausgeführt werden. Tatsächlich hat das BVerfG in früheren Entscheidungen einen solchen „Durchgriff“ des Bundes auf die kommunale Ebene nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als zulässig erachtet und dies damit begründet, dass die Verfassung die Materie des Kommunalrechts nicht dem Bund, sondern den Ländern zugeordnet habe.<sup>11</sup> Zulässig ist ein Durchgriff des Bundes auf die Kommunen nach dieser Rechtsprechung nur, wenn es sich bei der Aufgabenzuweisung um eine punktuelle Annexregelung handelt, die zum wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmung notwendig ist.<sup>12</sup>

Im vorliegenden Fall haben die Beschwerdeführer nicht nur mit guten Gründen bestritten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Sie haben vielmehr auch darauf hingewiesen, dass ein solcher Bundesdurchgriff die Mechanismen aushebelt, die nach dem Recht der Länder die Kommunen vor einer finanziellen Überlastung schützen sollen. Mittlerweile enthalten nämlich sämtliche Landesrechte sog. Konnexitätsregelungen<sup>13</sup>, die im Kern bestimmen, dass die Länder den Kommunen neue Aufgaben nur übertragen dürfen, wenn sie gleichzeitig die insoweit benötigten Finanzmittel zur Verfügung stellen. Die Konnexitätsvorschriften greifen indes nicht, wenn eine Aufgabe – an den Ländern vorbei – den Kommunen unmittelbar durch den Bund zugewiesen wird, wie das in der Vergangenheit nicht selten der Fall war und auch bei den kommunalen Aufgaben nach dem SGB II so praktiziert wurde.<sup>14</sup>

Ob mit diesen Argumenten die Verfassungswidrigkeit des Bundesdurchgriffs zu begründen ist, lässt die Entscheidung des BVerfG – wie schon angedeutet – offen. Der Grund dafür ist prozessrechtlicher Natur. Denn im Rahmen der von den Beschwerdeführern erhobenen Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG kann nur eine Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG gerügt werden. Diese Beschränkung auf das Selbstverwaltungsrecht bedeutet allerdings nicht, dass Prüfungsmaßstab einer Kommunalverfassungsbeschwerde allein Art. 28 Abs. 2 GG wäre. Vielmehr hat das BVerfG seit jeher auch andere Verfassungsbestimmungen als Prüfungsmaßstab herangezogen, soweit diese geeignet sind, den Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG zu konkretisieren und auszugestalten.<sup>15</sup> Nach diesen Grundsätzen hat das Gericht etwa eine Verletzung der Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 ff. GG für im Verfahren der Kommunalverfassungsbeschwerde rügefähig angesehen und zur Begründung ange-

<sup>7</sup> Dieser Formulierung entnimmt die Senatsmehrheit eine Regelverpflichtung der Kommunen, ihre Aufgaben zu übertragen. Das Minderheitenvotum der Richter *Broß*, *Osterloh* und *Gerhardt*, die die Entscheidung insgesamt für unzutreffend halten, betont dagegen, dass die Formulierung kein zwingendes Gebot postuliere. Siehe BVerfG, a.a.O., Rn. 224.

<sup>8</sup> Lediglich 21 Kommunen haben sich für das Modell einer getrennten Aufgabenwahrnehmung entschieden. Weitere Kreise und kreisfreien Städte haben von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auch die Aufgaben der Agenturen für Arbeit und damit alle Aufgaben im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitssuchende wahrzunehmen. Rechtliche Grundlage dafür ist die Experimentierklausel des § 6a S. 1 SGB II. Die Zahl der sog. „Optionskommunen“ ist auf 69 begrenzt.

<sup>9</sup> Dazu BVerfG, a.a.O., Rn. 124 ff.

<sup>10</sup> Art. 84 GG wurde mit Wirkung zum 1.9.2006 im Zuge der sog. Föderalismusreform I geändert und sieht jetzt u.a. vor, dass Kreisen und Gemeinden durch Bundesgesetz keine Aufgaben übertragen werden dürfen (Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG). Dazu etwa *Schoch*, DVBl. 2007, 261.

<sup>11</sup> BVerfGE 77, 288 (299); 22, 180 (209 f.); dazu auch *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band III, 5. Aufl. 2005, Art. 84 Rn. 10 f.; *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 84 Rn. 27, 59.

<sup>12</sup> BVerfG a.a.O.

<sup>13</sup> Siehe dazu die Zusammenstellung bei *Henneke*, Kreisrecht, 2. Aufl. 2007, S. 22 ff.

<sup>14</sup> Zu dieser Problematik statt vieler *Tettinger*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 11), Band II, 5. Aufl. 2005, Art. 28 Rn. 251.

<sup>15</sup> BVerfGE 56, 298 (310); 71, 25 (37); ferner etwa *Meyer*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 5), Art. 93 Rn. 65; *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 11), Art. 93 Rn. 202.

führt, dass die Kompetenzverteilung „ihrem Inhalt nach geeignet ist, das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitzubestimmen, weil danach kommunale Angelegenheit grundsätzlich zur Gesetzgebungsbefugnis der Länder gehören“.<sup>16</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es zumindest überraschend, dass das BVerfG im vorliegenden Fall Art. 84 Abs. 1 GG a.F. nicht für rügefähig erachtet.<sup>17</sup> Immerhin beschränkt diese Bestimmung, folgt man der Rechtsprechung des Gerichts, den Bundesdurchgriff auf die Kommunen ja gerade deshalb, weil die Verfassung die Materie des Kommunalrechts den Ländern zugeordnet hat.<sup>18</sup> Mit Blick auf die Möglichkeiten der prozessualen Geltendmachung im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde dürfte es daher keinen Unterschied machen, ob der Bund zu Lasten der Länder die Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 ff. GG oder aber die in den Art. 30, 83 ff. GG niedergelegte bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung für den Verwaltungsvollzug verletzt. Wenn also ein Verstoß gegen Art. 70 ff. GG durch eine Kommunalverfassungsbeschwerde gerügt werden kann<sup>19</sup>, müsste Gleiches an sich auch für einen Verstoß gegen die bundesstaatliche „Verwaltungsordnung“ gelten, wie sie in den Art. 83 ff. GG verfassungsrechtlich ausgeformt ist. Tatsächlich hat das Gericht keine Bedenken, im zweiten Teil seiner Entscheidung die Art. 83 ff. GG ohne weiteres als Vorschriften zu behandeln, die – soweit es um die Art der Aufgabenerfüllung geht – geeignet sind, das verfassungsrechtliche Bild der kommunalen Selbstverwaltung auszugestalten.<sup>20</sup> Ein Verstoß gegen die grundgesetzliche „Verwaltungsordnung“ nach Art. 83 ff. GG wird deshalb ohne nähere Problematisierung als Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gewertet.

Diese offenkundige Diskrepanz in der Behandlung der Frage, unter welchen Voraussetzungen (denkbare) Verstöße gegen die Kompetenzvorschriften der Art. 83 ff. GG im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde rügefähig sind, lässt sich wohl nur damit erklären, dass die Kommunen nach Auffassung des BVerfG – als Teil der Länder – durch diese Vorschriften zwar vor Übergriffen des Bundes in den den Ländern vorbehaltenen Bereich der Verwaltungszuständigkeiten geschützt sind, bundesgesetzliche Veränderungen des Aufgabenbestandes der Kommunen dagegen außerhalb des Schutzbereichs der Art. 83 ff. GG liegen sollen. Ob eine solche Differenzierung zwischen den beiden Schutzgehalten des Art. 28 Abs. 2 GG – also der Gewährleistung eines bestimmten Aufgabenbestandes und der Gewährleistung der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung<sup>21</sup> – in

ihrem Verhältnis zu den Kompetenzvorschriften der Art. 83 ff. GG tragfähig ist, erscheint zumindest zweifelhaft, kann hier aber nicht weiter vertieft werden.<sup>22</sup>

#### IV. Das Selbstverwaltungsrecht der Kreise

Auch wenn ein Verstoß gegen Art. 83, 84 Abs. 1 GG a.F. danach vom BVerfG nicht geprüft wurde, musste das Gericht doch entscheiden, ob in der bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisung nicht unmittelbar ein unzulässiger Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG zu sehen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verfassungsbeschwerden nicht von Gemeinden, sondern von Kreisen erhoben wurden, deren Recht auf Selbstverwaltung nicht durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, sondern durch Satz 2 dieser Verfassungsnorm gewährleistet wird. Diese beiden Gewährleistungen unterscheiden sich – das wird auch an dieser Entscheidung des BVerfG wiederum deutlich – nur hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Garantie des Aufgabenbestandes, nicht aber hinsichtlich der durch Art. 28 Abs. 2 GG ebenfalls geschützten Art der Aufgabenwahrnehmung in Selbstverwaltung.<sup>23</sup> Dementsprechend stellt das BVerfG ausdrücklich fest, dass die Garantie der eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung den Kreisen in gleichem Umfang wie den Gemeinden gewährt wird.<sup>24</sup>

##### 1. Verfassungsgarantie kreiskommunaler Aufgaben

Während Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den Gemeinden *alle* Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zur Wahrnehmung überträgt, fehlt es für die Kreise an einem solchen Übertragungsakt durch das Grundgesetz. Anders als bei den Gemeinden beschreibt die Verfassung die Aufgaben der Kreise nicht selbst, sondern überantwortet dies gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG dem Gesetzgeber. Das bedeutet allerdings nicht, dass sich aus der verfassungsrechtlichen Garantie kommunaler Selbstverwaltung keinerlei Vorgaben für den Aufgabenbestand der Kreise ergeben. Vielmehr hat das BVerfG schon früher klargestellt, dass Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG verletzt wäre, wenn der Gesetzgeber den Kreisen neben staatlichen Aufgaben (übertragener Wirkungskreis) nicht jedenfalls einen Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben (eigener Wirkungskreis) zuweisen würde<sup>25</sup>, also an Aufgaben, die – wie es

<sup>16</sup> BVerfGE 56, 298 (310).

<sup>17</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 130 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 77, 288 (299); 22, 180 (209 f.).

<sup>19</sup> BVerfGE 56, 298 (310).

<sup>20</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 144 ff.

<sup>21</sup> Zu diesem doppelten Schutzgehalt *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 28 Rn. 34; *Tettinger* (Fn. 14), Art. 28 Rn. 178 ff.

<sup>22</sup> Für die Zukunft werden diese Aussagen zu Art. 84 Abs. 1 GG a.F. ohnehin wenig bedeutsam sein. Wichtiger ist aus Sicht der Kommunen vielmehr die Feststellung des BVerfG, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG in seiner nunmehr geltenden Fassung ein absolutes Verbot der Aufgabenübertragung auf die kommunale Ebene enthalte. Dieser Hinweis wird in der Literatur zu Recht dahingehend verstanden, dass nach dem Dafürhalten des BVerfG ein Verstoß des Bundesgesetzgebers gegen diese Verfassungsnorm im Wege der Kommunalverfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann. Siehe *Meyer*, NVwZ 2008, 275 (276).

<sup>23</sup> Sehr klar in diesem Sinne auch BVerfGE 83, 363 (383).

<sup>24</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 145.

<sup>25</sup> BVerfGE 83, 363 (383); siehe auch *Tettinger* (Fn. 14), Art. 28 Rn. 237.



jetzt heißt – die Kreise „unter vollkommener Ausschöpfung der auch ihnen gewährten Eigenverantwortlichkeit erledigen können“.<sup>26</sup> Allerdings bleibt das BVerfG bei dieser schon bekannten Feststellung nicht stehen, sondern verdeutlicht – soweit ersichtlich erstmals in seiner Rechtsprechung – unter welchen Voraussetzungen diese Garantie eines Mindestbestandes überörtlicher, kreiskommunaler Selbstverwaltungsaufgaben verletzt ist. Insoweit kommt es entscheidet auf das Verhältnis der den Kreisen in den übertragenen Wirkungskreis zugewiesenen staatlichen Aufgaben und den ihnen zur Erledigung in den eigenen Wirkungskreis übertragenen Selbstverwaltungsaufgaben an. Der Bestand an Selbstverwaltungsaufgaben muss nämlich – so das BVerfG – „für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht haben, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird. Würden ihnen neben einem Schwergewicht an Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis nur ganz randständige, in Bedeutung und Umfang nebensächliche Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises zugewiesen, so wäre die Garantie des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG durch den Gesetzgeber umgangen und entwertet.“<sup>27</sup>

## 2. Eingriff oder Neuumschreibung des Aufgabenbestands?

Verfügen damit neben den Gemeinden auch die Kreise über einen verfassungsrechtlich geschützten Bestand an Selbstverwaltungsaufgaben, bleibt zu prüfen, ob in diesen Bestand nicht nur durch den Entzug, sondern auch – wie im vorliegenden Fall – durch die Übertragung neuer Aufgaben eingegriffen werden kann. Davon wird in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte<sup>28</sup> und in der Literatur<sup>29</sup> schon seit geraumer Zeit mit der zutreffenden Erwägung ausgegangen, dass die Übertragung von Aufgaben, zu deren Erfüllung die Kommunen verpflichtet sind, angesichts der Beschränktheit kommunaler Mittel die Möglichkeit einschränken kann, Selbstverwaltungsaufgaben wahrzunehmen, die zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenbestand gehören. Dieser zutreffenden Auffassung schließt sich das BVerfG nunmehr ohne Einschränkung an.<sup>30</sup>

In der Folge differenziert es allerdings zwischen Gemeinden und Kreisen. Während bei den Gemeinden potentiell jede Aufgabenzuweisung geeignet sein könne, ihr Selbstverwaltungsrecht zu verletzen, seien die Kreise nur unter besonderen Umständen befugt, sich gegen eine Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber wehren zu können. Diese Differenzierung ist nach Auffassung des BVerfG der unterschiedlichen

Reichweite der verfassungsrechtlichen Aufgabengarantie der Gemeinden auf der einen und der Kreise auf der anderen Seite geschuldet. Denn die Gemeinden hätten von Verfassungen wegen ein Zugriffsrecht auf alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft, wohingegen die Kreise auf einen gesetzlich beschriebenen Aufgabenbestand verwiesen seien. Deshalb soll eine Änderung des Aufgabenbestands der Kreise in aller Regel keinen Eingriff in den verfassungsrechtlichen garantierten Aufgabenbestand, sondern eine neue Umschreibung seines Umfangs sein. Ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Kreise könne erst angenommen werden, „wenn die Übertragung einer neuen Aufgabe ihre Verwaltungskapazitäten so sehr in Anspruch nimmt, dass sie nicht mehr ausreichen, um einen Mindestbestand an zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben des eigenen Wirkungskreises wahrzunehmen, der für sich genommen und im Vergleich zu zugewiesenen staatlichen Aufgaben ein Gewicht aufweist, das der institutionellen Garantie der Kreise als Selbstverwaltungskörperschaften gerecht wird.“<sup>31</sup>

## 3. Kein Schutz für freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben der Kreise?

Der verfassungsrechtliche Schutz des Aufgabenbestandes der Gemeinden auf der einen und der Kreise auf der anderen Seite unterscheidet sich also in einem Punkt. Während die Gemeinden sich darauf berufen können, dass sie schon von Verfassungen wegen alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft zugewiesen erhalten haben und daher jede Modifikation dieses Aufgabenbestandes durch den Gesetzgeber die Selbstverwaltungsgarantie berührt, verpflichtet Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG den Gesetzgeber mit Blick auf die Kreise einerseits dazu, ihnen Selbstverwaltungsaufgaben von einigem Gewicht zu übertragen, gibt dem Gesetzgeber andererseits bei Modifikationen dieses einmal übertragenen Aufgabenbestandes aber vergleichsweise freie Hand. Die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen wird erst überschritten, wenn durch einen Aufgabenzug ein Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben nicht mehr vorhanden ist bzw. wenn – im Falle der Zuweisung neuer Aufgaben – die Kreise daran gehindert werden, diesen Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben mit den gegebenen Mitteln wahrzunehmen.

Diese Grenze war nach Auffassung des BVerfG im vorliegenden Fall noch nicht erreicht, sodass eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts durch Aufgabenübertragung nicht festgestellt werden konnte.<sup>32</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob die Kreise trotz der Zuweisung neuer Aufgaben noch ausreichend in der Lage sind, ihre Selbstverwaltungsaufgaben zu erfüllen, lediglich auf die *pfl*ichtigen Selbstverwaltungsaufgaben abstellt, aber nicht untersucht, inwieweit die Möglichkeiten der Kreise zur Wahrnehmung *freiwilliger* Selbstverwaltungsaufgaben noch gegeben sind. Begründet wird dies damit, dass Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben durch die Kreise nicht garantiere.<sup>33</sup> Diese Schluss-

<sup>26</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 116.

<sup>27</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 117 m.w.N.

<sup>28</sup> NWVerfGH NVwZ-RR 1993, 486 (487); NVwZ 1996, 1000; NVwZ 1997, 793; RhPfVerfGH NVwZ 2001, 912 (914); SachsAnhVerfG, NVwZ-RR 1999, 393 (396).

<sup>29</sup> Schoch, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, S. 117 ff.; ders., in: Henneke/Meyer (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewahrung und Entwicklung, 2006, S. 11, 40; Henneke (Fn. 21), Art. 28 Rn. 77.

<sup>30</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 118.

<sup>31</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 120.

<sup>32</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 122.

<sup>33</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 123.

folgerung wäre indes nur zutreffend, wenn dem Verfassungsgebot, wonach die Kreise mit Selbstverwaltungsaufgaben von hinreichendem Gewicht ausgestattet sein müssen, nur durch die Zuweisung *pflichtiger* Selbstverwaltungsaufgaben Rechnung getragen werden könnte. Demgegenüber weisen die Landes(verfassungs)gesetzgeber den Kreisen nicht nur pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben zu, sondern statten sie – für ihren Bereich – regelmäßig mit einer Allzuständigkeit aus, wie sie sich für die Gemeinden untermittelbar aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ergibt<sup>34</sup>, räumen ihnen also auch die Kompetenz zur Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben ein. Mit anderen Worten: Wenn Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG den Aufgabenbestand der Kreise jedenfalls soweit schützt, als sie kraft gesetzlicher Zuweisung über einen ausreichend gewichtigen Bestand an Selbstverwaltungsaufgaben verfügen müssen, ist nicht ersichtlich, warum sich dieser – im Vergleich zu den Gemeinden zwar modifizierte und zurückgenommene, immerhin aber gegebene – verfassungsrechtliche Schutz kreiskommunaler Aufgaben nur auf pflichtige, nicht aber auch auf freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben der Kreise erstrecken sollte. Denn die pflichtigen werden ebenso wie die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben aufgrund (landes-)gesetzlicher Zuweisung wahrgenommen. Wenn die Gesetzesakzessorität der kreiskommunalen Aufgaben dem verfassungsrechtlichen Mindestschutz der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben nicht entgegensteht, kann sie auch dem Schutz der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben nicht entgegenstehen. Deshalb vermag die Feststellung des Gerichts, dass Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben durch die Kreise nicht garantiere, in dieser Schärfe nicht zu überzeugen.

