

Zeitschrift für das Juristische Studium www.zjs-online.com

AUSGABE 6/2008 Seite 578 - 682 1. Jahrgang

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

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

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

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

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

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch
Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Examensrelevante Aspekte der GmbH-Reform (MoMiG)

Von Prof. Dr. Peter Kindler, Augsburg

578

Öffentliches Recht

Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik

Zugleich eine Besprechung der Nichtraucherschutz-Entscheidung des BVerfG vom 30.7.2008

Von Wiss. Mitarbeiter Simon Bulla, Augsburg

585

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

US-American Company Law – An Overview

Von RA Dr. Gero Pfeiffer, Dr. Sven Timmerbeil, LL.M., Frankfurt a.M.

597

Strafrecht

Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn 600

Wiederholung und Vertiefung im Schwerpunktbereich – Wirtschaftsstrafrecht: Untreue durch Vorstandsmitglieder einer AG zum Nachteil einer abhängigen GmbH

BGHSt 49, 147 ("Bremer Vulkan")

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 610

Inhalt (Forts.)	6/2008
ÜBUNGSFÄLLE	
Zivilrecht	
Übungsfall: Der verzogene Golf	
Von Prof. Dr. Christian Katzenmeier, stud. iur. Martin Metz, LL.M., Köln	616
Öffentliches Recht	
Übungsfall: Die Videoüberwachung Von Wiss. Mitarbeiter Holger Greve, Berlin	624
Strafrecht	
Übungsfall: Schwerpunktklausur Strafrecht	
Von Prof. Dr. Robert Esser, Passau	629
Übungsfall: Der Platzverweis	
Von Rechtsreferendarin Marie Heissler, Regierungsrat Thomas Marzahn, Augsburg	z.A. 638
ENTSCHEI DUNGSBESPRECHUNGEN	
Zivilrecht	
BGH, Urt. v. 30.5.2008 – V ZR 184/07 (Beschränkung der negatorischen Beseitigungshaftung) (Wiss. Mitarbeiter Ulrich Korth, Heidelberg)	647
Öffentliches Recht	J.,
BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 402/ u. 906/08 (Nichtraucherschutz in Gaststätten)	′ 08
(Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz)	660
ENTSCHEI DUNGSANMERKUNGEN	
Zivilrecht	
BGH, Urt. v. 7.12.2007 – V ZR 21/07 ("Aufladung" der Vormerkung)	
(Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/Heidelberg/Bielefe	eld) 664
BGH, Urt. v. 5.5.2008 –II ZR 38/07 (Pflichtenkollision des Geschäftsführers bei Zahlungen nach Insolvenzreife?)	
(Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz) 666
BGH, Urt. v. 24.9.2008 –VIII ZR 192/06 (Haftung des Erwerbers bei sukzessiver Unternehmensübernahme und Firmenfortführung	a)
(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg)	668
Öffentliches Recht	
OVG Bremen, Urt. v. 2.9.2008 –1 A 161/06 (Ausreisebeschränkungen gegenüber Fußball-Hooligans)	
(Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg)	670

J 0,

Inhalt (Forts.)	6/2008
ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN (Forts.)	
Strafrecht	
BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08 (Verwendung gefährlicher Tatmittel [§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB] nach Vollendung der Raubtat)	
(Prof. Dr. Mark Deiters, Münster)	672
VARIA	
Zivilrecht	
Ein Jahrhundertjurist wird hundert: Werner Flun	ne
Von Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg	675
Tagungsbericht – Herbstakademie Mietrecht	
Von Rechtsreferendarin Antonia Hösch, Frankfurt a.M. Wiss. Mitarbeiterin Inga Schüttfort, Passau	, 681

Examensrelevante Aspekte der GmbH-Reform 2008 (MoMiG)

Von Prof. Dr. Peter Kindler, Augsburg

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wird ein doppeltes Reformziel verfolgt: Erstens soll auf den verstärkten Einsatz ausländischer Gesellschaftsformen auf dem deutschen Markt, so vor allem der britischen Limited (private company limited by shares), reagiert und die deutsche GmbH attraktiver gemacht werden für Unternehmensgründer. Und zweitens soll unlauteren Machenschaften zu Lasten von Gesellschaftsgläubigern begegnet werden. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die examensrelevanten Aspekte der Reform des GmbH-Rechts.