#### V. Die Eigenverantwortlichkeit kommunaler Verwaltung und das Verbot der Mischverwaltung

Das SGB II weist den Kreisen und kreisfreien Städte sowie dem Bund bzw. der Bundesagentur für Arbeit im Zusammenhang mit der Verwaltung der Grundsicherung für Arbeitsuchende je eigene Aufgaben zu, verpflichtet den Bund und die Kommunen aber gleichzeitig zu einer gemeinsamen Wahrnehmung dieser Aufgaben in der institutionalisierten Form der ARGEn gemäß § 44b SGB II. Diese Vorschrift sieht – so das BVerfG – „eine selbständige, sowohl von der Sozial- als auch von der Arbeitsverwaltung getrennte Organisationseinheit vor, die sich nicht auf koordinierende und informierende Tätigkeiten beschränkt, sondern die gesamten Aufgaben einer hoheitlichen Leistungsverwaltung im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende umfasst.“<sup>35</sup> Bei den ARGEn handelt es sich um „gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen der Bundesagentur und der kommunalen Träger zum Vollzug der Grundsicherung für Arbeitsuchende.“<sup>36</sup> Eine solche, besonders weitreichende Form der Verwaltungszusammenarbeit verstößt nach Auffassung des BVerfG gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Mischverwaltung und

verletzt zugleich die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung.<sup>37</sup>

#### 1. Eigenverantwortlichkeit als Element der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie

Dass das Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 GG nicht nur einen bestimmten Aufgabenbestand schützt, sondern auch die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung gewährleistet, steht seit jeher außer Frage. Beide Elemente zusammen konstituieren die Rechtsinstitutionsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Gemeinden und Gemeindeverbänden.<sup>38</sup> Gestützt auf diese Gewährleistung können sich die Kommunen insbesondere gegen Maßnahmen des Gesetzgebers zur Wehr setzen, die die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Kommunalverwaltung betreffen. Zur Verdeutlichung wird insoweit auf eine Reihe von kommunalen Hoheiten wie die Organisations-, die Personal- oder auch die Kooperationshoheit verwiesen. Der Schutz dieser Hoheiten wirkt zwar nicht absolut, was – in der Verfassungswirklichkeit – durch eine Vielzahl von staatlichen Ingerenzrechten auf die kommunale Verwaltungstätigkeit unterstrichen wird, verlangt dem Gesetzgeber aber ab, dass er für solche Eingriffe einen gemeinwohlorientierten, rechtfertigenden Grund anführen kann, bspw. das Ziel, eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen.<sup>39</sup>

Vor diesem Hintergrund hätte man vielleicht erwarten können, dass das BVerfG die Errichtung der Arbeitsgemeinschaften und die im Gesetz vorgesehene Übertragung kommunaler Aufgaben zur Erledigung auf diese Einrichtung unmittelbar und nur am Recht auf eigenverantwortliche Aufgabenerledigung prüft, wie er den Kreisen durch Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistet ist.<sup>40</sup> Diesen Weg beschreitet das Gericht aber nicht. Es lässt letztlich offen, ob schon bei einer gleichsam isolierten Prüfung dieses Rechts ein Verfassungsverstoß festzustellen gewesen wäre, und prüft stattdessen, ob beim Erlass des SGB II die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern gemäß Art. 83 ff. GG eingehalten worden sind. Überschreite der Gesetzgeber die ihm dort gesetzten Grenzen des zulässigen Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden, führe dies – so das BVerfG – „gleichzeitig zu einer Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung nach Art. 28 Abs. 2 GG.“<sup>41</sup>

<sup>34</sup> Henneke (Fn. 21), Art. 28 Rn. 73.

<sup>35</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 163.

<sup>36</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 165.

<sup>37</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 144 ff.

<sup>38</sup> Henneke (Fn. 21), Art. 28 Rn. 34; Tettinger (Fn. 14), Art. 28 Rn. 178 ff.

<sup>39</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 145 ff.

<sup>40</sup> In diesem Sinne etwa Mempel (Fn. 6), Hartz IV-Organisation, S. 128 ff.

<sup>41</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 150.

## 2. Verfassungsrechtliches Verbot der Mischverwaltung

In der Folge (re-)konstruiert des BVerfG aus der Zusammenschau der bundesstaatlichen Ordnung der Verwaltungskompetenzen nach Art. 83 ff. GG mit anderen tragenden Verfassungsprinzipien wie dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip ein verfassungsrechtliches Verbot der Mischverwaltung. Die Bildung der ARGEn nach dem SGB II steht mit diesem Verbot nicht Einklang und erweist sich deshalb als verfassungswidrig.

### a) Mischverwaltung in der Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hatte in der Vergangenheit schon mehrfach über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Zusammenwirkens von Verwaltungsträgern des Bundes und der Länder in Formen, die nicht ausdrücklich vom Grundgesetz vorgesehen und autorisiert sind, zu entscheiden.<sup>42</sup> Diese Rechtsprechung war zunächst von einer ausgesprochen restriktiven Haltung geprägt, die in der Formel kumuliert, dass „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, ohne dass die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen übertragen hat, [...] gegen das grundgesetzliche Verbot einer sog. Mischverwaltung [verstoßen].“<sup>43</sup>

Mit dem Beschluss zum Schornsteinfegergesetz vom 12.1.1983<sup>44</sup> schien dann eine Neubewertung dieser Frage durch das BVerfG einzusetzen. In deutlicher Distanzierung zu den älteren Entscheidungen heißt es in diesem Beschluss, dass es keinen verfassungsrechtlichen Grundsatz gebe, „wonach Verwaltungsaufgaben ausschließlich vom Bund oder von den Ländern wahrzunehmen sind, sofern nicht ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelungen etwas anderes zulassen.“<sup>45</sup> Eine starre Festlegung auf bestimmte, in der Verfassung ausdrücklich vorgesehene Verwaltungstypen existiere nicht.<sup>46</sup> Auch der erstmals in dieser Entscheidung – ohne Bezug auf die kommunale Selbstverwaltung – formulierte Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung, wonach es zu einer verfassungsrechtlich zugewiesenen Verwaltungskompetenz gehöre, dass der jeweilige Kompetenzträger seine Aufgabe durch eigene tatsächliche und persönliche Mittel wahrzunehmen habe<sup>47</sup>, erweist sich nicht als unüberwindliche Schranke. Ausnahmen kommen vielmehr in Betracht, wenn sich die Heranziehung einer fremden Verwaltungseinrichtung zur Erledigung eigener Aufgaben auf eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie beschränkt und aus einem besonderen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Das bis zu diesem Beschluss des BVerfG strikt verstandene Verbot der Mischverwaltung war damit entschieden relativiert, und

<sup>42</sup> Siehe dazu den Rechtsprechungsüberblick bei *Mempel* (Fn. 6), S. 67 ff. In der Literatur ist der Topos der Mischverwaltung vor allem geprägt worden von *Ronellenfitsch*, Mischverwaltung im Bundesstaat, 1975, und *Loeser*, Theorie und Praxis der Mischverwaltung, 1976.

<sup>43</sup> BVerfGE 39, 96 (120).

<sup>44</sup> BVerfGE 63,1.

<sup>45</sup> BVerfGE 63,1 (39).

<sup>46</sup> BVerfGE 63, 1 (40 f.).

<sup>47</sup> BVerfGE 63, 1 (41).

es schien, als stünde die bundesstaatliche Kompetenzordnung weitgehend zur Disposition des Gesetzgebers, sofern sich die Modifikationen nur auf Randbereiche erstreckten und sich sachlich rechtfertigen lassen würden. Die Gefahren, die mit einer solchen Aufweichung der doch gerade auf Eindeutigkeit angewiesenen Kompetenzordnung zwangsläufig einhergehen,<sup>48</sup> wurden offenbar nicht gesehen oder als nur gering eingestuft.

Eine neuerliche Trendwende in der Rechtsprechung des BVerfG deutete sich dann allerdings schon mit dem Beschluss zu § 50 Abs. 4 TKG an und ist mit der aktuellen Hartz IV-Entscheidung vollends vollzogen. An der TKG-Entscheidung fällt zunächst auf, dass das BVerfG nicht den Schornsteinfeger-Beschluss zitiert, sondern diesen gleichsam überspringt, auf die ältere Entscheidung zurückgreift und ohne jeden Vorbehalt ein striktes Verbot formuliert, wonach das Grundgesetz die Mischverwaltung ausschließe, sofern sie nicht ausdrücklich zugelassen sei.<sup>49</sup> Zugleich wird dieses Mischverwaltungsverbot aber auch auf einen Gesichtspunkt gestützt, der in den älteren Entscheidungen noch keine Rolle gespielt hatte: Das BVerfG weist nämlich zusätzlich darauf hin, dass der Gesetzgeber auch bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit zu beachten habe.<sup>50</sup>

### b) Das Mischverwaltungsverbot in der Hartz IV-Entscheidung

Die Hartz IV-Entscheidung ist demgegenüber erkennbar von dem Bemühen geprägt, die beiden Rechtsprechungslinien miteinander zu versöhnen, insbesondere die Aussagen der Schornsteinfeger-Entscheidung in den verfassungsrechtlichen Tatbestand des Mischverwaltungsverbots zu integrieren.

Ausgangspunkt der Entfaltung der verfassungsrechtlichen Obersätze sind erneut die Grundsätze der älteren Rechtsprechung, auf die das Gericht schon in der TKG-Entscheidung abgestellt hatte.<sup>51</sup> Dementsprechend wird den Art. 83 ff. GG entnommen, dass die Verwaltung des Bundes und die Verwaltung der Länder – ungeachtet einer Reihe von ausdrücklich vorgesehenen Formen der Mitwirkung wie etwa der Auftragsverwaltung – „organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell von einander getrennt“ seien.<sup>52</sup> Betont wird zugleich der anerkannte verfassungsrechtliche Grundsatz, wonach über im Grundgesetz festgelegte Kompetenzen auch einvernehmlich nicht verfügt werden dürfe. Aus dem Normgefüge der Art. 83 ff. GG folge, dass Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder ausgeschlossen seien, wenn die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen nicht übertragen habe.

<sup>48</sup> Siehe dazu auch *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 39 ff., 45.

<sup>49</sup> BVerfGE 108, 169 (182).

<sup>50</sup> BVerfGE 108, 169 (181 f.).

<sup>51</sup> Zum Folgenden BVerfG, a.a.O., Rn. 151 ff.

<sup>52</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 152.

Das Gericht begnügt sich aber nicht mit dem Hinweis auf die durch die Art. 83 ff. GG in Konkretisierung des Bundesstaatsprinzips konstituierte „Verwaltungsordnung“ des Grundgesetzes, um die Grenzen des zulässigen Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden aufzuzeigen. Es stützt das von ihm postulierte Verbot der Mischverwaltung darüber hinaus vielmehr auch auf das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip. Hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips wird – wie schon in Entscheidung zu § 50 TKG – auf die Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit verwiesen. Diese hätten nicht nur die Funktion, die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen und eine Aushöhlung des Art. 30 GG zu verhindern, sondern sollten aus Sicht des Bürgers auch für eine klare Kompetenzordnung sorgen, die „Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den einzelnen ‚greifbar‘“ macht.<sup>53</sup> Auch aus dem Demokratieprinzip wird die Notwendigkeit einer klaren Kompetenz- und damit Verantwortungszuordnung hergeleitet, weil der Bürger anders nicht wissen könne, „wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen könne.“<sup>54</sup> Abgerundet – und hierin liegt erkennbar der Versuch einer Harmonisierung mit der Schornsteinfeger-Entscheidung – wird das vom BVerfG angeführte Begründungsensemble sodann mit dem Hinweis auf den Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung.<sup>55</sup>

Dieser Versuch erweist sich bei näherem Hinsehen als durchaus problematisch. Während insbesondere die Herleitungen aus dem Bundesstaatsprinzip in der früheren Rechtsprechung als strikte Verbote der Mischverwaltung formuliert waren und auch die TKG-Entscheidung in diesem Sinne zu lesen ist, hatte das BVerfG den Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung schon in der Schornsteinfeger-Entscheidung nicht als absolutes Verbot verstanden, sondern Ausnahmen zugelassen und davon abhängig gemacht, dass sie sich auf eine gegenständlich eng begrenzte Verwaltungsmaterie beschränken und von einem sachlich rechtfertigendem Grund gedeckt sind. Diese Einschränkungsmöglichkeit wird nunmehr gleichsam in den verfassungsrechtlichen Verbotstatbestand der Mischverwaltung „importiert“ und führt in der Zusammenschau aller Begründungsansätze zu dem Obersatz, das Grundgesetz schließe, von begrenzten Ausnahmen abgesehen (!), die Mischverwaltung aus.<sup>56</sup>

#### *c) Konsequenzen für die Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II*

Aus Sicht der Beschwerdeführer hatte es indes keine negativen Konsequenzen, dass das Verbot der Mischverwaltung nach dem aktuellen Stand der verfassungsgerichtlichen

Rechtsprechung nicht als strikte Regel zu verstehen ist, sondern eng begrenzte Ausnahmen zulässt. Das BVerfG hatte keine Mühe darzulegen, dass es sich angesichts der Vielzahl der Betroffenen nicht um eine eng begrenzte Verwaltungsmaterie handelt und dass es keinen sachlichen Grund gibt, der zwingend für eine gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung durch den Bund und die Kommunen spricht. Die Arbeitsgemeinschaften wurde dementsprechend für verfassungswidrig erklärt.<sup>57</sup>

#### **VI. Bewertung**

Das BVerfG hat mit dieser Entscheidung den Eigenwert der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung gegenüber dem Zugriff eines Gesetzgebers verteidigt, der sich nicht aus sachlichen Erwägungen, sondern letztlich nur mangels politischer Einigungsfähigkeit mit den ARGen nach § 44b SGB II auf einen Verwaltungstyp festgelegt hat, für den es aus gutem Grund in der Verfassung keine rechtliche Basis gibt. Insoweit ist die Entscheidung uneingeschränkt zu begrüßen. Dass es daneben in dem Urteil auch Passagen gibt, deren Bedeutung sich dem Leser nicht unmittelbar erschließt<sup>58</sup>, vermag an dieser positiven Einschätzung nichts zu ändern. Bedauerlich ist darüber hinaus vor allem, dass das Gericht sich aufgrund nicht wirklich überzeugender prozessrechtlicher Erwägungen einer Auseinandersetzung mit der drängenden Frage eines Durchgriffs des Bundes auf die kommunale Ebene entzogen hat.

*Dr. Klaus Ritgen, Berlin*

<sup>53</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 157.

<sup>54</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 158.

<sup>55</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 159 ff.

<sup>56</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 153. Das ist auch deshalb problematisch, weil die Schornsteinfeger-Entscheidung keinen klassischen Fall der Mischverwaltung im engeren Sinne zum Gegenstand hatte, sondern eine Organleihe betraf.

<sup>57</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 169 ff.

<sup>58</sup> Das gilt etwa für die Rn. 176 ff., bei denen letztlich unklar bleibt, ob das Gericht den Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung in seiner aus Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG abgeleiteten Dimension oder als allgemeines Organisationsprinzip der Staatsverwaltung prüft.

## U r t e i l s b e s p r e c h u n g

### Kompensation überlanger Verfahrensdauer

**Ist der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter näherer Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, so ist anstelle der bisher gewährten Strafmilderung in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt (amtlicher Leitsatz).**

EMRK Art. 6 Abs. 1 S. 1

BGH (Großer Senat), Beschl. v. 17.1.2008 – GSSt 1/07 (Landgericht Oldenburg)

### I. Entscheidungshintergrund

Gegenstand der Entscheidung des *Großen Senats* des BGH ist die Frage, auf welche Weise sog. rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen im darauf folgenden Strafurteil zu berücksichtigen sind. Bekanntlich gewährt Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK dem Angeklagten (und Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK dem Festgenommenen) ein Anrecht auf Verhandlung und Aburteilung „innerhalb angemessener Frist“. Als noch „angemessen“ gelten in diesem Zusammenhang auch Handhabungen, die das Verfahren zwar nicht optimal fördern, aber immerhin normaler Alltagspraxis entsprechen.<sup>1</sup> Bei Überschreitungen des der Tat noch „Angemessenen“ spricht man kurz von „rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen“. Der in der EMRK ausdrücklich normierte Beschleunigungsgrundsatz findet im positiven deutschen Strafprozessrecht zwar keine Entsprechung, folgt aber gleichwohl aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>2</sup>

Eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung kann der von ihr betroffene Angeklagte gemäß Art. 13 EMRK zunächst bei den nationalen Gerichten geltend machen („wirksame Beschwerde [...] erheben“). Dabei ist „Beschwerde“ nicht im Sinne eines förmlichen Rechtsbehelfes zu verstehen, sondern umfasst die Möglichkeit, im Rahmen desselben Verfahrens auf eine angemessene Kompensation zu dringen.<sup>3</sup> So hatte auch die deutsche Rechtsprechung bislang als Reaktion auf eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung die an sich verwirkte Strafe überobligatorisch gemildert, zumal die StPO eine Untätigkeitsbeschwerde an dieser Stelle nicht vorsieht.<sup>4</sup> Um die „Wirksamkeit“ der „Beschwerde“ zu ver-

deutlichen, waren sowohl Grund als auch exaktes Ausmaß der erfolgten Herabsetzung der Strafe kenntlich zu machen.<sup>5</sup> Sollte eine Strafmilderung zur Kompensierung der Rechtsverletzungen nicht genügen (oder sie gar ausbleiben), stünde es dem Betroffenen weiterhin frei, gemäß Art. 34 EMRK Individualbeschwerde zum EGMR zu erheben, der als (weitere) Entschädigung gemäß Art. 41 EMRK auf eine finanzielle Leistung des Vertragsstaates an den Beschwerdeführer erkennen kann.<sup>6</sup> Die strafmildernde Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Rahmen der Strafzumessung hatte vor diesem Hintergrund insbesondere die Funktion, den Betroffenen schadlos zu stellen und so eine Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR zu vermeiden.<sup>7</sup>

In einer in ihrer Bedeutung weit reichenden Grundsatzentscheidung hat nun der *Große Senat* des BGH, einem entsprechenden Vorlagebeschluss des *3. Strafsenats* folgend,<sup>8</sup> die bisherige Rspr. zur justiziellen Verarbeitung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen aufgegeben.<sup>9</sup> Anstelle einer Reduzierung der im Urteilstenor auszusprechenden Strafe („Strafzumessungslösung“) soll der Angeklagte künftig unbeschadet der Verzögerung wieder zu der schuldangemessenen und präventiv benötigten Strafe verurteilt werden. Von dieser Strafe aber soll ein der Verzögerung adäquater Teil als bereits vollstreckt gelten und diese Folge ebenfalls im Urteil ausgesprochen werden („Vollstreckungslösung“). Zum besseren Verständnis sei dies anhand des zur Entscheidung führenden Sachverhalts erläutert: In einem Verfahren wegen besonders schwerer Brandstiftung (§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB) und versuchten Betruges (§§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 StGB) war nach Anklageerhebung gut 19 Monate lang nichts geschehen, bevor es zur Verfahrenseröffnung (§ 203 StPO) kam. Diese Verzögerung erachtete die in erster Instanz erkennende Strafkammer, in deren Sphäre die Verzögerung offenbar entstanden war,<sup>10</sup> als eine unvermeidbare, rechtsstaatswidrige Verfahrenverschleppung, für welche der Angeklagte zu entschädigen sei (was bis hierhin auch weder vom vorliegenden *3. Strafsenat* noch vom *Großen Senat* beanstandet wurde). Für eigentlich schuldangemessen erachtete die Strafkammer

Heghmanns, in: ders./Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Rn. VI. 177 ff.

<sup>5</sup> BGH NJW 1999, 1198 (1199); NStZ-RR 2000, 343; NStZ 2003, 601; BGHR § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 11, 16; vgl. auch BVerfG NStZ 1997, 591; NJW 2003, 2225 (2227); 2003, 2897. Zuvor genügte bereits eine nicht explizit bezifferte Strafmilderung, vgl. BGHSt 24, 239.

<sup>6</sup> Vgl. EGMR EuGRZ 1983, 371 (Eckle).

<sup>7</sup> Krehl, StV 2006, 412; BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 Verfahrensverzögerung 3.

<sup>8</sup> BGH NJW 2007, 3294 mit Anm. Peglau = StV 2007, 523 mit Anm. I. Roxin, StV 2008, 14 = StraFo 2007, 469 mit Anm. Salditt, StraFo 2007, 513 = JR 2008, 31 mit Anm. K. Weber.

<sup>9</sup> BGH (GrS), Beschl. v. 17.1.2008 – GSSt 1/07.

<sup>10</sup> Ob sie auch dafür verantwortlich war (oder ihre Überlastung bzw. fehlende Entlastung durch das Präsidium des Landgerichts), ist den Entscheidungen nicht zu entnehmen.

<sup>1</sup> Vgl. Gollwitzer, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Art. 6 EMRK Rn. 78; Paeffgen, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 35. Lieferung, Stand: Januar 2004, Art. 6 EMRK Rn. 116.

<sup>2</sup> BVerfGE 63, 45 (69).

<sup>3</sup> Gollwitzer (Fn. 1), Art. 13 EMRK Rn. 6d.

<sup>4</sup> Sie wird nur der Staatsanwaltschaft im Falle einer Untätigkeit des Gerichts im Zwischenverfahren zugebilligt, vgl.

Einzelfreiheitsstrafen von fünf Jahren für die Brandstiftung und von einem Jahr für den Betrugsversuch, aus denen sie normalerweise eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten gebildet hätte. Sie verhängte aber entsprechend der bisherigen Linie der Rspr. zum Ausgleich der rechtsstaatswidrigen Verzögerung reduzierte Einzelstrafen von drei Jahren und zehn Monaten (Brandstiftung) sowie von sechs Monaten (versuchter Betrug). Aus diesen Einzelstrafen bildete sie gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 StGB eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren. Nach der jetzt vom *Großen Senat* beschlossenen Verfahrensweise müsste hingegen – unterstellt, das Maß der Kompensation wäre korrekt – die schuldangemessene Strafe verhängt und davon ein entsprechender Teil als bereits vollstreckt erklärt werden. Der Tenor des Urteils hätte also zu lauten: „Der Angeklagte wird wegen [...] zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Von dieser Strafe gelten ein Jahr und sechs Monate zur Entschädigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung als vollstreckt.“

## II. Die Begründung des *Großen Senats*

Zu diesem „Systemwechsel“<sup>11</sup> sah sich der *Große Senat* veranlasst, weil das bisherige Modell der Strafzumessungslösung zwar im Prinzip geeignet sei, Verfahrensverzögerungen zu kompensieren, aber in bestimmten Fallkonstellationen an die Grenzen des Strafzumessungsrechts stoße. Zudem vereinfache die Vollstreckungslösung die Rechtsanwendung und erhalte der (eigentlich) schuldangemessenen Strafhöhe ihre Funktion, Gradmesser für weitere, an die Sanktionsschwere anknüpfende Rechtsfolgen zu sein (z.B. die Strafaussetzung zur Bewährung, § 56 StGB, oder den Verlust der Amtsfähigkeit, § 45 StGB).<sup>12</sup>

Einen Konflikt mit dem Strafzumessungsrecht erblickte der *Große Senat* in der verfahrensgegenständlichen Konstellation, weil die Strafkammer die gesetzliche Mindeststrafe von § 306b Abs. 2 StGB unterschreiten musste, um zu einer ausreichenden Kompensation der Verfahrensverzögerung zu gelangen. Eine solche Strafraumenunterschreitung hält der *Große Senat* zwar prinzipiell für möglich,<sup>13</sup> solange keine Alternative existiert. Eine solche biete die Vollstreckungslösung aber,<sup>14</sup> indem sie den Rechtsgedanken des § 51 Abs. 1 StGB aufgreife,<sup>15</sup> der die Anrechnung im Verfahren erlittener U-Haft regelt. Ausführlich begründet der *Große Senat*, warum die Vollstreckungslösung den Vorgaben des EGMR zur Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen entspreche<sup>16</sup> und zu insgesamt sachgerechteren Resultaten führe,<sup>17</sup> um sodann die künftige Vorgehensweise der Tatge-

richte zu skizzieren.<sup>18</sup> Dabei übergeht er freilich im Weiteren, dass seine Entscheidung auf der erwähnten These aufbaut, eine Unterschreitung der Strafuntergrenzen (in analoger Anwendung von § 49 StGB) scheidet aus, sobald eine alternative Regelung herangezogen werden könne, er eine solche aber ebenfalls nur in Analogie zu § 51 Abs. 1 S. 1 StGB findet. So war bereits der vorlegende, ähnlich argumentierende *3. Strafsenat* gefragt worden, „warum dem Rechtsanwender die Analogie zu § 49 StGB nicht freistehen sollte, wohl aber eine solche zu § 51 Abs. 1 S. 1 StGB.“<sup>19</sup> Diese Frage lässt auch der *Große Senat* unbeantwortet.

## III. Kritik der Entscheidung

Im Kern ist die Vollstreckungslösung des *Großen Senats* dennoch zu begrüßen. Neben dem bereits angedeuteten Begründungsdefizit (dazu 1.) ist der Entscheidung allerdings vorzuwerfen, dass sie Strafzumessung und Strafkompensation noch strikter hätte trennen können (dazu 2.) und die Rolle der Verfahrenseinstellungen der neuen Lösung nicht anpasst (3.). Die Entscheidung hätte ihren Weg also noch konsequenter gehen sollen.

### 1. Das Problem der Analogie in der Entscheidungsbegründung

Trotz der insoweit offen gebliebenen Begründung ist dem *Großen Senat* im Ergebnis beizupflichten, wenn er die analoge Anwendung des § 51 StGB derjenigen des § 49 StGB vorzieht. Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip, das der vorlegende *3. Strafsenat* noch in den Vordergrund gestellt hatte,<sup>20</sup> lässt sich indes nicht ableiten, dass eine analoge Anwendung von § 51 StGB vorrangig wäre. Tatsächlich genießen zwar die Entscheidungen des Gesetzgebers, welche Rechtsfolgen für schuldhaft-rechtswidrige Taten verhängt werden dürfen, vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG einen besonderen Respekt. Indes will das Gesetzlichkeitsprinzip in erster Linie den Angeklagten schützen und nicht seine Mindestbestrafung gewährleisten. Daher wird bekanntlich aus Art. 103 Abs. 2 GG auch nur ein Analogieverbot zu Lasten des Täters herausgelesen,<sup>21</sup> während Abweichungen zu seinen Gunsten durchaus akzeptabel sein mögen,<sup>22</sup> soweit sie rechtmethodisch begründbar erscheinen. Methodisch erweckt freilich die analoge Anwendung von § 49 StGB in der Tat größeres Unbehagen als diejenige von § 51 Abs. 1 S. 1 StGB. Denn wenn es um das Schadloshalten für Verfahrensbeeinträchtigungen geht, so regelt § 51 Abs. 1 StGB eine dem Problem näher verwandte Materie als § 49 StGB, der zudem nur die Folgen

<sup>11</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 16.

<sup>12</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 15 f.

<sup>13</sup> Wie z.B. bei der sog. Rechtsfolgenlösung zur schuldangemessenen Bestrafung von Morden bei Vorliegen außerordentlicher Milderungsgründe, vgl. BGH (GrS) St 30, 105.

<sup>14</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 30 f.

<sup>15</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 42.

<sup>16</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 32 ff.

<sup>17</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 44 ff.

<sup>18</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 54 ff.

<sup>19</sup> Peglau, NJW 2007, 3298 (3299); ähnlich I. Roxin, StV 2008, 15.

<sup>20</sup> BGH NJW 2007, 3294 (3295 f.).

<sup>21</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 2, 8; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 134 f.

<sup>22</sup> Roxin (Fn. 21), § 5 Rn. 44; Jescheck/Weigend (Fn. 21), S. 136.

einer erst anderweitig noch zu begründenden Strafrahmenschiebung beschreibt. Die von der Strafkammer bemühte Analogie wäre daher bei präziserer Betrachtung gar nicht als eine solche zu § 49 StGB, sondern als eine solche zu denjenigen Bestimmungen zu bezeichnen, die ihrerseits auf § 49 StGB verweisen, beispielsweise die §§ 17, 21, 23 Abs. 2, 3, 35, 46a Nr. 2, 129 Abs. 6 StGB. Die Strafmilderung nach § 49 StGB indes wird dort stets nur aus Gründen geringer Schuld oder reduziertem Präventionsbedürfnis zugelassen; sie dient nirgends zur Schadlosstellung oder zur Wiedergutmachung für Verfahrensbeeinträchtigungen, wonach hier gestrebt wird und wie sie § 51 Abs. 1 StGB anbietet. Wenn der *Große Senat* daher § 51 Abs. 1 StGB zur Lückenschließung heranzieht, so bedient er sich einer Regelung, die für eine näher verwandte Thematik konzipiert ist als die auf Schulddefizite bzw. reduzierte Präventionsbedürfnisse aufbauenden Vorschriften, die Strafrahmenschiebungen nach § 49 StGB legitimieren. Seine Entscheidung ist deswegen rechtsmethodisch besser zu begründen als die Strafzumessungslösung und insoweit im Ergebnis nicht zu beanstanden.

## 2. Vermischung von Strafzumessungs- und Vollstreckungslösung

Wenngleich die Vorgehensweise des *Großen Senats* folglich im Grundsatz Beifall verdient, bleibt ihm dennoch vorzuwerfen, in seinen weiteren Anweisungen für die künftige Handhabung verzögerter Verfahren die strikte Trennung zwischen Schadensausgleich für Verfahrensunbill und Strafzumessung wieder zu verwischen. Seine Vollstreckungslösung ist also keine reine, sondern sie enthält weiterhin Elemente der überkommenen Strafzumessungslösung. Denn nach wie vor sollen, so der *Große Senat* wörtlich, Verfahrensbelastungen „bei der Straffindung unabhängig davon zu berücksichtigen [sein], ob die Verfahrensdauer durch eine rechtsstaatswidrige Verzögerung mitbedingt ist. [...] Lediglich der hiermit zwar faktisch eng verschränkte, rechtlich jedoch gesondert zu bewertende und zu entschädigende Gesichtspunkt, dass eine überlange Verfahrensdauer (teilweise) auf einem konventions- und rechtsstaatswidrigen Verhalten der Strafverfolgungsbehörden beruht, wird aus dem Vorgang der Strafzumessung, dem er wesensfremd ist, herausgelöst und durch die bezifferte Anrechnung auf die im Sinne des § 46 StGB angemessene Strafe gesondert ausgeglichen.“<sup>23</sup> Verspricht das noch Stringenz, so enttäuschen die anschließenden Bemerkungen: „Der Tatrichter hat insofern in wertender Betrachtung zu entscheiden, ob und in welchem Umfang der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil sowie die besonderen Belastungen, denen der Angeklagte wegen der überlangen Verfahrensdauer ausgesetzt war, bei der Straffestsetzung in den Grenzen des gesetzlich eröffneten Strafrahmens mildernd zu berücksichtigen sind. [...] Hieran anschließend ist zu prüfen, ob vor diesem Hintergrund zur Kompensation die ausdrückliche Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung genügt.“<sup>24</sup> Ist dies nicht der Fall, „so hat das Gericht festzulegen, welcher bezifferte Teil der Strafe zur Kompensation der

Verzögerung als vollstreckt gilt.“ Bei dessen Bemessung „muss es stets im Auge behalten werden, wenn die Verfahrensdauer als solche sowie die hiermit verbundenen Belastungen des Angeklagten bereits mildernd in die Strafbemessung eingeflossen sind und es daher in diesem Punkt der Rechtsfolgenbestimmung nur noch um einen Ausgleich für die rechtsstaatswidrige Verursachung dieser Umstände geht.“<sup>25</sup> Die verlängerte Verfahrensdauer behält danach offenbar ihre Strafzumessungsrelevanz, soweit die jeweiligen Strafrahmenschiebungen es ermöglichen, sie strafmildernd zu berücksichtigen. Die Vollstreckungserklärung gleicht dann ausschließlich das „Handlungsunrecht“ der Strafverfolgungsbehörden aus, die Rechtsstaatswidrigkeit ihres Handelns, während die Wiedergutmachung des „Erfolgusunrechts“, also des durch die Verzögerung erlittenen Nachteils, Sache der Strafbemessung bliebe. Damit aber erweist sich das Konzept des *Großen Senats* als lediglich unvollständige Vollstreckungslösung, weil es weiterhin in Teilen auf eine Berücksichtigung bei der Strafzumessung setzt.

Die vorgenommene Differenzierung ist problematisch, weil sie verkennt, dass der Angeklagte infolge eines rechtsstaatswidrigen Verfolgungsverhaltens nur dann zum individualbeschwerdeberechtigten Verletzten im Sinne von Art. 34 EMRK wird, wenn er auch in seinen subjektiven Rechten wie Freiheit oder Eigentum eine Einbuße erlitten hatte. Niemand hat allein deshalb Anspruch auf Entschädigung, weil rechtsstaatswidrig mit ihm verfahren wurde, sondern weil er rechtsstaatswidrig zu lange inhaftiert war, zu lange den Makel des Angeklagtseins trug oder zu lange eine Hauptverhandlung über sich ergehen lassen musste. Beim Übelausgleich können deshalb die Art und Weise der Verursachung einer Rechtseinbuße und ihr Ausmaß nicht sinnvoll voneinander getrennt werden. Wie auch sollte man sinnvoll eine (in Zeiteinheiten zu bemessende) Kompensation zusprechen, während man zugleich den Blick vor den (zeitlichen) Folgen des staatlichen Fehlverhaltens verschließt? Nimmt man hingegen bei der quantitativen Bestimmung des Ausgleichs auch die Auswirkungen der rechtsstaatswidrigen Handhabung in den Blick, so droht nach der Lösung des *Großen Senats* eine diffuse Gemengelage von teilweiser Kompensation qua Strafmilderung und anschließender Restkompensation qua Vollstreckungsanrechnung. Es wäre daher wünschenswert gewesen, die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung komplett aus dem Strafzumessungsvorgang zu eliminieren und diesen strikt auf seine Funktion zurückzuführen, die ohne die jeweilige Verzögerung schuldangemessene(n) sowie nach Präventionserwägungen erforderliche(n) Strafe(n) zu finden.

Es kommt hinzu, dass eine Verfahrensverzögerung im Rahmen der Strafzumessung nicht unvermittelt als Strafzumessungsfaktor gelten kann, sondern sich differenzierte Präventionserwägungen hinter dem Befund verspäteter Aburteilung verbergen.<sup>26</sup> Denn nach § 46 StGB und der auf ihm

<sup>23</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 45.

<sup>24</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 55 f.

<sup>25</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 56.

<sup>26</sup> Das verkennt *Salditt*, StraFo 2007, 513, wenn er die Strafmilderung wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung undifferenziert dem Nachtatverhalten des Angeklagten oder einer geschehenen Wiedergutmachung gleichsetzt, nur

aufbauenden herrschenden Spielraumtheorie<sup>27</sup> bildet die Tatschuld die Grundlage der Strafzumessung. Sie bietet einen Rahmen, innerhalb dessen sodann spezial- und generalpräventive Erwägungen zur endgültigen Straffestlegung führen. Eine Verfahrensverzögerung ändert nun als solche nichts an der Tatschuld. Aber auch die Präventionsbedürfnisse werden durch eine verzögerte Aburteilung nicht zwangsläufig reduziert, wenngleich dies durchaus der Fall sein kann. Dies beruht darauf, dass die Verfahrensverzögerung bei genauer Betrachtung mehrere Aspekte berühren mag, die je für sich strafzumessungsrelevant sein können, aber nicht müssen:

In diesem Zusammenhang ist zunächst der wachsende Zeitabstand zwischen Tat und Bestrafung zu betrachten.<sup>28</sup> Zeitablauf kann das (Spezial- wie General-)Präventionsbedürfnis reduzieren. Weder erwartet die Öffentlichkeit lange Zeit nach einer Bagatelltat in unveränderter Weise eine formelle Sanktion, noch wäre eine solche zur Verhütung weiterer Straftaten des Betroffenen nützlich, im Gegenteil! Ein verzögertes Verfahren mag also durchaus zu einem präventiv (und damit für die Strafbemessung) relevanten Zeitabstand zur Tat führen.<sup>29</sup> Aber es muss dies keineswegs tun, sofern das Urteil aus präventiver Warte gleichwohl noch in vertretbarer zeitlicher Nähe zur Tat ergeht. Auch ist es keineswegs so, dass in jedem Fall das Präventionsbedürfnis lange Zeit nach Tatbegehung sinken müsste, weil darüber die Tatschwere, die Person des jeweiligen Angeklagten und ihre Strafempfindlichkeit und -bedürftigkeit mitentscheiden.