I. Zur Examensrelevanz des GmbH-Rechts

Entgegen anderslautenden Gerüchten in Kreisen der Studierendenschaft zählt das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in weitem Umfang zum Pflichtfachwissen für die Erste juristische Prüfung¹. Das am 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026) ist daher hinsichtlich einiger seiner Regelungsgegenstände auch für Studierende von Interesse. Auf diese Aspekte der GmbH-Reform beschränkt sich der nachfolgende Beitrag².

II. Beschleunigung und Erleichterung von Gesellschaftsgründungen

1. Kapitalaufbringung

a) Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nach § 5a GmbHG

Das MoMiG bringt mit dem neuen § 5a GmbHG speziell für kapitalschwache Existenzgründer eine Einstiegsvariante zur GmbH, die ohne ein bestimmtes Mindeststammkapital errichtet werden kann³. Aus dem neuen § 5 Abs. 2 GmbHG folgt nur, dass diese Gesellschaft als Einmann-GmbH ein Stammkapital von mindestens einem Euro haben muss, denn der Nennbetrag eines jeden Geschäftsanteils hat auf volle Euro

zu lauten und die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen. Diese "Mini-GmbH" darf – abweichend von § 4 GmbHG – in ihrer Firma nicht den Rechtsformzusatz "GmbH" führen, sondern muss nach § 5a Abs. 1 GmbHG als "Unternehmergesellschaft" oder "UG" bezeichnet werden, jeweils mit dem Zusatz "(haftungsbeschränkt)"⁴. Außerdem verpflichtet sie das Gesetz zur vollständigen Kapitalaufbringung vor der Anmeldung zum Handelsregister (§ 5a Abs. 2 GmbHG in Abweichung von § 7 Abs. 2 GmbHG). Besondere Gläubigerschutzvorschriften enthalten § 5a Abs. 3 GmbHG (Ansparpflicht) und § 5a Abs. 4 GmbHG (Verlustanzeige). Führt die UG eine Kapitalerhöhung durch, so entfällt nach § 5a Abs. 5 GmbHG die Ansparpflicht, wenn hierdurch das gesetzliche Mindeststammkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird⁵; auch darf dann statt UG die Bezeichnung GmbH geführt werden.

b) Zulassung verdeckter Sacheinlagen (§ 19 Abs. 4 GmbHG)⁶ Von einer verdeckten Sacheinlage spricht man, wenn der wirtschaftlich einheitliche Vorgang der Sacheinlage in rechtlich getrennte Geschäfte aufgespalten wird, von denen eines eine Bareinlage zu sein scheint, während das andere dem Abfluss der Geldmittel bei der Gesellschaft und zugleich der Annahme anderer Vermögensgegenstände als Leistung auf die Einlagenschuld dient⁷. Vereinfacht gesprochen wird nach außen hin eine Bareinlage vereinbart und vom Gesellschafter auch geleistet, doch zahlt die Gesellschaft diesen Betrag zu einem späteren Zeitpunkt wieder an den Einleger zurück. Die Rückzahlung erfolgt z.B. im Rahmen eines Kaufvertrages, aufgrund dessen der Gesellschafter der Gesellschaft einen Sachwert überträgt, was auch von vornherein beabsichtigt war. Dieses Verfahren umgeht die komplizierte Wertprüfung und Offenlegung für Sacheinlagen (§ 5 Abs. 4 GmbHG), und unredlichen Gesellschaftern erlaubt es die Einbringung unterwertiger Sacheinlagen. Nach bisherigem Recht bestand hier analog § 27 Abs. 3 S. 3 AktG die Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage ungeschmälert fort, und der An-

¹ Vgl. etwa § 18 Abs. 2 Nr. 2 BayJAPO 2003 (Errichtung der Gesellschaft sowie Vertretung und Geschäftsführung); § 11 Abs. 2 Nr. 4 b JAG NRW 2003 (Errichtung der Gesellschaft, Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter sowie Vertretung und Geschäftsführung); § 8 Abs. 2 Nr. 3 JAPrO BW 2002 (Errichtung, Vertetung und Geschäftsführung der GmbH).

² Vgl. für eine eingehende Darstellung der GmbH-Reform *Kindler*, NJW 2008, 3249 ff.

³ Dazu BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 31 f.; zur "haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft" näher *Bormann*, GmbHR 2007, 897 (898 f.); *Drygala*, NZG 2007, 561 ff.; *Freitag/Riemenschneider*, ZIP 2007, 1485 ff.; *Leyendecker*, GmbHR 2008, 302 ff. (rechtsökonomisch); *Noack*, DB 2007, 1395 (1396 f.); *Seibert*, GmbHR 2007, 673 ff.; *Wilhelm*, DB 2007, 1510 ff.