Ferner vermag die Verfahrensdauer das (Spezial-)Präventionsbedürfnis zu mindern. Denn falls der Angeklagte bereits den in ihrer Wirkung womöglich sanktionsähnlichen Belastungen eines verlängerten Verfahrens,<sup>30</sup> insbesondere einer Hauptverhandlung, ausgesetzt war („Freiheitsentzug durch Hauptverhandlung“<sup>31</sup>), so bedarf es zur Einwirkung auf ihn möglicherweise nur noch einer geringeren Übelzufügung.

Der Umstand *rechtsstaatswidriger* Verfahrensverlängerung hingegen bleibt als solcher präventiv irrelevant, weil die Verfahrensdauer unabhängig davon belastet, ob der Staat

oder beispielsweise die Schwierigkeit der Sachlage für sie verantwortlich zeichnen.<sup>32</sup>

Wer deshalb die Rechtsstaatswidrigkeit staatlichen Verfahrens mittels einer Vollstreckungsanrechnung kompensieren will, muss angesichts des beschriebenen Ineinandergreifens verschiedener Faktoren innerhalb des hochkomplexen Strafzumessungsvorgangs das rechtsstaatswidrige Vorgehen und sämtliche dadurch entstandenen Folgen gedanklich komplett aus der Strafzumessung lösen. Daran anschließend kann die Strafe so bemessen werden, wie sie (fiktiv) zu verhängen gewesen wäre, wäre das Verfahren ordnungsgemäß verlaufen und folglich früher sowie ohne unnötige Belastungen für den Angeklagten abgeschlossen worden. Mehrdauer und -belastungen infolge der Verfahrensverzögerung sowie die wegen des zusätzlichen Zeitablaufs reduzierten Präventionsbedürfnisse bestimmten dann allein das Maß des für vollstreckt zu Erklärenden. Sie schlugen nicht in letztlich undurchsichtiger Weise sowohl bei der Strafbemessung als auch bei der Anrechnung zu Buche, wie es nach dem Konzept des *Großen Senats* der Fall ist. Diese Trennung besäße zudem den Vorzug, einigermaßen klare Voraussetzungen für die Bestimmung des Anzurechnenden zu liefern. Im verfahrensgegenständlichen Fall beispielsweise hätte man ein unnötig erzwungenes, aber ansonsten ereignisloses Zuwarten des offenbar nicht inhaftierten Angeklagten von 19 Monaten zu bewerten gehabt. Diese Blickweise verdeutlicht zudem, dass eine Anrechnung von 18 Monaten, wie sie die Strafkammer im Ergebnis vorgenommen hatte, eine Überkompensation darstellt. „Etwa Besseres [...] kann einem Angeklagten kaum passieren.“<sup>33</sup> Solche Anrechnungen im Verhältnis nahe 1:1 mag man bei entsprechend verlängerter Hauptverhandlung oder im Falle einer Suspendierung des Angeklagten von seiner beruflichen Tätigkeit erwägen, nicht aber dort, wo man alleine die zu lange andauernde Ungewissheit über das weitere persönliche Schicksal zu entschädigen und das während dieser Zeit absinkende Präventionsbedürfnis zu berücksichtigen hat. Eine dem angemessene Entschädigung könnte in solchen Fallgestaltungen nur einen Bruchteil des zusätzlichen Zeitablaufes betragen.

### 3. Einstellung des Verfahrens zur Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen?

Außer bei der angesprochenen unsaubereren Trennung von Strafzumessung und Anrechnung erscheinen die Überlegungen des *Großen Senats* ferner hinsichtlich der künftigen Rolle von Verfahrenseinstellungen angreifbar. Denn nach wie vor sei in Fällen, „in denen das gebotene Maß der Kompensation die schuldangemessene (Einzel-)Strafe erreicht oder übersteigt, [...] – wie bisher – die Anwendung der §§ 59, 60 StGB oder die (teilweise) Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsgrundsätzen zu erwägen (§§ 153, 153a, 154, 154a

weil sie ebenso wie diese auf Geschehnissen nach abgeschlossener Tatbegehung beruht.

<sup>27</sup> BGHSt 7, 28 (32); 20, 264 (266 f.); eingehend Zipf, Die Strafzumessung, 1977; B.-D. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 148 ff.

<sup>28</sup> K. Weber, JR 2008, 36.

<sup>29</sup> BGHSt 29, 370 (372), dort allerdings noch im Hinblick auf „das Strafbedürfnis der Allgemeinheit“; offener bereits BGHSt 36, 363 (372); BGHR § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 11.

<sup>30</sup> M. Walter, in: H.-J. Hirsch (Hrsg.), Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986, 1987, S. 184; I. Roxin, StV 2008, 17.

<sup>31</sup> Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988, S. 123.

<sup>32</sup> Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 224.

<sup>33</sup> K. Weber, JR 2008, 36.



StPO)<sup>34</sup>. In Wahrheit fehlt nunmehr eine Notwendigkeit, diese prozessualen Notbehelfe zur Verzögerungskompensation<sup>35</sup> zusätzlich zu nutzen. Wenn beispielsweise unter Ausblendung der Verfahrensverzögerung eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren angemessen gewesen wäre und die angemessene Kompensationsentscheidung ebendiese zwei Jahre für vollstreckt erklärt, so leuchtet nicht mehr ein, inwiefern „die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre“ (§ 153 Abs. 1 StPO). Es ist schließlich der Vorzug der Vollstreckungslösung, Schuldfrage und Kompensation strikt voneinander zu trennen und nicht durch eine – in Wahrheit schuldunabhängige – Strafmilderung den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, die Schuld des Täters sei so niedrig, wie es die Strafe nahe legt. Entsprechendes gilt für die §§ 59, 60 StGB: Auch sie müssen bereits unbeschadet der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung anwendbar sein; andernfalls werden sie es auch nicht durch ein überlanges Verfahren. Dem Angeklagten geschieht dadurch kein Unrecht, denn bei qua Anrechnung vollständiger Vollstreckung der ausgeurteilten Strafe wird er im Ergebnis alleine durch den – sachgerechten – Schuldspruch belastet; warum selbst auf ihn noch zu verzichten sein sollte, ist nicht einzusehen.

Eine Ausnahme ist freilich zu machen, die auch der *Große Senat* offen lässt, nämlich die Möglichkeit der Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses.<sup>36</sup> Diskutiert wird dies für Extremfälle, in denen unabhängig von der Tatschuld die Rechtsstaatswidrigkeit des bisherigen Prozessierens so eklatant erscheint, dass selbst eine Verfahrensfortsetzung rechtsstaatswidrig und menschenunwürdig wäre.<sup>37</sup> Weil Schuld- und Strafhöhe mit der Frage eines von Verfassungs wegen bestehenden Verfahrenshindernisses nichts zu tun haben, steht die Vollstreckungslösung einer Verfahrensbeendigung qua Einstellung (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO) nicht entgegen.<sup>38</sup> Es ist allerdings zu betonen, dass bislang operationalisierbare Kriterien dazu fehlen, wann eine „normale“ rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung in eine verfahrenshindernde umschlägt.

#### IV. Auswirkungen und Ausblick

Was bedeutet nun die Anwendung der Vollstreckungslösung für die künftige justizielle Verarbeitung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen und für den Angeklagten? Im Unterschied zur bisherigen Strafzumessungslösung lässt sie schon im Urteilstenor den Schuldumfang deutlicher werden; die nach bisheriger Handhabung auf Grund der bloßen Lektüre des Bundeszentralregisterauszuges unter Umständen nahe

liegende Fehleinschätzung, die Verurteilung sei wegen einer Tat von geringerem Gewicht erfolgt, wird vermieden. Zudem wird der Strafzumessungsvorgang vereinfacht, denn es entfällt die bei Serientaten mühsame Reduktion jeder Einzelstrafe unter Angabe des an sich für sie Schuldangemessenen.<sup>39</sup> Die Schadensstellung des Angeklagten erfolgt nur noch ein einziges Mal im Anschluss an den bis zu Gesamtstrafenbildung hin abgeschlossenen Strafzumessungsvorgang. Im entscheidungsgegenständlichen Fall brauchen also die beiden Einzelstrafen nicht mehr je für sich betrachtet zu werden. Vielmehr ist allein die Gesamtstrafe von fünf Jahren sechs Monaten der Ausgangspunkt der Frage, wieviel von ihr als vollstreckt zu gelten hat.

Mit dem Ausspruch der schuldangemessenen anstelle einer aus Entschädigungsgründen reduzierten Strafe sind für den Angeklagten freilich gravierende Veränderungen verbunden. Zunächst bleibt die Kürzung der real zu verbüßenden Strafzeit nur vordergründig dieselbe: Sicherlich hätte der Verurteilte im verfahrensgegenständlichen Fall bei Vollverbüßung nach alter wie neuer Behandlung jeweils vier Jahre abzusitzen. Nähme man indes einmal an, er könnte nach  $\frac{2}{3}$  seiner Strafzeit in den Genuss einer Reststrafenaussetzung gemäß § 57 Abs. 1 StGB gelangen, so erfolgte nach alter Rspr. diese Strafaussetzung nach Verbüßung nach 32 Monaten (=  $\frac{2}{3}$  von vier Jahren). Nach der Vollstreckungslösung steht sich der Verurteilte hingegen besser. Zwar errechnen sich die  $\frac{2}{3}$  auf der Basis von fünf Jahren und sechs Monaten und betragen demgemäß 44 Monate. Weil als vollstreckt geltende Strafteile aber gemäß § 57 Abs. 4 StGB auf die in § 57 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannte Mindestverbüßungszeit anzurechnen sind, wären die 18 Monate bereits in vollem Umfang von den 44 Monaten abzuziehen, weshalb schon nach 26 Monaten Strafzeit die weitere Vollstreckung ausgesetzt werden könnte. Der Verurteilte hätte also ein (weiteres) halbes Jahr „gespart“, was der *Große Senat* durchaus gesehen und als „systemgerechte Konsequenz des neuen Modells“ eingeordnet hat.<sup>40</sup> Dieser Vergünstigung stehen für den Verurteilten allerdings auch Nachteile entgegen, die sich infolge der höher tenorierten Strafe ergeben. Im Fall des *Großen Senats* etwa verlängert sich immerhin die Vollstreckungsverjährungsfrist von zehn auf zwanzig Jahre (§ 79 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 StGB). In anderen Fällen mögen etwa – um nur die wichtigsten zu nennen – die Grenzen einer Strafaussetzung in § 57 Abs. 2 StGB oder zum Verlust der Amtsfähigkeit von einem Jahr Freiheitsstrafe überschritten werden (§§ 45 StGB, 24 BRRG, 48 BBG, 24 DRiG).

Im Übrigen stellt sich selbstverständlich die Frage, ob die Vollstreckungslösung eine singuläre Erscheinung für Verstöße gegen das Beschleunigungsverbot bleibt oder ob sie nicht ein ebenso taugliches Instrument für andere kompensationspflichtige staatliche Verstöße gegen die EMRK bildet. Steht für Verstöße gegen Art. 5 EMRK, insbesondere die Pflicht zur beschleunigten Aburteilung von Haftsachen in Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK, ohnehin die finanzielle Entschädigung im

<sup>34</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 52. Ebenso K. Weber, JR 2008, 37.

<sup>35</sup> Vgl. zur Verfahrenseinstellung gemäß § 153 StPO im Hinblick auf eine Verfahrensverzögerung BGH NJW 1996, 2739.

<sup>36</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 52.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfG (Vorprüfungsausschuss) NJW 1984, 967; BVerfG NJW 1993, 3254 (3255); BGHSt 46, 159 (171 f.); kritisch hingegen Scheffler (Fn. 32), S. 155 ff., 274, der stets eine anderweitige Kompensation für durchführbar hält.

<sup>38</sup> Anders, indes ohne nähere Begründung, I. Roxin, StV 2008, 15.

<sup>39</sup> Siehe das in BGHR § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 19 wiedergegebene Beispiel.

<sup>40</sup> BGH (GS), Beschl. v. 17.1.2008, Rn. 50.

Vordergrund (Art. 5 Abs. 5 EMRK), so hat sich bei Verstößen gegen das in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK enthaltene Fairnessgebot in der Rspr. des BGH nach anfänglicher Tendenz zu einem Verfolgungshindernis<sup>41</sup> ebenfalls eine Rechtsfolgenlösung durchgesetzt. Dabei ging es regelmäßig um den Einsatz polizeilicher Lockspitzel, die sich nicht darauf beschränkt hatten, bereits verdächtige, vorbelastete Personen zu weiteren Straftaten zwecks Beweisbeschaffung anzustiften, sondern unvorbelastete, kaum oder gar nicht Verdächtige durch massive Beeinflussung dazu brachten, Straftaten zu begehen. Eine derartige Überschreitung der Grenzen polizeilichen Handelns stellt ebenfalls einen Konventionsverstoß dar und wird derzeit gleichermaßen durch eine explizit ausgewiesene Strafmilderung kompensiert,<sup>42</sup> weshalb sich die Überlegung aufdrängt, auch hier auf eine Vollstreckungslösung auszuweichen.

Solange man die Rechtsstaatswidrigkeit in dem Umstand der Provokation eines bis dahin *Unverdächtigen* erblickt,<sup>43</sup> entspräche die Situation strukturell tatsächlich derjenigen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung, weil in beiden Fällen die Tatschuld unberührt bleibt und präventive Erwägungen das Strafbedürfnis mindern. Dabei wären im Falle der Tatprovokation vornehmlich (positiv-)generalpräventive Aspekte berührt, nämlich die drohende Normverunsicherung der Allgemeinheit, wenn trotz (ungeahndeten) Fehlverhaltens staatlicher Stellen das private Fehlverhalten des Provozierten unnachsichtig bestraft würde. Grundsätzlich anders läge es indes, wenn (auch oder nur) das *Ausmaß* der Provokation die Rechtsstaatswidrigkeit begründet, beispielsweise bei nötigungsnahem Bedrängen des Anzustiftenden, dessen eigener Beitrag dadurch in den Hintergrund tritt.<sup>44</sup> In derartigen Konstellationen wäre unmittelbar die Tatschuld gemindert, weil die staatliche Einwirkung die inneren Hemmschwellen des Täters unterminiert und der ihn treffende Vorwurf, sich zur Tat entschlossen zu haben, dementsprechend weniger wiegt. Würde man auf solche Sachverhalte gleichwohl die Vollstreckungslösung anwenden, geriete man in Gefahr, mit der tenorierten Strafe unzulässig den Schuldrahmen zu überschreiten. Da beide Aspekte (Anstiftung eines Unverdächtigen, übermäßiges Bedrängen) in der Praxis offenbar häufiger zusammentreffen,<sup>45</sup> wäre für einen erheblichen Teil der Provokationsfälle die Vollstreckungslösung unanwendbar. Dies

spricht dafür, auf sämtliche Provokationsfälle aus Gründen der Klarheit weiterhin die Strafzumessungslösung anzuwenden.<sup>46</sup>

## V. Zusammenfassung

Der *Große Senat* hat mit seiner Vollstreckungslösung einen Schritt in die richtige Richtung getan. Die Instanzgerichte und *Strafsenate* sollten sie jedoch konsequenter anwenden, als dies der Beschluss nahelegt, und sämtliche Folgen der Verfahrensverzögerung ausschließlich zur Bemessung des als vollstreckt geltenden Teils der Strafe heranziehen und nicht bereits bei der Strafzumessung berücksichtigen. Eine Übertragung der Vollstreckungslösung auf andere konventionsrechtlich begründeten Kompensationsfälle scheidet aus.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

<sup>41</sup> BGH NJW 1981, 1626; NStZ 1982, 126; 1982, 156; 1984, 519 (520); zustimmend *Dencker*, in: Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum fünfundsiebzigsten Geburtstag am 12. Juni 1982, S. 452 f.

<sup>42</sup> Vgl. BGHSt 45, 321; 47, 44; BGH NStZ 1995, 506.

<sup>43</sup> So BGHSt 45, 321 (337); BGHR § 46 Abs. 1 StGB V-Mann 6; *Theune*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 46 Rn. 257.

<sup>44</sup> BGH NJW 1981, 1626; NStZ 1982, 156.

<sup>45</sup> Vgl. BGHSt 32, 345 (sechs Monate lang wöchentliche Anrufe, Inaussichtstellen enormer Geldbeträge); BGHSt 45, 321 (mehrfaches Ansprechen); BGHR § 46 Abs. 1 StGB V-Mann 12 (Drohung mit „Arabern“).

<sup>46</sup> Ob eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation das staatliche Recht, ein Strafverfahren gegen den Provozierten zu führen, unberührt lässt, wie die neuere Rspr. annimmt, steht auf einem anderen Blatt.

## Redaktionelle Urteilsanmerkung

### Kein Anspruch des Mieters auf Aufwendungsersatz wegen eigenmächtiger Beseitigung eines Mangels der Mietsache

**Beseitigt der Mieter eigenmächtig einen Mangel der Mietsache, ohne dass der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB), so kann er die Aufwendungen zur Mangelbeseitigung weder nach § 539 Abs. 1 BGB noch als Schadensersatz gemäß § 536a Abs. 1 BGB vom Vermieter ersetzt verlangen (amtlicher Leitsatz).**

BGH, Urt. v. 16.1.2008 – VIII ZR 222/06 (LG Bochum)<sup>1</sup>

#### I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Gegenstand der an dieser Stelle vorgestellten Entscheidung des unter anderem für das Kauf- und Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des BGH ist eine Frage, die nach der Schuldrechtsmodernisierung die Gemüter vor allem im Kaufrecht erregte: Steht dem Sachgläubiger ein Ausgleichsanspruch gegen den Schuldner zu, wenn er eigenmächtig einen Mangel an dem Vertragsgegenstand beseitigt? Im Kaufrecht stellt sich die Frage in der Fallkonstellation, dass der Käufer davon absieht, den Verkäufer nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB auf Nacherfüllung in Anspruch zu nehmen und sofort selbst zur Tat schreitet. Hier hat der Senat dem Käufer jegliche Ausgleichsansprüche verwehrt, ohne dass er sich eingehend mit den im Schrifttum entwickelten Lösungsvorschlägen, insbesondere der Bedeutung von § 326 Abs. 2 S. 2 BGB auseinandergesetzt hätte<sup>2</sup>.