⁴ Dieser Rechtsformzusatz ist wenig aussagekräftig. Leider hat der Gesetzgeber den Vorschlag des DAV (NZG 2007, 737 Rn. 20) nicht aufgegriffen: "Gründer-GmbH".

⁵ Näher *Schärtl*, GmbHR 2008, Rn. 81 f.

⁶ Zur bisherigen Rechtslage zuletzt etwa *Habersack*, in: Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, 2007, S. 157 ff.; zum RegE insbes. *Veil*, ZIP 2007, 1241 ff.; zur – nach langer Diskussion – Gesetz gewordenen "Anrechnungslösung" s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97; *M. Winter*, in: Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, 2007, S. 867 ff (876 ff.); *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (52 f.).

⁷ Grdl. BGH NJW 1982, 2444 (2446), insoweit nicht in BGHZ 83, 319; dazu *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 27 Rn. 10.

spruch des Gesellschafters auf Rückgewähr des rechtsgrundlos geleisteten Sachwerts war in der Insolvenz der Gesellschaft meist wertlos⁸.

Auch das MoMiG hält an der Verpflichtung zur Bareinlage fest (§ 19 Abs. 4 S. 1, 3 GmbHG), doch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung – entgegen der bisherigen Rspr. 9 – nicht unwirksam (§ 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Zudem wird der Wert der verdeckten Sacheinlage auf die Bareinlagepflicht des Gesellschafters angerechnet (§ 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG). Die Anrechnungslösung erfolgt jedoch erst nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (§ 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG), weshalb der Geschäftsführer in der Anmeldung nach § 8 GmbHG nicht versichern kann und darf, die Geldeinlage sei durch Anrechnung erloschen und damit erfüllt¹⁰. Gleichzeitig stellt das Gesetz durch § 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG sicher, dass das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft auch in Fällen ablehnen kann (§ 9c GmbHG), in denen der Wert der verdeckten Sacheinlage den Betrag der geschuldeten Geldeinlage erreicht¹¹. Und schließlich muss der Gesellschafter im Streitfall beweisen, dass der Wert der verdeckten Sacheinlage den Betrag der geschuldeten Bareinlage tatsächlich erreicht hat (§ 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG)¹².

c) Zulassung des Hin- und Herzahlens von Bareinlagen (§ 19 Abs. 5 GmbHG)

Der verdeckten Sacheinlage verwandt ist der Fall des bloßen Hin- und Herzahlens des Einlagebetrages. Die bisherige Rspr. verneinte hier eine Erfüllung der Einlageschuld, weil es an einer Leistung zur freien Verfügung der Gesellschaft fehle (vgl. §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1, 56a, 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG; §§ 37 Abs. 1 2, 54 Abs. 3 S. 1, 188 Abs. 2 S. 2 AktG)¹³. Die Gläubiger- und Mitgesellschafterinteressen sind hier noch viel mehr gefährdet als bei einer verdeckten Sacheinlage. Denn bei dieser wird dem Gesellschaftsvermögen ja immerhin – anstelle der geschuldeten Bareinlage – ein Sachwert

zugeführt, was beim Hin- und Herzahlen nicht der Fall ist¹⁴. Dies führte nach Einschätzung des Gesetzgebers zu Problemen in der Praxis, insbesondere bei der GmbH-Gründung unter Einbeziehung in einen sog. Cash-Pool¹⁵. Der neue § 19 Abs. 5 GmbHG bestimmt daher, dass ein Hin- und Herzahlen der ordnungsgemäßen Einlageleistung nicht entgegensteht, wenn die Auszahlung an den Gesellschafter durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist¹⁶. Diese Voraussetzungen sind z.B. bei einem erst nach fünf Jahren fälligen Darlehensrückzahlungsanspruch nicht gegeben, weil eine derart weit in die Zukunft gerichtete Einschätzung bezüglich der Vollwertigkeit unmöglich ist¹⁷. Bei der Kapitalerhöhung ist § 19 Abs. 5 GmbHG sinngemäß anzuwenden (§ 56a GmbHG).

d) Wegfall der strengen Kapitalaufbringungsregeln bei der Einpersonen-Gesellschaft (§§ 7 Abs. 2 S. 3, 19 Abs. 4 GmbHG a.F.)