2. Vorliegend stellt sich die vergleichbare Frage bei der Miete. Anders als im Kaufrecht hat die Problematik der Selbstvornahme im Mietrecht eine gesetzliche Regelung erfahren. Unter der eigentümlichen Begrifflichkeit des „Selbstbeseitigungsrechts des Mieters“, die den unbefangenen Rechtsgegnossen im ersten Moment mit Schrecken an den Suizid des Wohnraummieters denken lassen mag, bestimmt § 536a Abs. 2 BGB, dass der Mieter die für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen kann, wenn sich der Vermieter mit der Beseitigung in Verzug befindet (Nr. 1) oder eine Notmaßnahme vorzunehmen ist (Nr. 2). Zu klären hatte der BGH nun die Frage, ob dem Mieter Aufwen-

dungsersatzansprüche auch zustehen, wenn die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB nicht vorliegen, der Vermieter sich insbesondere nicht mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befand.

3. Die Examensrelevanz der Entscheidung ist insoweit nicht zu unterschätzen, als das bekannte kaufrechtliche Problem mittlerweile „verbraucht“ sein dürfte und die Konfrontation der Kandidaten mit Parallelproblemen im Miet- oder Werkvertragsrecht geradezu auf der Hand liegt. Hinzu kommt, dass sich mietrechtliche Fälle zunehmender Beliebtheit in Prüfungen erfreuen.

#### II. Kernaussagen und Würdigung

1. Mit der neuen Entscheidung bleibt der Senat seiner im Kaufrecht vertretenen Linie treu. Der gesetzlichen Regelung misst der BGH abschließende Wirkung bei, so dass Ansprüche des Mieters ausscheiden, wenn die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB nicht vorliegen. Im Mietrecht stellt sich insbesondere die Frage, ob auf die allgemeine Vorschrift des § 539 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB nicht vorliegen. Nach § 539 Abs. 1 BGB kann der Mieter vom Vermieter Ersatz nach den Vorschriften der GoA für Aufwendungen verlangen, die er auf die Mietsache tätigt, ohne dass ein Anspruch aus § 536a Abs. 2 BGB besteht. Mit der Möglichkeit des Rückgriffs auf § 539 Abs. 1 BGB in der vorliegenden Fallkonstellation setzt sich der Senat ausführlich auseinander (Rn. 18 ff.) und kommt zu dem Schluss, dass ein solcher ausscheidet, wenn Aufwendungen in Rede stehen, die in Folge einer Mangelbeseitigung erwachsen. Diesbezüglich stellt § 536a Abs. 2 BGB nach Auffassung des Senats eine abschließende Regelung dar. Versäumt es der Mieter, den Vermieter in Verzug zu setzen, so trägt er die Kosten der eigenmächtigen Mangelbeseitigung. Hier zeigt sich in aller Deutlichkeit die Parallele zur Rechtsprechung im Kaufrecht: Gewährt der Käufer dem Verkäufer nicht die Möglichkeit nachzuerfüllen, so beseitigt er den Mangel auf eigenes Risiko und eigene Kosten. Auch dort lehnt der BGH einen Rückgriff auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung oder die GoA ab.

2. Für das Mietrecht erscheint die Entscheidung angesichts der ausdrücklichen Regelung in § 536a Abs. 2 BGB konsequent und richtig.

3. Das Urteil soll Anlass geben, eine grundsätzliche Frage der Selbstvornahme durch den Sachgläubiger aufzuwerfen, die der Senat im Hinblick auf den Einzelfall freilich nicht zu entscheiden hatte. Es geht um die Systematik des Rechts zur Selbstvornahme im Vertragsrecht. Soeben wurde aufgezeigt, dass § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB am Merkmal des Verzugs des Vermieters mit der Beseitigung des Mangels anknüpft. Das Kaufrecht kennt bekanntlich kein Selbstvornahmerecht des Käufers. Wiederum anders ist die Rechtslage beim Werkvertrag: Hier steht dem Besteller ein Aufwendungsersatzanspruch zu, wenn er dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese verstrichen ist, ohne

<sup>1</sup> [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) (abgerufen am 26.3.2008).

<sup>2</sup> BGH, VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 = JuS 2005, 749 m. Anm. Emmerich; mit weiteren Besprechung von Arnold, MDR 2005, 661; Bydlinski, ZGS 2005, 129; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Gsell, ZIP 2005, 922; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; Katzenstein, ZGS 2005, 184; ders., ZGS 2005, 305; Lamprecht, ZGS 2005, 266; S. Lorenz, NJW 2005, 1321; Sutschet, JZ 2005, 574; Tonner/Wiese, BB 2005, 903; Ulrici, Jura 2005, 612; insb. zu § 326 Abs. 2 S. 2 BGB S. Lorenz, NJW 2003, 1417.

dass der Mangel beseitigt worden wäre (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB). Auf die hier angelegten systematischen Brüche des modernisierten Schuldrechts wurde bereits hingewiesen.<sup>3</sup> Orientierung für eine sachgerechte Lösung des Problems bietet das Werkvertragsrecht an. Der Sachgläubiger setzt dem Schuldner eine Frist und kann nach deren Ablauf auf dessen Kosten selbst Hand anlegen. Nichts spricht dagegen, dies auch im Kauf- und Mietvertragsrecht so zu regeln. Insbesondere vermag das mietrechtliche Reglement nicht zu überzeugen. Warum sollte es vom Umstand des Verzugs abhängen, dass dem Mieter ein Aufwendungsersatzanspruch zusteht? Denn in Verzug gerät der Vermieter unmittelbar nach Zugang der Mahnung. Wird der Mieter alsdann tätig, kann er seinen Anspruch auf § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB stützen, ohne dass der Vermieter tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, der Aufforderung des Mieters Folge zu leisten. Das mag nicht überzeugen. Sachgerecht ist es vielmehr, am Verstreichen der Nacherfüllungsfrist anzuknüpfen. Insofern ist der Gesetzgeber aufgerufen, eine einheitliche Regelung am Vorbild des § 637 BGB zu schaffen.

*Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/München*

---

<sup>3</sup> Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; Artz, in: Börstingheus/Eisenschmid (Hrsg.), Festschrift für Hubert Blank zum 65. Geburtstag, 2006, S. 5 ff.

## Redaktionelle Urteilsanmerkung

### Die Frage einer Durchgriffshaftung von Mitgliedern eines eingetragenen Vereins

**Für die Verbindlichkeiten eines eingetragenen Vereins (e.V.) haftet nach dem Trennungsgrundsatz nur der Verein. In Durchbrechung dieses Grundsatzes haften die Vereinsmitglieder nur ausnahmsweise, wenn die Trennung zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen Personen rechtsmissbräuchlich ausgenutzt wird. Bei zweckwidriger Überschreitung des Nebenzweckprivilegs sind die gesetzlichen Verfahren der Amtslöschung und der Entziehung der Rechtsfähigkeit zum Schutz des Rechtsverkehrs ausreichend (redaktioneller Leitsatz).**

BGB §§ 21 ff., 43 Abs. 2

BGH, Urt. v. 10.12.2007 – II ZR 239/05 (OLG Dresden) - (Kolpingwerk)<sup>1</sup>

#### I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Das Urteil erging zum Vereinsrecht, hat aber Bedeutung für das Recht der juristischen Personen im Allgemeinen, mithin auch für das Kapitalgesellschaftsrecht. Der BGH entscheidet, unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder eines eingetragenen Vereins im Wege des Durchgriffs für Verbindlichkeiten des Vereins haften. Eine solche Haftung würde eine Ausnahme von dem für juristische Personen geltenden Trennungsgrundsatz bedeuten, wonach die Vermögenssphären der juristischen Person und der hinter ihr stehenden natürlichen Personen strikt zu unterscheiden sind und für die Verbindlichkeiten der juristischen Person grundsätzlich nur diese selbst mit ihrem Vermögen haftet.<sup>2</sup>

2. Im Streitfall (Kolpingwerk) hatte ein geschlossener Immobilienfonds auf Zahlung ausstehender und entgangener Leasingraten aus einem 1998 geschlossenen, langfristigen Immobilien-Leasingvertrag mit dem Kolping-Bildungswerk Sachsen e.V. (KBS-Verein) geklagt. Da über das Vermögen des KBS-Vereins das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, hat der Fonds seine Klage gegen die drei direkten und die drei „faktischen“ Mitglieder des KBS-Vereins gerichtet. Dieser Verein verfolgte seinen gemeinnützigen Satzungszweck, u.a. Maßnahmen der Berufsbildung und der offenen Jugend- und Erwachsenenbildung durchzuführen sowie Bildungszentren und Jugendwohnheime einzurichten. Seit 1996 nahm er aber nur noch die Funktion einer Holding wahr und verlagerte seine Aktivitäten auf verschiedene Tochter- und Enkelge-

<sup>1</sup> Das Urteil des BGH kann auf [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) abgerufen werden. Bei Juris ([www.juris.de](http://www.juris.de)) ist das Urteil ebenfalls verfügbar.

<sup>2</sup> Der Trennungsgrundsatz ist für rechtsfähige Vereine nicht wie für die GmbH (§ 13 Abs. 2 GmbHG) im Gesetz geregelt, wird aber allgemein auch im Vereinsrecht angenommen, vgl. z.B. BGHZ 54, 222 (224) = NJW 1970, 2015 (Siedlerverein).

sellschaften mbH. Den Immobilien-Leasingvertrag mit dem klagenden Fonds schloss der KBS-Verein über ein Schloss, das zu einem Schulungs-, Aus- und Weiterbildungszentrum ausgebaut wurde. Der KBS-Verein hatte sich ferner in weiteren Großprojekten engagiert.

#### II. Kernaussagen des Urteils

1. Nach Auffassung des BGH ist eine Durchgriffshaftung der Mitglieder eines eingetragenen Idealvereins für dessen Verbindlichkeiten auch dann nicht gerechtfertigt, wenn der Verein den für Idealvereine zulässigen Rahmen wirtschaftlicher Betätigung – das Nebenzweckprivileg<sup>3</sup> – überschreitet und die Mitglieder hiervon Kenntnis haben und dieser Betätigung keinen Einhalt gebieten.<sup>4</sup> Der Grundsatz der strikten rechtlichen Trennung der Vermögenssphären des Vereins als juristischer Person und seiner Mitglieder dürfe nur ausnahmsweise durchbrochen werden, wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen Verein und Mitgliedern rechtsmissbräuchlich ist. Ein Rechtsmissbrauch liege im konkreten Fall nicht vor, weil weder von Anfang an Bonitätsprobleme des Vereins bestanden, die gegenüber dem klagenden Fonds verschleiert wurden, noch missbräuchliche Vermögensverschiebungen im Konzern zu Lasten der Gläubiger stattfanden, noch Anhaltspunkte vorlagen, dass die Vereinsmitglieder einen dieser Missbrauchstatbestände veranlasst haben könnten.

2. Die Rechtsfähigkeit verliere der eingetragene Verein nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen einer Amtslöschung nach §§ 159, 142 FGG oder einer behördlichen Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 Abs. 2 BGB. Diese Verfahren seien zum Schutz des Rechtsverkehrs auch in den Fällen einer Überschreitung des Nebenzweckprivilegs ausreichend. Deshalb sei kein Raum, die Vereinsmitglieder im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung mit der „Sanktion“ einer persönlichen Haftung zu belegen, weil sie die Überschreitung duldeten oder nicht verhinderten. Vielmehr dürften sich die Mitglieder darauf verlassen, dass die u.U. schwierige Klärung, ob das Nebenzweckprivileg tatsächlich überschritten ist, in einem Verfahren nach §§ 43 Abs. 2, 44 BGB stattfindet und dass die Mitglieder nicht nachträglich und rückwirkend für Zeiträume haften, die sie nicht mehr beeinflussen können.

#### III. Würdigung

1. Mit dem Urteil setzt der *II. Zivilsenat* des BGH seine restriktive Rechtsprechung zum Missbrauch der Rechtsform und zu einer etwaigen Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes fort. Jüngst hatte er im Trihotel-Urteil zu „existenzvernichtenden Eingriffen“ in das Vermögen einer GmbH eine Durchgriffshaftung wegen Rechtsformmissbrauchs verneint, weil ein solcher Missbrauch nur bei der Gründung der GmbH oder bei ihrer Verwendung im Rechtsverkehr denkbar sei; eine Haftung komme nur auf der Grundlage von § 826 BGB

<sup>3</sup> Siehe dazu näher z.B. BGHZ 85, 84 (88 ff.) (ADAC).

<sup>4</sup> Anders noch die Vorinstanz, OLG Dresden ZIP 2005, 1680 (1684 ff.).

in Betracht.<sup>5</sup> Im Siedlerverein-Urteil<sup>6</sup> hatte der BGH einen Rechtsmissbrauch bejaht, wenn sich die Vereinsmitglieder bewusst hinter einem von Anfang an vermögenslosen Verein „verschanzen“, um nicht persönlich zu haften. Im Kolpingwerk-Fall war dies hingegen nicht gegeben, ebenso wenig eine missbräuchliche Vermischung der Vermögenssphären von Verein und Mitgliedern oder ein missbräuchlicher Eingriff in das Vereinsvermögen.<sup>7</sup> Der BGH hat mittlerweile in all diesen Fällen einen Durchgriff nur auf der Grundlage einer Verhaltenshaftung akzeptiert<sup>8</sup> und fragt konsequent auch im Kolpingwerk-Fall nach einer Verhaltenspflicht der Mitglieder. Der Sache nach kommt daher nur eine Schadensersatzhaftung nach § 826 BGB (ggf. auch nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) in Betracht. Diese ist durch die §§ 43 Abs. 2 BGB, 159, 142 FGG nicht ausgeschlossen, ohne dass es darauf ankommt, ob eine richterliche Rechtsfortbildung möglich ist oder eine Gesetzeslücke besteht.

2. Etwas zu apodiktisch verneint der BGH jegliche Pflicht der Vereinsmitglieder, den Verein und seine Organe von einer Überschreitung des Nebenzweckprivilegs abzuhalten. Dies mag für den Regelfall der Publikumsvereine zutreffen. Bei einem Verein mit nur wenigen Mitgliedern wie dem KBS-Verein wäre freilich zu erwägen gewesen, ob nicht zumindest ein Mitglied mit beherrschendem Einfluss und mit besonderen Einblicken in den Verein z.B. verpflichtet ist, etwa derart auf den Vorstand einzuwirken oder in der Mitgliederversammlung abzustimmen, dass ein satzungswidriger, den Gläubiger gefährdender Vertragsabschluss verhindert wird.<sup>9</sup> Selbst wenn man dies bejaht, würde eine Schadensersatzhaftung in aller Regel an der mangelnden Schutzwürdigkeit des Gläubigers oder aber am fehlenden Verschulden des Vereinsmitglieds scheitern, sofern es sich auf die rechtliche Einordnung verlassen durfte, dass eine bestimmte Vereinsbetätigung vom Nebenzweckprivileg (noch) gedeckt ist. Unter dieser Voraussetzung hat das Mitglied kein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder unterliegt einem Rechtsirrtum. In besonderen Konstellationen (vor allem in Konzernen) kann jedoch bei – den Mitgliedern evidenten, dem Gläubiger aber nicht erkennbaren – Verstößen gegen das Nebenzweckprivileg eine Haftung von Vereinsmitgliedern gegenüber Vereinsgläubigern auf Ersatz des negativen Interesses nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Diesen Weg hat auch der BGH nicht versperrt, indem er § 826 BGB dem Grunde nach anwendet und im konkreten Fall nur unter dem Aspekt einer fehlenden Kapital- oder Existenzvernichtung ablehnt.

*Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Mainz*

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 2689 (2690) m. Anm. Geibel, ZJS 2008, 90.

<sup>6</sup> Siehe den Nachw. in Fn. 2.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 10.12.2007 – II 239/05, Rn. 16, 24, 25 ff.

<sup>8</sup> Zur Vermögensvermischung vgl. BGH ZIP 2006, 467 (469). Zu (vom BGH verworfenen) Erwägungen einer konzernspezifischen Zustandshaftung vgl. K. Schmidt, ZIP 2007, 605 (609 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. auch v. Hippel, NZG 2006, 537 (538).

## Redaktionelle Urteilsanmerkung

### AGB-Klausel über Recht zur Rücknahme des Vorbehaltsgutes ohne vorherigen Rücktritt gegenüber Verbrauchern unwirksam

#### Amtlicher Leitsatz:

a) Im Rechtsverkehr mit Verbrauchern benachteiligt eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Laufzeit von zehn Jahren einen Mieter von Verbrauchserfassungsgeräten unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

b) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kaufvertrages über entsprechende Erfassungsgeräte, die es dem Verkäufer bei Zahlungsverzug gestattet, unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Geräte bis zur Kaufpreiszahlung vorläufig wieder zurückzunehmen, widerspricht dem wesentlichen Grundgedanken des § 449 Abs. 2 BGB und ist im Rechtsverkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

BGB § 307, § 449 Abs. 2

BGH, Urt. v. 19.12.2007 – XII ZR 61/05 (OLG Frankfurt)<sup>1</sup>

#### I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die vorliegende Entscheidung liefert ein anschauliches Beispiel für die Feststellung der Unwirksamkeit von miet- bzw. kaufvertraglichen Klauseln im AGB-Verbandsprozess wegen Verstoßes gegen § 307 BGB, die Generalklausel für die Inhaltskontrolle. Konkret hatte sich ein Verbraucherschutzverband mit der Unterlassungsklage nach § 1 UKlaG gegen die vermietetseitige Festlegung einer zehnjährigen Laufzeit für Mietverträge über Energieerfassungsgeräte gewandt. Außerdem griff der Verband eine Klausel an, die dem Verkäufer-Verwender beim Verkauf solcher Geräte unter Eigentumsvorbehalt in Abweichung von § 449 Abs. 2 BGB für den Fall des Zahlungsverzuges ein Recht zur Rücknahme des Vorbehaltsgutes ohne vorherigen Rücktritt einräumt.

2. Geltung und Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sind immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Im Wesentlichen sind die folgenden Prüfungsschritte zu unterscheiden: Liegen überhaupt AGB i.S.v. §§ 305 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB vor? Wurden diese nach §§ 305 Abs. 2 und 3, 305a, 310 Abs. 1 BGB wirksam einbezogen und trotz § 305c Abs. 1 BGB Bestandteil des Vertrages? Ggf. ist weiter zu prüfen: Hält die Klausel bei sog. kundenfeindlichster Auslegung der Inhaltskontrolle nach den Verbotskatalogen der §§ 308, 309 BGB<sup>2</sup> und nach der Generalklausel des § 307 BGB stand? Verfahrensrechtlich kann diese Prü-

fung sowohl – wie in casu – im Rahmen eines Verbandsprozesses nach § 1 UKlaG als auch in einem Individualprozess zwischen den Vertragsparteien erforderlich werden. Die Reichweite der mangelnden Einbeziehung oder Unwirksamkeit richtet sich nach § 306 BGB, wobei zu missbilligenden Klauseln grundsätzlich vollständig die Wirkung zu versagen ist (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion), der Vertrag i.Ü. aber prinzipiell wirksam bleibt. Umgekehrt muss dann, wenn eine Klausel für wirksam erachtet wird, ggf. durch Auslegung gemäß § 305c BGB, wonach Unklarheiten zu Lasten des Verwenders gehen, bestimmt werden, welche Bedeutung ihr für den konkreten Vertrag zukommt, sog. kundenfreundlichste Auslegung.

#### II. Kernaussagen und Würdigung

1. Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB erfordert eine umfassende Abwägung der berechtigten Interessen der beteiligten Kreise.<sup>3</sup> Nach Ansicht des BGH geht diese Abwägung hinsichtlich beider angegriffenen Vertragsbestimmungen zu Ungunsten des Verwenders aus. Was zunächst die Laufzeit-Klausel anbelangt, so greift keines der beiden Regelbeispiele des § 307 Abs. 2 BGB ein, sondern prüft der BGH die Wirksamkeit allein am Maßstab der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Zunächst stellt er klar, dass eine mehrjährige Bindung bei Formularverträgen mit miet- oder mietähnlichem Charakter für sich genommen keine unangemessene Benachteiligung begründe. Vielmehr seien solche Verträge als typische Dauerschuldverhältnisse regelmäßig auf eine längere Laufzeit angelegt, ohne dass gesetzliche Bestimmungen über die Laufzeit existierten. Auch könne eine längere Vertragslaufzeit Wettbewerbsinteressen des Unternehmers dienen, indem sie es ihm ermögliche, zu günstigeren Preisen anzubieten. Dennoch sieht der BGH das Gleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten durch die angegriffene Klausel in treuwidriger Weise zu Lasten des Vertragsgegners verschoben. Dabei lässt er offen, ob eine Vertragsdauer von mehr als zehn Jahren generell nur bei Vorliegen besonderer Umstände auf Seiten des Verwenders angemessen sei.<sup>4</sup> Für maßgeblich hält der BGH vor allem, dass die Kunden durch die lange Laufzeit in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit stark eingeschränkt würden, da ihnen einseitig das wirtschaftliche Risiko für den Mietgegenstand auferlegt werde, dessen Lebensdauer ca. zehn Jahre betrage. Die Kunden hätten keine Möglichkeit, zu einem günstigeren Konkurrenzunternehmen zu wechseln oder auf einen geänderten Bedarf zu reagieren. Umgekehrt lägen keine Interessen der Verwenderin vor, die für eine Angemessenheit der Klausel sprächen. Namentlich hält der BGH keine Situation für gegeben, in der ein Interesse des Verwenders an einer längeren Laufzeit anzuerkennen ist, weil für die Herstellung oder Errichtung der zur Vertragsdurchführung erforderlichen technischen Gegebenheiten hohe Entwicklungs- und Investitionskosten notwendig sind, deren Vorfinanzierung sich nur bei längerer

<sup>1</sup> <http://www.bundesgerichtshof.de>. Die Entscheidung ist ebenfalls bei Juris (<http://www.juris.de>) abrufbar (zuletzt abgerufen am 26.3.2008).

<sup>2</sup> Vgl. aber § 310 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach §§ 308, 309 BGB auf AGB im unternehmerischen Verkehr keine Anwendung finden.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BGHZ 153, 344 (350); BGHZ 100, 157 (165).

<sup>4</sup> Die Rechtsprechung war insoweit bisher nicht einheitlich, vgl. die Nachw. in den Entscheidungsgründen des aktuellen Urteils, Rn. 19.

Vertragsdauer amortisiert, oder weil hohe Vorhaltekosten aufzuwenden sind.<sup>5</sup> Schließlich verwirft der BGH zutreffend auch das Argument der Verwenderin, kürzere Vertragslaufzeiten würden zwangsläufig zu einer Anpassung ihrer Preiskalkulation und damit zu einer Mietzinserhöhung führen. Denn in der Tat gäbe man Verwendern mit diesem Preisargument eine pauschale Rechtfertigung gegen alle belastenden Klauseln und damit sozusagen ein „Totschlagargument“ an die Hand. Die Inhaltskontrolle liefe leer, obwohl die Auswirkungen einer abweichenden Klauselpraxis auf den Preis regelmäßig ungewiss sein werden.<sup>6</sup>

2. In Bezug auf die Rücknahmeklausel nimmt der BGH in Übereinstimmung mit der h.L.<sup>7</sup> eine mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 449 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbarende Abweichung an. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist bei einer solchen Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des dispositiven Rechts im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 anzunehmen. Dies überzeugt. Mit der Schuldrechtsmodernisierung wurde in § 449 Abs. 2 BGB die Rechtsprechung des BGH<sup>8</sup> kodifiziert, nach der beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt das Besitzrecht aus dem Kaufvertrag nicht schon mit dem Zahlungsverzug entfällt, sondern erst mit dem Rücktritt. Durch diesen Grundsatz „keine Rücknahme ohne Rücktritt“ wird der Käufer davor geschützt, den Sachbesitz nach § 985 zu verlieren, zugleich aber zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet zu bleiben. Damit liegen der Vorschrift – wie der *Senat* richtig konstatiert – nicht nur Zweckmäßigkeit-, sondern Gerechtigkeitserwägungen zugrunde. Die für den Kauf unter Eigentumsvorbehalt charakteristische Vorleistungspflicht des Verkäufers soll nicht bei bloßem Verzug des Käufers zu dessen Lasten entfallen. Dabei weist der *Senat* darauf hin, dass die Rücknahme die Kunden der Verwender der angegriffenen AGB besonders hart treffe, da sie in ihrer Eigenschaft als Vermieter nach §§ 4, 5 HeizkostenVO rechtlich zum Einsatz von Energiemessgeräten verpflichtet seien. Folglich hätten sie sich Ersatzgeräte zu beschaffen, ohne von der Zahlungspflicht aus dem ursprünglichen Kaufvertrag loszukommen. Umgekehrt sieht der BGH das Sicherheitsinteresse des Verkäufers auch ohne Rücknahmeklausel hinreichend gewahrt, da die Fristsetzung nach § 323 BGB den Verkäufer nicht wesentlich belaste und häufig sogar nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sei. Ob genauso zu entscheiden wäre, wenn die AGB nicht gegenüber Verbrauchern, sondern gegenüber Unternehmern verwendet würden, lässt der BGH offen. Übrigens geht der *Senat* nicht weiter auf den Verbraucherbegriff in § 13 BGB ein. Nach der Rechtsprechung ist das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten

von einer berufsmäßig und damit unternehmerisch betriebenen Vermietung der Umfang der mit ihr verbundenen Vorgänge.<sup>9</sup>

*Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg*

<sup>5</sup> Vgl. zur Rspr. die Nachw. in den Entscheidungsgründen des aktuellen Urteils, Rn. 24.

<sup>6</sup> Dazu näher *Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 307 Rn. 41 ff.

<sup>7</sup> Vgl. die Nachw. in den Entscheidungsgründen des aktuellen Urteils, Rn. 42.

<sup>8</sup> Vgl. etwa BGHZ 54, 214 (216 f.).

<sup>9</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 368 (369).



## Redaktionelle Urteilsanmerkung

### Sondernutzungsgebühr für Scientology-Veranstaltung

**Auch der unterstellte Charakter der Scientology-Organisation als Religionsgemeinschaft hindert nicht daran, für Veranstaltungen der „Church of Scientology International“ im öffentlichen Straßenraum, bei denen über die Tätigkeit ihrer „ehrenamtlichen Geistlichen“ informiert sowie „praktische Seelsorge“ durch „Händeauflegen“ betrieben wird, die hohe Sondernutzungsgebühr für kommerzielle Werbeveranstaltungen zu berechnen (nicht amtlich).**

GG Art. 4; StrG BW § 16 Abs. 1, § 19 Abs. 2; Satzung über Erlaubnisse und Gebühren für Sondernutzungen an öffentlichen Straßen in Stuttgart v. 6. Juli 1994.

VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 16.1.2008 – 5 S 393/06<sup>1</sup>

#### I. Einführung

Das Urteil des VGH fügt sich ein in eine stattliche Reihe gerichtlicher Entscheidungen verschiedener Gerichtsbarkeiten, die sich in den letzten Jahren unter verschiedenen Aspekten mit der Scientology-Organisation, die nach eigenem Selbstverständnis eine Religionsgemeinschaft ist, zu befassen hatten.<sup>2</sup> Gegenstand des Urteils ist die Festsetzung einer straßenrechtlichen Sondernutzungsgebühr für die Durchführung von Informationsveranstaltungen einer Scientology-Organisation. Im Kern geht es um die Fragen, ob sich Scientology gegenüber einer solchen Gebührenfestsetzung auf die Eigenschaft als Religionsgemeinschaft berufen kann und ob die gebührenfestsetzende Stadt ungeachtet des etwaigen Charakters als Religionsgemeinschaft von einer wirtschaftlichen Werbeveranstaltung ausgehen und den dafür vorgesehenen hohen Gebührensatz festsetzen durfte. Über den straßenrechtlichen Anknüpfungspunkt hinaus liegt eine grundsätzlichere, auch grundrechtsdogmatische Bedeutung des Urteils darin, den Geltungsanspruch der allgemeinen Gesetze (hier des Straßenrechts) auch gegenüber durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützten religiös motivierten Verhaltensweisen zu verteidigen, einen gesteigerten grundrechtlichen Schutz der Religionsgemeinschaften und ihrer Mitglieder gegenüber für jedermann geltenden staatlichen Eingriffen also abzulehnen.

<sup>1</sup> Download bei juris; auf der Homepage des VGH, [www.vghmannheim.de](http://www.vghmannheim.de) nur in Kurzbeschreibung.

<sup>2</sup> S. hier nur VGH BW NVwZ-RR 2004, 904; BayVGH NVwZ-RR 2006, 297: streitige Entziehung der Rechtsfähigkeit wegen Wirtschaftlichkeit des Vereins (§ 43 Abs. 2 BGB); BVerwG Buchholz 11 Art 4 GG Nr. 79: streitige Zulässigkeit der Kritik von kirchlichen Sektenbeauftragten; OVG NW, Urt. v. 12.2.2008, 5 A 130/05: Rechtfertigung geheimdienstlicher Beobachtung, download von der Rechtsprechungsdatenbank des Landes NRW unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de).

#### II. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

1. Im Herbst 2002 erteilte die Stadt Stuttgart – allerdings erst, nachdem sie vom Verwaltungsgericht Stuttgart im einstweiligen Rechtsschutz dazu verpflichtet worden war – der „Church of Scientology International, Los Angeles“ die Sondernutzungserlaubnis (vgl. § 16 StrG BW)<sup>3</sup> für Veranstaltungen ihrer „ehrenamtlichen Geistlichen“ an zentralen Plätzen in der Innenstadt von Stuttgart. Die Veranstaltungen fanden in drei Zelten mit zusammen 180 m<sup>2</sup> Grundfläche statt. In zwei Zelten wurde mit Plakaten und Filmen über den Einsatz der „Geistlichen“ in Katastrophengebieten und Entwicklungsprojekten informiert, im dritten wurden praktische Anleitungen und Übungen zur „Harmonisierung von Seele und Körper“ („praktische Seelsorge“), insbesondere durch eine Art Auflegen der Hände, gezeigt. In den Zelten wurden – anders als in den örtlichen Niederlassungen der Scientology-Organisation und im Internet – keine Waren (insbesondere Bücher) oder Dienstleistungen (Kurse) zum Kauf angeboten. Gemäß ihrer aufgrund von § 19 StrG erlassenen Sondernutzungssatzung setzte die Stadt Stuttgart eine Sondernutzungsgebühr in Höhe von 18.568 € fest. Sie legte dabei den relativ höchsten Satz des Gebührenverzeichnisses zu Grunde, der für „Werbeveranstaltungen (Promotion)“ gilt. Die klagende „Kirche“ machte demgegenüber geltend, es hätten die satzungsmäßigen Gebührenbefreiungstatbestände für Informationsstände karitativer und gemeinnütziger Organisationen sowie für eine Sondernutzung, die überwiegend im öffentlichen Interesse liegt oder ausschließlich gemeinnützigen Zwecken dient, beachtet werden müssen, so wie es die Stadt schließlich auch in der Vergangenheit bei einer Informationsveranstaltung der christlichen Kirchen getan habe. Jedenfalls aber hätte nicht die sehr hohe Gebühr für kommerzielle Werbeveranstaltungen, sondern allenfalls eine ermäßigte Gebühr festgesetzt werden dürfen.

2. Der VGH wies die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende erstinstanzliche Urteil zurück. Die Festsetzung der Sondernutzungsgebühr sei rechtmäßig. Eine Gebührenbefreiung komme nicht in Betracht, da Scientology nicht von den deutschen Finanzbehörden als gemeinnützig anerkannt worden sei. Auch lägen die Veranstaltungen nicht überwiegend im öffentlichen Interesse und dienten nicht ausschließlich gemeinnützigen Zwecken. Als ausschließlich gemeinnützig könne die Durchführung der Veranstaltungen deswegen nicht angesehen werden, weil hinreichend konkrete, gezielte Förderungen der Anliegen von Entwicklungshilfe, Völkerverständigung oder Umweltschutz nicht ersichtlich seien. Von der praktischen Seelsorge würden schließlich nur diejenigen Menschen erfasst, die sich ihr unterzögen, nicht hingegen die Allgemeinheit. Was den Gebührensatz angehe, so habe die Stadt zu Recht von dem hohen Satz für Werbeveranstaltungen

<sup>3</sup> Genau genommen handelte es sich um eine *straßenverkehrsrechtliche* Ausnahmegenehmigung nach § 46 Abs. 1 Nr. 8 und 9 StVO, die aber gem. § 16 Abs. 6 S. 1 StrG BW eine zusätzliche *straßenrechtliche* Erlaubnis entbehrlich macht und für die nach S. 3 dieser Bestimmung ebenfalls Sondernutzungsgebühren erhoben werden können.

staltungen ausgehen dürfen. Die Veranstaltungen dienten der Mitgliederwerbung, der Entkräftung öffentlicher Kritik an Scientology und Förderung einer positiven Wahrnehmung der Scientology in der Öffentlichkeit. Dass während der Veranstaltungen weder Kurse noch Bücher noch sonstige Scientology-Materialien zum Kauf angeboten worden seien, sei unerheblich, weil ein Verkauf an Ort und Stelle kein essenzieller Bestandteil von Werbung sei. Vielmehr sei entscheidend, dass die Scientology-Organisationen in großem Umfang wirtschaftlich tätig seien und ein umfangreiches Angebot von Materialien und Dienstleistungen in ihren örtlichen Niederlassungen und im Internet anböten. Daher hätten die Veranstaltungen jedenfalls mittelbar den ökonomischen Interessen der Scientology gedient. Dagegen könne sich die Klägerin auch nicht auf ihr Selbstverständnis als Religionsgemeinschaft berufen. Ob der Organisation als solcher tatsächlich diese Qualität zukomme, sei schon fraglich und auch nicht durch die Entscheidungen des BVerwG vom 15.12.2005, mit welcher der religiös-weltanschauliche Charakter der scientologischen Lehre bestätigt worden sei,<sup>4</sup> sowie des EGMR vom 5.4.2004<sup>5</sup>, nach welcher die Verweigerung der Eintragung als religiöser Verein gegen die EMRK verstoße, entschieden. Im Übrigen komme es darauf aber ohnehin nicht an. Der *Senat* müsse diese Frage nicht entscheiden, da die Klägerin auch bei unterstellter Eigenschaft als Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG „von der Einhaltung allgemeiner, wertneutraler Normen nicht befreit, vielmehr in den straßenrechtlichen Ordnungsrahmen eingebunden“ sei. Das behördliche Kontrollverfahren der Sondernutzungserlaubnis sei prinzipiell mit dem Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 GG vereinbar. Die Erlaubnispflicht als „formale Schranke“ diene dazu, sicherzustellen, dass die bei der Benutzung des „knappen Gutes öffentliche Straße“ miteinander in Konflikt geratenden grundrechtlich geschützten Belange in praktische Konkordanz gebracht werden könnten. Würden die grundrechtlich geschützten Belange anderer im Einzelfall durch die Sondernutzung nicht ernstlich beeinträchtigt, reduziere sich das Ermessen der Behörde regelmäßig auf Null und bestehe also ein Anspruch auf die Sondernutzungserlaubnis. Die Gebührenbelastung sei dann nur konsequente Folge der Erlaubniserteilung. Die Scientology-Organisation müsse sich insofern behandeln lassen wie jeder andere Erlaubnisnehmer. Auch eine verfassungskonforme Einschränkung oder Ermäßigung der Gebührenpflicht komme schon deswegen nicht in Betracht, weil die Stuttgarter Satzung insoweit kein Ermessen, sondern eine strikte Gebührenerhebungspflicht vorsehe. Insoweit unterscheide sich der Fall von dem Kammerbeschluss des BVerfG vom 12. April 2007,<sup>6</sup> in dem die Kammer gefordert habe,

dass bei der Gebührenfestsetzung innerhalb des durch die dort in Rede stehende Gebührensatzung (der Stadt Mannheim) eröffneten „Rahmens“ das Grundrecht der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG „zu berücksichtigen“ sei. Ein solcher Rahmen sei durch die Stuttgarter Satzung gerade nicht eröffnet, damit aber auch keine Möglichkeit einer verfassungskonformen Reduzierung der Gebühr. Zwar seien in einigen anderen Fällen ermäßigte Gebühren festgesetzt worden; dies sei allerdings zeitlich weit nach dem Fall der Klägerin geschehen und außerdem durch den Umstand begründet worden, dass die Nutzungen durch jeweils in der Nähe befindliche Baustellen gestört worden seien.