Aus mindestens drei Gründen besteht in den Fällen der Einmann-Gründung eine gesteigerte Gefahr, dass das Stammkapital zum Nachteil der Gläubiger nicht wirklich aufgebracht wird: 18 (1) Es findet keine gegenseitige Überwachung statt, die bei zwei oder mehreren Gesellschaftern aus dem jeweiligen Eigeninteresse heraus regelmäßig gegeben sein wird; (2) ein unredlicher Gesellschafter hat eher die Gelegenheit zur Vermögensvermischung (da er im Regelfall auch Alleingeschäftsführer sein wird); (3) es gibt keine Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG, wenn der Alleingesellschafter das Stammkapital nicht einzahlt. Deshalb musste bislang der Alleingesellschafter für den nicht eingezahlten oder durch Sacheinlage abgedeckten Betrag des Stamm- bzw. Grundkapitals noch vor der Handelsregisteranmeldung eine Sicherung bestellen (§ 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG a.F.). Dass dies geschehen ist, musste in der Anmeldung versichert werden (§ 8 Abs. S. 2 GmbHG a.F.); im Hintergrund standen die Haftung nach § 9a GmbHG und der Straftatbestand des § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Dem Gläubigerschutz dienten ferner weitere Regelungen über die Kapitalaufbringung (§ 19 Abs. 4 GmbHG a.F.¹⁹), In-sich-Geschäfte (§ 35 Abs. 4 GmbHG²⁰) und die Niederschrift von Gesellschafterbeschlüssen (§ 48 Abs. 3

⁸ BegrRegE in BT-Drs. 17/6140, S. 39 ff.; aus neuerer Zeit BGHZ 173, 145 = NJW 2007, 3425 (Lurgi).

⁹ BGHZ 155, 329 (338 f.) = NJW 2003, 3127 (§ 27 Abs. 3 S. 1 AktG analog).

¹⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97.

¹¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97.

¹² Näher Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208 (1210); zur – nach langer Diskussion – Gesetz gewordenen "Anrechnungslösung" s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97; M. Winter (Fn. 6), 876 ff.; Ulmer, ZIP 2008, 45 (52 f.); zur früheren Rechtslage zuletzt etwa Habersack (Fn. 6), S. 157 ff.; zum RegE insbes. Veil, ZIP 2007, 1241 ff.

¹³ St. Rspr., BGHZ 153, 107 (109 f.) = NJW 2003, 825; BGHZ 165, 113 (116 f.) = NJW 2006, 509; BGHZ 165, 352 (356) = NJW 2006, 906; BGH NJW-RR 2006, 1630 = NZG 2006, 716; BGH NJW 2001, 3781.

¹⁴ Plastisch schon BGHZ 28, 314 = NJW 1959, 383: "Eine solche Leistung des Einlageschuldners gleicht einem geworfenen Ball, der an einem Gummiband hängt und wieder zurückschnellt."; näher *Habersack* (Fn. 6), S. 160 f..

¹⁵ *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 (1210); BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 34 f., 66, 76; zum Cash-Pool unten im Text unter III. 4.

¹⁶ Näher Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97 f.; *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (53 f.).

¹⁷ Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208 (1211).

¹⁸ Dazu *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 14 Rn. 96.

¹⁹ Die Vorschrift hatte kein Gegenstück im Aktienrecht, vgl. *Hüffer* (Fn. 7), § 36 Rn. 13.

²⁰ Zur analogen Geltung der Vorschrift im Aktienrecht s. *Hüffer* (Fn. 7), § 42 Rn. 2.

GmbHG²¹). Durch das MoMiG sind die besonderen Kapitalaufbringungsvorschriften der §§ 7 Abs. 2 S. 3, 19 Abs. 4 a.F. GmbHG entfallen, um die Einmann-Gründung zu erleichtern. Der Gesetzgeber hält sie – als unnötige Erschwernis der Gesellschafts-Gründung – für verzichtbar.