### III. Bewertung

Der VGH deckt mit dieser Entscheidung die offensichtlichen Bemühungen der Stadt Stuttgart, der missliebigen Scientology-Organisation das Leben (im öffentlichen Straßenraum) so schwer wie möglich zu machen. Das mag man vom Ergebnis her sympathisch finden, weil es sich bei Scientology um eine jedenfalls suspekten, vielleicht auch verfassungsfeindlichen<sup>7</sup> Organisation handelt. Die Sympathie mit dem Kampf gegen das Ominöse darf aber nicht den juristischen Blick dafür trüben, dass die Argumentation des Gerichts keineswegs über jeden Zweifel erhaben ist. Diese Zweifel betreffen, von gewissen Inkonsistenzen der Begründung abgesehen<sup>8</sup>, auch die tragende Grundannahme des *Senats*, aus Art. 4 Abs. 1 GG lasse sich zu Gunsten der „Kirche“ nichts gegen die hohe Gebührenfestsetzung herleiten. Wenn dies damit begründet wird, dass auch die grundrechtlich besonders geschützte Religions- ebenso wie die Kunstausübung den „Jedermann-Ordnungsregeln“ des Straßenrechts unterliege, so ist das eine Begründung, die das Entscheidende nicht trägt. Zwar entspricht es in der Tat gesicherter und auch nicht zu beanstandender Rechtsprechung, dass die über die (auch kommunikative) Verkehrsfunktion hinausgehende Inanspruchnahme des Straßenraumes für religiöse oder künstlerische Zwecke der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnispflicht unterworfen werden darf, insbesondere um einen möglichst guten Ausgleich mit den kollidierenden Gemeingebrauchsinteressen im Einzelfall herstellen zu können. In der formalen Erlaubnispflicht des § 16 StrG darf also in der Tat ein verfassungsimmanente Schranken (Art. 2 Abs. 1 GG: Gemeingebrauch!) konkretisierendes und daher auch den Eingriff in das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 GG rechtfertigendes „allgemeines Schrankengesetz“ gesehen werden. Insoweit wird die Religionsgemeinschaft nicht ge-

<sup>4</sup> DVBl. 2006, 387; auch einsehbar auf der Seite des BVerwG, [www.bverwg.de](http://www.bverwg.de).

<sup>5</sup> Case of Church of Scientology Moscow v. Russia, No. 18147/02, download auf der Seite des Gerichtshofs, [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/).

<sup>6</sup> BVerfG (K) NJW 2007, 3421; auch einsehbar auf der Seite des BVerfG, [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

<sup>7</sup> Zu den „tatsächlichen Anhaltspunkten“ für gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtete Bestrebungen iSd § 4 Abs. 1 S. 3 BVerfSchG, die Voraussetzung der Beobachtung durch das Bundesamt für Verfassungsschutz sind, höchst materialreich OVG NW, Urteil v. 12.2.2008 (Fn. 2).

<sup>8</sup> Insbesondere: Was sollen die ihrerseits mit Blick auf das EGMR-Urteil (Fn. 5) auch in der Sache durchaus anfechtbaren Infragestellungen des religiösen oder weltanschaulichen Charakters der Scientology, wenn der *Senat* am Ende doch diesen Umstand einfach unterstellt?

genüber anderen privilegiert. Was aber die materielle Entscheidung der Erlaubniserteilung angeht, ist ebenso eindeutig, dass Art. 4 Abs. 1 GG (wie Art. 5 Abs. 3 GG) sehr wohl privilegierende Wirkung als ein das Ermessen der Straßenbehörde beeinflussender und, bei zumutbaren Beeinträchtigungen des Gemeingebrauchs, sogar regelmäßig auf Null reduzierender verfassungsrechtlicher Schutzfaktor hat.<sup>9</sup> Dies räumt der VGH selbst ein, damit aber eben auch, dass der einzelne Gläubige oder die Religionsgemeinschaft in dieser materiellen Hinsicht nicht wie „jedermann“ von der straßenrechtlichen Ordnung betroffen werden. Wenn das aber für die Sondernutzungserlaubniserteilung als solche gilt, ist nicht einzusehen, weshalb der Privilegierungseffekt nicht auch für die Bemessung der Gebührenhöhe Platz greifen soll – so wie es die Kammer des BVerfG für die Pressefreiheit in der o.g. Entscheidung angenommen hat. Die Gebührenbemessung ist ja kein automatischer Vorgang, sondern eine gestaltende Entscheidung, die in den durch das Äquivalenzprinzip abgesteckten Grenzen differenzieren darf und muss, etwa nach dem Ausmaß der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs und dem wirtschaftlichen Nutzen der Erlaubnis für den Inhaber.<sup>10</sup> Auch die grundrechtliche Schutzwirkung zu Gunsten der Religionswerbung muss dann aber hier, als ein auf gänzliche oder teilweise Entlastung von der Gebühr drängender Umstand, Berücksichtigung finden. Geht man von dieser verfassungsrechtlichen Annahme aus, so haben das einfache Gebührenrecht und seine Anwendung dem Rechnung zu tragen.<sup>11</sup> Im konkreten Fall hätten eine verfassungskonforme Auslegung der Gebührenbefreiungstatbestände der Satzung oder des für die „Kirche“ in Anschlag gebrachten satzungsmäßigen Gebührentatbestandes der (wirtschaftlichen) „Werbung“, gegebenenfalls auch eine ungeschriebene Ermäßigungsmöglichkeit in Betracht gezogen werden können – § 19 Abs. 1 StrG BW als gesetzliche Gebührengrundlage verlangt die Gebührenfestsetzung nicht zwingend, sondern gewährt dem Satzungsgeber insoweit Spielraum. Die vom VGH bestätigte Einordnung der Veranstaltungen als „mittelbar kommerziell“ erscheint jedenfalls nicht zwingend und schon gar nicht geeignet, den Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG vollständig aufzuheben. Das BVerwG hat längst entschieden, dass auch wirtschaftliche Zwecke einer zugleich religiös motivierten Betätigung nicht zum Verlust des Grundrechtsschutzes der Religionsfreiheit führen, sondern ihn nur relativieren.<sup>12</sup> Dass der VGH sich auf die strikte Fassung der Satzung (Gebühren-

festsetzungspflicht) zurückzieht, um so der verfassungskonformen Auslegung zu entgehen, kann mithin nicht überzeugen: Wäre die Satzung wirklich so starr, hätte sie, die oben erörterte Verfassungspflicht zur Berücksichtigung des Schutzes der Religionsfreiheit im Einzelfall angenommen, für verfassungswidrig erklärt werden müssen. Dass sie so starr wie behauptet interpretiert werden musste, ist indessen schon vom mitgeteilten Sachverhalt her höchst zweifelhaft: Wenn sogar der Gebührentatbestand für die wirtschaftlichwerbenden Veranstaltungen unterschiedliche Gebührensätze vorsah (von denen die Stadt für die „Kirche“ wenig überraschend den höchsten gewählt hatte), wenn offenbar in anderen Fällen – aus welchen Gründen auch immer – Gebührenermäßigungen vorgenommen worden waren, dann bestanden offensichtlich sehr wohl Möglichkeiten einer situationsangemessenen, grundrechtskonformen Gestaltung der Gebührenhöhe auch „im Rahmen“ der Stuttgarter Satzung.

*Privatdozent Dr. Matthias Cornils, Bonn*

<sup>9</sup> BVerwG NJW 1997, 408; *Marschall/Schroeter/Kastner*, Bundesfernstraßengesetz, Kommentar, 5. Aufl. 1998, § 8 Rn. 15; *Papier*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 40 Rn. 42; *Schnebelt/Sigl*, Straßenrecht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2004, Rn. 248.

<sup>10</sup> BVerwGE 80, 36; *Schnebelt/Sigl* (Fn. 9), Rn. 278.

<sup>11</sup> Die aktuell (seit 2004) geltende Stuttgarter Satzung samt Gebührenverzeichnis bestätigt dies, indem darin auch Informationsstände *kirchlicher* Organisationen sowie die Verbreitung *religiöser* Druckerzeugnisse gebührenbefreit sind.

<sup>12</sup> BVerwGE 90, 112 (116 ff.); NJW 1997, 408; *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 4 Rn. 127; s. auch § 19 Abs. 2 S. 3 StrG BW.

## Redaktionelle Urteilsanmerkung

### Zu den Folgen einer verspätet erteilten Belehrung eines ausländischen Beschuldigten über sein Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates (in Abgrenzung zu BGHSt [1 StR 273/07 und 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02]; amtlicher Leitsatz).

WÜK Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3

BGH, Urt. vom 20.12.2007 – 3 StR 318/07 (LG Lübeck)

#### I. Einführung

Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WÜK) verpflichtet die Strafverfolgungsbehörden dazu, einen ausländischen Staatsangehörigen bei seiner Festnahme über sein Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates zu belehren.<sup>1</sup> Welche rechtlichen Folgen sich ergeben, wenn dieser Pflicht nicht oder nur unzureichend Genüge geleistet wird, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang noch nicht abschließend geklärt. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht ein Verbot der Verwertung von Angaben zur Folge haben kann, die ein nicht oder verspätet belehrter Beschuldigter den Strafverfolgungsbehörden gegenüber gemacht hat. Für den Fall der Ablehnung eines Beweisverwertungsverbotes wird darüber hinaus erwogen, den Belehrungsfehler dadurch zu kompensieren, dass ein Teil der an sich verwirkten Strafe für vollstreckt erklärt wird.

Angestoßen wurde die Diskussion<sup>2</sup> durch eine Entscheidung des BVerfG vom 19. September 2006<sup>3</sup>. Darin hatte die 1. Kammer des 2. *Senats* zwei Beschlüsse des BGH als verfassungswidrig beanstandet. Der 5. *Strafsenat* war davon

<sup>1</sup> Art. 36 Abs. 1 Buchst. b WÜK lautet im Wortlaut: (1) Um die Wahrung konsularischer Aufgaben in Bezug auf Angehörige des Entsendestaates zu erleichtern, gilt folgendes: [...] (b) <sup>1</sup>die zuständigen Behörden des Empfangsstaates haben die konsularische Vertretung des Entsendestaates auf Verlangen des Betroffenen unverzüglich zu unterrichten, wenn in deren Konsularbezirk ein Angehöriger dieses Staates festgenommen, in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder ihm anderweitig die Freiheit entzogen ist. <sup>2</sup>Jede von dem Betroffenen an die konsularische Vertretung gerichtete Mitteilung haben die genannten Behörden ebenfalls unverzüglich weiterzuleiten. <sup>3</sup>Die Behörden haben den Betroffenen unverzüglich über seine Rechte aufgrund dieser Bestimmung zu unterrichten.

<sup>2</sup> Die strafprozessuale Bedeutung von Art. 36 Abs. 1 Buchst. b WÜK ist freilich schon vorher im Zuge der Entscheidungen des IGH in der Sache LaGrand und Avena deutlich geworden. Diese Entscheidungen hatten indes bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts keine unmittelbaren Auswirkungen auf die deutsche Rechtsprechung. Eine kurze Darstellung der Chronologie und Nachweise zur Rechtsprechung des IGH finden sich bei Weigend, StV 2008, 39.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2007, 499.

ausgegangen, dass der Festgenommene durch die Belehrungspflicht des Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK nicht vor unbedachten Äußerungen geschützt werden solle, und sich die Pflicht zur Belehrung erst an den Haftrichter, und nicht schon an die festnehmenden Polizeibeamten, richte.<sup>4</sup> Die gegenteilige Rechtsprechung des IGH hatte der BGH dabei nach Ansicht der Kammer nicht hinreichend berücksichtigt<sup>5</sup> und deshalb den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) verletzt.<sup>6</sup> Bei Beachtung dieser Rechtsprechung hätte er davon ausgehen müssen, dass der Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung erstens auch im Hinblick auf die effektive Wahrnehmung von Verteidigungsrechten individualschützender Charakter beizumessen sei, und diese Verpflichtung sich zweitens auf alle Strafverfolgungsorgane erstrecke.<sup>7</sup> Welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK ergeben und insbesondere, ob ein solcher ein Verbot der Verwertung von in der Vernehmung gemachten Angaben zur Folge haben kann, ist nach Ansicht der Kammer verfassungsrechtlich allerdings nicht festgelegt. Die Entscheidung dieser Frage falle in die Zuständigkeit der Fachgerichte.<sup>8</sup> Inzwischen haben der 1., der 5. und in der zu besprechenden Entscheidung nunmehr auch der 3. *Strafsenat* des BGH zu diesem Problem Stellung bezogen.

Der 1. *Strafsenat* hat ein Verwertungsverbot als Folge des in Rede stehenden Belehrungsfehlers in seinem zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehenen Beschluss vom 11. September 2007<sup>9</sup> nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Freilich ist er, ohne dass es für die Entscheidung darauf angekommen wäre, davon ausgegangen, dass die (möglicherweise) durch den Verstoß erlangten Angaben bei der Beweiswürdigung allenfalls dann keine Berücksichtigung finden dürften, wenn der Verteidiger der Verwertung widersprochen hat. Ein solcher Widerspruch bedürfe – in Verschärfung der bisher für sachgerecht gehaltenen Anforderungen<sup>10</sup> – „einer Begründung, in der in groben Zügen anzugeben sei, unter welchem Gesichtspunkt der Angeklagte den zu erhebenden oder bereits erhobenen Beweis für unverwertbar hält.“<sup>11</sup> Ob die verspätete Belehrung überhaupt ein Verwertungsverbot zur Folge haben kann, hat der 1. *Strafsenat* nicht erörtert.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. vom 7.11.2001, 5 StR 116/01 = BGH StV 2003, 57 mit abl. Anm. Paulus; BGH, Beschl. v. 29.1.2003, 5 StR 475/02 (ohne Begründung).

<sup>5</sup> BVerfG NJW 2007, 499 (502 Rn. 63).

<sup>6</sup> BVerfG NJW 2007, 499 (502 Rn. 47 ff.).

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2007, 499 (502 Rn. 65).

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2007, 499 (503 Rn. 70).

<sup>9</sup> BGH, Beschl. vom 11.9.2007 – 1 StR 273/07.

<sup>10</sup> Grundlegend BGHSt 38, 214 (225 f.).

<sup>11</sup> BGH, Beschl. vom 11.9.2007 – 1 StR 273/07, Rn. 16 ff.; kritisch allgemein zur Widerspruchslösung und zu den vom 1. *Senat* für sachgerecht angesehenen Kautelen Velten, ZJS 2008, 76 (79); Weigend, StV 2008, 39 (43); ablehnend vor dem Hintergrund der Vorgaben des IGH Kreß, GA 2007, 296 (306); S. Walther, HRRS 2004, 126 (131 Fn. 37).

Eine andere Sichtweise liegt dem nur kurze Zeit später ergangenen, ebenfalls zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehenen Beschluss des 5. Strafsenats vom 25. September 2007<sup>12</sup> zugrunde. Jedenfalls für die Fallkonstellation einer gänzlich unterbliebenen Belehrung meint der 5. Senat der „qualifizierten Widerspruchslösung“ des 1. Senats nicht folgen zu können.<sup>13</sup> Ein entsprechender Belehrungsfehler habe indes nicht die Unverwertbarkeit der Einlassung zur Folge. Der Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK wiege, anders als im Fall einer unterbliebenen Beschuldigtenbelehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, im Hinblick auf die Aussagefreiheit und die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht hinreichend schwer.<sup>14</sup>

Stattdessen müsse der Verfahrensverstoß durch seine Feststellung in der Revisionsentscheidung kompensiert werden. Soweit dies im Einzelfall keinen angemessenen Ausgleich darstelle, habe eine Kompensation – entsprechend der neuerdings auch in den Fällen der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung anerkannten Vollstreckungslösung<sup>15</sup> – dadurch zu erfolgen, dass ein zahlenmäßig bestimmter Teil der verwirkten Strafe für vollstreckt erklärt wird.<sup>16</sup> Dass in weniger schwerwiegenden Fällen die Gewährung einer Entschädigung in analoger Anwendung des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) in Betracht komme, deutet der 5. Senat lediglich an, ohne diese Frage abschließend zu erörtern.<sup>17</sup>

Der 3. Strafsenat wendet sich in seinem hier besprochenen Urteil vom 20. Dezember 2007<sup>18</sup> nunmehr für den Regelfall sowohl gegen die vom 1. Senat immerhin nicht ausgeschlossene Annahme eines Verwertungsverbotes<sup>19</sup> als auch gegen die vom 5. Senat für sachgerecht gehaltene Kompensation eines solchen Verstoßes im Wege des Vollstreckungsabschlages<sup>20</sup>. Lediglich für den Fall, dass sich der Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK tatsächlich negativ auf die Verteidigungsmöglichkeiten des Betroffenen ausgewirkt haben sollte, behält er sich eine abweichende Entscheidung vor, ohne näher auf insoweit denkbare Rechtsfolgen einzugehen.<sup>21</sup>

## II. Entscheidung

### 1. Sachverhalt

Die vom Landgericht wegen Betäubungsmittelstraftaten zu jeweils drei Jahren Freiheitsstrafe verurteilten Angeklagten mazedonischer und serbischer Staatszugehörigkeit wurden

am 8. Oktober 2006 von Zollbeamten festgenommen und am Folgetag unter Hinzuziehung eines Dolmetschers vernommen. Vor der Vernehmung wurde ihnen – zum Teil in Englisch<sup>22</sup> – der nach §§ 163 Abs. 4 S. 2, 136 Abs. 1 S. 2 StPO erforderliche Hinweis erteilt, dass es ihnen nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor ihrer Vernehmung, einen von ihnen zu wählenden Verteidiger zu befragen. Die Angeklagten ließen sich daraufhin gegenüber den Zollbeamten und vor dem Ermittlungsrichter zur Sache ein. Erst danach wurden sie über ihr Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung ihrer Heimatstaaten belehrt. Beide Angeklagten lehnten eine entsprechende Unterrichtung ab. Mit ihrer Revision machen sie u.a. geltend, das Landgericht habe bei seiner Urteilsfindung die im Wege der Vernehmung der Verhörspersonen in die Beweisaufnahme eingeführten Angaben ihrer früheren Beschuldigtenvernehmungen berücksichtigt, obwohl diese wegen der verspätet erteilten Belehrung gem. Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK nicht hätten verwertet werden dürfen.<sup>23</sup> Der BGH hat die Revisionen als unbegründet verworfen.