1. Musterprotokolle für einfache Gründungen

Für die eiligen Gründer standen bisher hauptsächlich zwei Wege zur Verfügung: eine deutsche Vorrats-GmbH, an der man die Anteile erwirbt (laut Werbeanpreisung in 24 Stunden startklar) oder eine britische Limited, die mit Hilfe sogenannter Inkorporationsdienstleister ebenfalls von heute auf morgen als Haftungsschirm zur Verfügung steht²². Demgegenüber dauert es im Regelfall mehrere Wochen von der GmbH-Gründung beim Notar bis zur Handelsregistereintragung der Gesellschaft, die dann erst die Haftungsbeschränkung herbeiführt (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Abhilfe soll hier die "GmbH von der Stange" bringen, d.h. die Gründung unter Verwendung notarieller Musterprotokolle, die dem MoMiG als Anlage 1 beigefügt sind (§ 2 Abs. 1a GmbHG)²³. Dort finden sich zwei Musterprotokolle: eines für die Gründung einer Einpersonengesellschaft, eines für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft mit bis zu drei Gesellschaftern. Mit diesem Verfahren sollen der Zugang zur GmbH erleichtert und der Gründungsvorgang beschleunigt werden.

2. Verkürzung der Eintragungszeiten beim Handelsregister a) Überblick.

Einige der bereits behandelten Gründungserleichterungen dienen zugleich der Beschleunigung des Handelsregisterverfahrens bei der Eintragung von Gesellschaftsgründungen oder Kapitalerhöhungen. Dies gilt für den Wegfall der strengen Kapitalaufbringungsregeln bei der Einpersonen-GmbH (oben unter 1 d) und die Zurverfügungstellung von Musterprotokollen für einfache Gründungen (oben unter 2.). Einen besonderen Beschleunigungseffekt verspricht sich der Gesetzgeber von der Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG (dazu sogleich unter b).

b) Abkoppelung des Handelsregisterverfahrens von der verwaltungsrechtlichen Genehmigung

Nach der soeben genannten, durch das MoMiG aufgehobenen Vorschrift war der Anmeldeversicherung eine etwa erforderliche staatliche Genehmigungsurkunde beizufügen.

Dies betraf z.B. Handwerks- oder Gaststättenbetriebe sowie Bauträger, deren Geschäftsbetrieb eine gewerberechtliche Erlaubnis erfordert. Das verwaltungsbehördliche Verfahren verzögerte so oftmals die privatrechtliche Unternehmensgründung und verlängerte das mit vielfacher Rechtsunsicherheit und Haftungsrisiken belastete Stadium der Vor-Gesellschaft über Gebühr. Diese Probleme entfallen mit der Aufhebung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, womit der Gesetzgeber auch den Gleichklang zu den Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften herstellt (vgl. § 7 HGB)²⁴.

III. Gesellschafterfreundliche Regelungen

Durch eine Reihe gesellschafterfreundlicher Regelungen soll die GmbH für Unternehmensgründer wieder attraktiver werden. Dabei geht es um die Beseitigung von Mobilitätshindernissen (nachfolgend unter 1.), Verbesserungen bei der Übertragung von Geschäftsanteilen (nachfolgend unter 2.) und eine Begrenzung der Gesellschafterhaftung im Innenverhältnis (nachfolgend unter 3.).

1. Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland

Die Vorschrift des § 4a Abs. 2 GmbHG wurde gestrichen²⁵. Danach musste der Satzungssitz der Gesellschaft an einem Ort liegen, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, an dem sich ihre Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird, und dieser Ort muss nach einhelliger Auffassung im Inland gelegen sein. 26 Aus der Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG folgt freilich nicht automatisch, dass der Satzungssitz keinen realen inländischen Bezugspunkt mehr haben muss. Denn § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. wurde überhaupt erst vor zehn Jahren in das GmbHG eingefügt²⁷, und schon lange zuvor – also ganz unabhängig von dieser Vorschrift – hatte die Rechtsprechung das Erfordernis eines realen inländischen Bezugspunktes für den Satzungssitz aufgestellt. Eine deutsche Briefkasten-GmbH mit tatsächlichem Sitz im Ausland ist bis heute unzulässig, wenn nicht wenigstens ein Betrieb im Inland vorhanden ist. Daher hat die h.M schon lange vor In-Kraft-Treten von § 4a Abs. 2 GmbHG i.d.F. des HRefG am 1.1.1999 die Verwaltungssitzverlegung als Auflösungstatbestand oder als Grund für ein Erzwingungsverfahren nach § 144a FGG angesehen²⁸. Der Gesetzgeber hätte daher den § 4a Abs. 2 GmbHG nicht einfach ersatzlos streichen dürfen,

²¹ Das Erfordernis einer Niederschrift gilt im Aktienrecht ohnehin nach § 130 AktG.

²² www.go-limited.de.