### 2. Rechtliche Würdigung

Nach Ansicht des 3. Strafsenats haben die Strafverfolgungsbehörden im vorliegenden Fall durch die verspätete Belehrung zwar gegen Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK verstoßen. Dieser Verstoß habe jedoch kein Verbot der Verwertung zur Folge und sei auch nicht anderweitig zu kompensieren. Dabei knüpft die Entscheidung zunächst an Grundsätze an, die seit der Entscheidung des BVerfG vom 19. September 2006<sup>24</sup> auch vom 1. und 5. Strafsenat<sup>25</sup> anerkannt werden:

Die Pflicht zur Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK besteht danach, soweit die Behörde zumindest Anhaltspunkte dafür hat, dass es sich bei dem Festgenommenen um einen Ausländer handelt, mit seiner Freiheitsentziehung.<sup>26</sup> Zur Belehrung sind nicht nur der für die Haftentscheidung zuständige Ermittlungsrichter, sondern schon die festnehmenden Beamten verpflichtet. Im konkreten Fall hätte es deshalb bereits der Belehrung durch die Zollbeamten bedurft.<sup>27</sup> Den *in concreto* bestehenden Verfahrensverstoß können die Angeklagten nach Ansicht des 3. Strafsenats auch mit der Revision geltend machen, da sie in der Hauptverhandlung der Verwertung ihrer Angaben rechtzeitig, d.h. gem. § 257 StPO im Anschluss an die Vernehmung der Verhörspersonen, unter Hinweis auf den spezifischen Verfahrensverstoß widersprochen haben. Damit ist das vom 1. Senat für notwendig erachtete Erfordernis eines „spezifizierten Widerspruchs“ gewahrt.

Der 3. Strafsenat bringt in seiner Entscheidung freilich deutlich zum Ausdruck, dass er der Entscheidung des 1. Strafsenats hinsichtlich der Ausführungen zu den Voraus-

<sup>12</sup> BGH, Beschl. vom 25.9.2007 – 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. vom 25.9.2007, Rn. 22.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. vom 25.9.2007, Rn. 23.

<sup>15</sup> BGH GS, Beschl. vom 17.1.2008 – GSSt 1/07; vgl. dazu die Besprechung von *Heghmanns*, ZJS 2008, 197 (in dieser Ausgabe).

<sup>16</sup> BGH, Beschl. vom 25.9.2007, Rn. 27.

<sup>17</sup> BGH, Beschl. vom 25.9.2007, Rn. 30.

<sup>18</sup> BGH, Urt. vom 20.12.2007 – 3 StR 318/07.

<sup>19</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 21.

<sup>20</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 25 f.

<sup>21</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 23.

<sup>22</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 14.

<sup>23</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 4.

<sup>24</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 3.

<sup>25</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 9 und 12.

<sup>26</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 13.

<sup>27</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 14.

setzungen des Widerspruchs nicht zu folgen vermag.<sup>28</sup> Aus dem Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung des Heimatstaates will er grundsätzlich kein Verwertungsverbot ableiten.<sup>29</sup> Auch die vom 5. *Strafsenat* für richtig erachtete Kompensation im Wege der Vollstreckungslösung wird von ihm verworfen. Es sei, von eng umgrenzten Ausnahmefällen abgesehen, nicht möglich, einem Verstoß gegen das Verfahrensrecht dadurch Rechnung zu tragen, dass man einen Teil der verhängten Strafe für vollstreckbar erkläre.<sup>30</sup>

Soweit der 3. *Senat* ein Verbot der Verwertung als Folge eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK ablehnt, argumentiert er in drei Schritten. Zunächst legt er dar, dass diese Frage durch die Rechtsprechung des IGH nicht präjudiziert wird. Das Strafurteil müsse als Konsequenz aus einem Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK lediglich im Schuld- und Strafausspruch überprüfbar sein, ohne dass das Ergebnis dieser Überprüfung festgelegt sei.<sup>31</sup> Sodann stellt er fest, dass auch die Rechtsprechung des BVerfG, namentlich die Entscheidung der 1. Kammer des 2. *Senats*, nicht zur Annahme eines Beweisverwertungsverbotes nötige. Im Zentrum der Entscheidung steht deshalb die Frage, ob die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes auf der Grundlage der ansonsten angelegten Maßstäbe sachgerecht ist.

Dabei nimmt der 3. *Senat* in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung<sup>32</sup> an, dass nicht jeder Verfahrensverstoß ein Verwertungsverbot zur Folge habe. Die Frage eines Verwertungsverbotes müsse vielmehr „aufgrund einer Abwägung der im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen Gebote und Ziele“<sup>33</sup> im Einzelfall beurteilt werden. Damit wird auf die sog. Abwägungslehre Bezug genommen, nach der ein Verfahrensverstoß nur dann zu einem Verbot der Verwertung durch ihn erlangter Beweise führen kann, wenn das Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung das Interesse an der Strafverfolgung überwiegt. Zur Beantwortung dieser Frage vergleicht er die Belehrungspflicht des Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK mit der des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, deren Missachtung nach heute einhelliger Meinung ein Verwertungsverbot zur Folge hat<sup>34</sup>.

Zwei Gesichtspunkte, die bereits den 5. *Strafsenat* in seinem Beschluss vom 25. September 2007<sup>35</sup> bewogen hatten, sich gegen ein Verwertungsverbot auszusprechen, sind auch für den 3. *Senat* dabei von entscheidender Bedeutung: Erstens knüpfe die Belehrungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK ausschließlich an die Festnahme und nicht an die

Situation einer Vernehmung an. Die Belehrung müsse deshalb nicht vor der Vernehmung erfolgen, wenn der Betroffene zu diesem Zeitpunkt noch nicht festgenommen sei. Eine erst nach der Vernehmung entstehende Belehrungspflicht könne aber schwerlich die Aussagefreiheit betreffen.<sup>36</sup> Zweitens handle es sich bei der Belehrung „lediglich um einen zusätzlichen Schutz“<sup>37</sup>, der nichts daran ändere, dass die betroffenen Ausländer „alle[r] sonstigen rechtsstaatlichen Verteidigungsstandards“ teilhaftig würden. Ob diese Erwägungen auch dann noch tragfähig sind, wenn die unterbliebene Belehrung über die Unterrichtung der konsularischen Vertretung des Heimatstaates im Einzelfall tatsächlich zu einer Einschränkung von Verteidigungsmöglichkeiten führt, lässt der 3. *Senat* allerdings offen.<sup>38</sup>

Auch die vom 5. *Senat* praktizierte Vollstreckungslösung hält der 3. *Senat* nicht für sachgerecht.<sup>39</sup> Das Gesetz bestimme in den §§ 337, 338, 353, 354 StPO abschließend, welche Folgen aus Verstößen gegen das Verfahrensrecht resultieren könnten. Die Praxis einer entsprechenden Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen ist für den *Senat* in diesem Zusammenhang kein Argument. Sie sei den besonderen Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention geschuldet, die insoweit eine auch von deutschen Gerichten zu beachtende Entschädigung einfordere.<sup>40</sup> Eine Übertragung dieser Grundsätze auf andere Verfahrensverstöße berge die Gefahr der „Relativierung des Verfahrensrechts“ in sich, bei der der Staat dem Angeklagten Verfahrensverstöße abhandle.<sup>41</sup>

### III. Bewertung und Ausblick

Die Entscheidung des 3. *Senats* unterscheidet sich zunächst von denen des 1. und 5. *Senats* dadurch, dass sie den Verstoß gegen die Belehrungspflicht für den Regelfall ausdrücklich für folgenlos erklärt. Ob von dieser Regel im Fall einer tatsächlichen Einschränkung von Verteidigungsmöglichkeiten abgewichen werden kann, bleibt im Dunkeln; man wird die Entscheidung aber jedenfalls dahingehend zu deuten haben, dass der 3. *Senat* auch insoweit die Annahme eines Verwertungsverbotes nicht für sachgerecht hält.

In der Ablehnung eines Vollstreckungsrabattes, wie ihn der 5. *Senat* vorgenommen hat, ist dem *Senat* zunächst beizupflichten. Eine solche Lösung kommt allenfalls in Betracht, wenn eine Entschädigung als Rechtsfolge angemessen erscheint. Das mag im Fall der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung<sup>42</sup> und möglicherweise auch bei staatlich veranlasster Tatprovokation<sup>43</sup> der Fall sein. Wo die Verletzung einer Belehrungspflicht in Rede steht, kann als Ausgleich nur

<sup>28</sup> Der 1. *Strafsenat* hatte die Revision mangels hinreichend substantiiert Revisionsbegründung bereits als unzulässig bewertet, BGH – 1 StR 273/07, Rn. 13.

<sup>29</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 17-21.

<sup>30</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 23.

<sup>31</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 19.

<sup>32</sup> Vgl. etwa BGHSt 44, 243 (249) m.w.N.

<sup>33</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 21.

<sup>34</sup> Grundlegend BGHSt 38, 214.

<sup>35</sup> BGH, Beschl. vom 25.9.2007, Rn. 23.

<sup>36</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 21.

<sup>37</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 21.

<sup>38</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 24.

<sup>39</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 25 f.

<sup>40</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 26.

<sup>41</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 25.

<sup>42</sup> Siehe Fn. 15.

<sup>43</sup> BGHSt 45, 321.

ein Verwertungsverbot in Betracht gezogen werden.<sup>44</sup> Anderes kann allenfalls auf der Grundlage eines adversatorischen Strafprozesssystems gelten, wollte man die Ratio der Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK hier auch darin erblicken, dass dem Beschuldigten ein vom Konsulat vermittelter engagierter Verteidiger beigeordnet wird, der frühzeitig auf eine für den Beschuldigten günstige Absprache hinwirkt.<sup>45</sup> Dass die Pflicht zur Belehrung über die Unterrichtung des Konsulats im Kontext des *normativ* nach wie vor eher vergleichsfeindlichen deutschen Prozesssystems den Zweck haben soll, möglichst günstige Bedingungen für eine verfahrensbeendende Absprache zu gewährleisten, ist indes nicht naheliegend. Dass solche Absprachen nach der Rechtsprechung des BGH nicht grundsätzlich unzulässig sein sollen<sup>46</sup>, vermag daran nichts zu ändern.

Keine Zustimmung verdient hingegen die Annahme, Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK solle in keinem Fall die Aussagefreiheit des Beschuldigten schützen, weil nur im Falle der Festnahme und nicht vor jeder Vernehmung eine entsprechende Belehrung zu erfolgen habe. Der *Senat* selbst schränkt seine Formulierung hier ein. Die Pflicht zur Belehrung über die Unterrichtung der konsularischen Vertretung betreffe *jedenfalls* in den Fällen einer *vor* der Festnahme erfolgenden Vernehmung nicht die Aussagefreiheit des Beschuldigten.<sup>47</sup> Ob dies im umgekehrten Fall anders ist, wird nicht erwogen. Offenbar unterstellt der *Senat* als selbstverständlich, dass eine differenzierte Behandlung beider Fallgruppen im Hinblick auf die Aussagefreiheit nicht sachgerecht sein könne.

Das ist nicht selbstverständlich: Gerade wenn man der Unterrichtung der konsularischen Vertretung objektiv den Zweck zuschreibt, ein Verschwindenlassen ausländischer Gefangener zu unterbinden,<sup>48</sup> kann die Situation der Inhaftierung für einen ausländischen Beschuldigten subjektiv einen verstärkten Druck ausüben, mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren<sup>49</sup>. Wer – berechtigt oder unberechtigt – Angst hat, fremde Staatsorgane werden es ihm gegenüber mit den rechtsstaatlichen Standards nicht so ernst nehmen, kann durch eine Belehrung über das Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung durchaus beruhigt werden. Die Festnehmenden dokumentieren damit, dass sie sich an internationale Rechtsstandards gebunden fühlen.

Gewiss ist das bei einem ausländischen Staatsangehörigen, der im Inland lebt, ebenso wenig vonnöten wie bei einem deutschen Staatsangehörigen, obwohl nach dem Wortlaut des Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK jeder Ausländer

unabhängig von seinem Lebensmittelpunkt zu belehren ist. Die Weite der Belehrungspflicht spricht allerdings nicht gegen die Annahme eines Verwertungsverbot, sondern allenfalls für seine Begrenzung auf den Fall ausländerspezifischer Hilflosigkeit.<sup>50</sup> Es käme ja auch niemand auf den Gedanken, ein Verwertungsverbot wegen Verstoßes gegen die Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO rigoros abzulehnen, weil nach dessen Wortlaut auch derjenige zu belehren ist, der seine Rechte kennt. Vielmehr wird nur für diesen Fall die Annahme eines Verwertungsverbot mit Recht abgelehnt<sup>51</sup>.

Es sollte deshalb bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung in allen Fällen ein Beweisverwertungsverbot anerkannt werden, in denen nicht ausgeschlossen werden kann, dass der im Inland nicht heimische Ausländer sich möglicherweise aus Sorge vor staatlichem Unrecht einem verstärkten Kooperationsdruck ausgesetzt sah. Dabei ist nicht der Nachweis zu verlangen, dass die unterbliebene oder verspätete Belehrung tatsächlich die selbstbelastende Aussage verursacht hat.<sup>52</sup> Soweit für diese Sichtweise geltend gemacht wird, der IGH habe es für zulässig gehalten, dass *nach der Unterrichtung* mit der Vernehmung begonnen werde, bevor es zur Kontaktaufnahme mit dem Konsulat kommt,<sup>53</sup> ist dies kein zwingendes Argument. Ein im Einzelfall bestehender psychischer Druck zur Kooperation kann schon durch die Belehrung selbst gemindert werden, weil sie zum Ausdruck bringt, das sich die Belehrenden an internationale Rechtsstandards gebunden fühlen.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

<sup>44</sup> So im Grundsatz auch T. Walter, JR 2007, 99 (101 f.), der gleichwohl in Fällen, in denen der Betroffene keine Angaben gemacht hat, als „Kompromiss“ eine Strafmilderung als Kompensation für angezeigt hält.

<sup>45</sup> Dies erwägt Kreyß, GA 2007, 296 (307).

<sup>46</sup> Grundlegend BGHSt 43, 195; 50, 40.

<sup>47</sup> BGH – 3 StR 318/07, Rn. 21.

<sup>48</sup> Auf diesen Zweck wollte der 5. Strafsenat des BGH die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 Buchst. b S. 3 WÜK ursprünglich beschränken, siehe BGH StV 2003, 57.

<sup>49</sup> Velten, ZJS 2008, 76 (79).

<sup>50</sup> Eine teleologische Reduktion bereits der Belehrungspflicht erwägt insoweit Hilgruber, JZ 2002, 94 (95). T. Walter, JR 2007, 99 (102) und S. Walther, HRRS 2004, 126 (131) wollen demgegenüber ein unbeschränktes Beweisverwertungsverbot annehmen.

<sup>51</sup> BGHSt 38, 214 (224 f.); Frister, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Abschnitt G Rn. 98.

<sup>52</sup> So aber Kreyß, GA 2007, 296 (305); Weigend, StV 2008, 39 (43).

<sup>53</sup> Kreyß, GA 2007, 296 (305).



### B u c h r e z e n s i o n

**Heinrich Wilms**, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der Föderalismusreform, Verlag W. Kohlhammer (Studienreihe Rechtswissenschaften), 1. Aufl., Stuttgart 2007, 357 S., br., € 24,80.-

Eine Vielzahl staatsorganisatorischer Lehrbücher buhlt um den Zuspruch angehender Juristen. Kommt ein neues Werk auf den Markt, stellt sich nachgerade von allein die Frage nach seiner Existenzberechtigung. Zumindest eine neue Akzentsetzung ist notwendig – neben der üblichen soliden und studentenfreundlich aufbereiteten Darlegung der Materie.

Das Buch von *Wilms*, der seit 2005 an der privaten Zepelin Universität Friedrichshafen lehrt, bietet hier gegenüber anderen Werken einen spezifischen Mehrwert: In einem Extrateil werden neben etlichen Übersichten zahlreiche ausführliche Aufbauschemata dargeboten; daneben skizziert *Wilms* ein Dutzend typischer „Problemkreise“, wie sie in staatsrechtlichen Klausuren und Hausarbeiten immer wieder behandelt werden. Auch ein „Definitions-kalender“ fehlt nicht.

Zuvor werden nach einer sehr knappen Historie in einem zweiten Kapitel die „Strukturprinzipien und Wesensmerkmale des Deutschen Staates“ vorgestellt. Ungewöhnlicherweise handelt *Wilms* hier neben der gesamten deutschen Staatsorganisation auch noch die „Einbettung in die internationale Staatenwelt“ mit ab; letzteres ist zu kurz geraten: Die EU muss sich etwa mit nur 1½ Seiten Text begnügen. Ansonsten finden sich durchweg gelungene Passagen zu „Staatsrecht als Rechtsgebiet“, „Der Geltungsbereich des Grundgesetzes“, „Die Strukturprinzipien“, „Sonstige Wesensmerkmale“ und „Die Organisation der Staatsfunktionen“. Grundlegende Kritik an den Ausführungen ist nicht angebracht, nur vereinzelt lässt sich Klage führen, etwa wenn die Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 GG so knapp abgehandelt wird, dass das gleichermaßen bedeutsame wie umstrittene Weisungsrecht des Bundes gegenüber den Länder nach Abs. 3 einschließlich der dazu ergangenen verfassungsgerichtlichen Judikatur nur mehr angesprochen wird.

Umfassende Rechtsprechungs- und Schrifttumhinweise am Ende eines jeden Kapitels ermöglichen ein weiterführendes Studium. Mitunter wird des Guten mit seitenlangen Literaturtipps zu viel getan. Dafür hätten die Hinweise in den Fußnoten umfangreicher sein können; *Wilms* beschränkt sich hier fast durchgängig auf Standardschriften.

Nützlich für das Verständnis der jüngsten Änderungen im Staatsorganisationsrecht erweist sich das abschließende gesonderte Kapitel über die Föderalismusreform, innert dessen *Wilms* konzise und verständlich Motive und Einzelregelungen dieser größten Grundgesetznovelle überhaupt nachzeichnet.

*Wilms* verzichtet auf kleine Fälle mit Lösungen, wodurch seine Ausführungen mitunter etwas abstrakt geraten. Vereinzelt eingestreute Beispiele können dieses kleine Manko nicht beheben.

Fazit: Abgesehen von den beschriebenen geringfügigen Mali handelt es sich um ein empfehlenswertes klassisches Lehrbuch, das die staatsorganisationsrechtlichen Grund-

kenntnisse kompakt, klar und verständlich vermittelt. Mit seinen nützlichen Gimmicks stellt es im überreich besetzten Sektor staatsorganisationsrechtlicher Lehrbücher einen Solitär dar, was die Besetzung einer Marktnische sichert. Eine zweite Auflage wird nicht lange auf sich warten lassen.

*Dr. Norbert Janz, Potsdam*