Näher Beschlussempfehlung und Beschluss des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 67 ff., 93; zu Vorüberlegungen ("Mustergesellschaftsvertrag" ohne Notarzwang) Bayer u.a., GmbHR 2007, 953 ff; Karsten, GmbHR 2007, 958 ff.; Schröder/Cannivé, NZG 2008, 1 ff. mit weit. Nachw. dort in Fn. 25; Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208 (1209); Ulmer, ZIP 2008, 45 (46 ff.). Dazu auch die krit. Stellungnahme des Bundesrates vom 6.7.2007, BR-Drs. 354/07, S. 1 ff. = BT-Drs. 16/6140, S. 61 f.

²⁴ Näher BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 34. ²⁵ Vgl. Art. 1 Nr. 4 b MoMiG und dazu BegrRegE vom

^{23.5.2007,} BT-Drs. 16/6140, S. 29; dazu Fingerhuth/Rumpf, IPRax 2008, 90 ff.; Hoffmann, ZIP 2007, 1581 ff.; Kindler, Die AG 2007, 721 ff.; Peters, GmbHR 2008, 245 ff.; Preuß, GmbHR 2007, 57 (58 ff.); s. auch die detaillierte Regelung in Art. 35 des geplanten Statuts einer Europäischen Privatgesellschaft (SPE), vgl. Maul/Röhricht, BB 2008, 1574 (1578).

²⁶ A.A. *Preuβ*, GmbHR 2007, 57 (62 nach Fn. 36).

²⁷ HRefG v. 22.6.1998, BGBl. I S. 1474; dazu *Priester*, DNotZ 1998, 691 (708 f.).

²⁸ So schon *Flesner*, NZG 2006, 641 f.; Einzelnachw. bei Kindler, IntGesR, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006, Rn. 503, 506, 508.

sondern positiv festlegen müssen, ob und ggf. welchen realen Inlandsbezug der Satzungssitz einer deutschen Kapitalgesellschaft überhaupt noch haben muss, und dass die Verlagerung des Verwaltungssitzes der Gesellschaft von einem Staat in einen anderen zulässig ist²⁹. Nur so wäre sichergestellt gewesen, dass die Verwaltungssitzverlegung weder einen Auflösungstatbestand darstellt, noch den Registerzwang nach § 144a FGG auslöst.

2. Mindeststückelung und Teilbarkeit der Stammeinlagen

Die Gesellschafter können jetzt ganz nach den Verhältnissen des Einzelfalles - d.h. insbesondere nach Maßgabe ihrer individuellen Finanzkraft - über die Höhe ihrer Stammeinlagen bestimmen. Die bisherige Beschränkung, wonach die Stammeinlage mindestens 100 Euro betragen musste und nur in Einheiten aufgeteilt werden durfte, die durch 50 teilbar sind (§ 5 Abs. 1, 3 GmbHG a.F.), fällt weg. Als einzige Beschränkung ist nunmehr vorgesehen, dass der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss (§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG), weshalb in der Einpersonen-GmbH das Mindestkapital nunmehr einen Euro beträgt, wenn sich der Gesellschafter für die UG (oben unter II 1 a) entscheidet³⁰. Auch das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen bei Errichtung der Gesellschaft (§ 5 Abs. 2 GmbHG a.F.) hat man zu Recht aufgehoben³¹. § 17 GmbHG konnte gestrichen werden, da die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen nach dem neuen § 5 Abs. 2 GmbHG unbegrenzt möglich sind; § 46 Nr. 4 GmbHG begründet hierfür die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung³². Die neue Rechtslage erleichtert u.a. maßgeschneiderte Anteilsabtretungen³³.

3. Gesellschafterliste und Übertragung von Geschäftsanteilen Der nichtssagende § 14 GmbHG über die Geschäftsanteile wurde vollkommen neu gefasst und trägt jetzt die Überschrift "Einlagepflicht". Nach § 14 S. 1 GmbHG ist auf jeden Geschäftsanteil eine Einlage zu leisten (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG), und die Sätze 2 und 3 des neuen § 14 GmbHG bestimmen das Verhältnis zwischen dem Nennbetrag des Geschäftsanteils und der Einlage; sachliche Änderungen sind damit nicht verbunden³⁴. Eine der wesentlichen Neuerungen des MoMiG ist der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Ziel ist es, mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Rechtsscheinträger für den Gutglaubenstatbe-

stand ist die beim Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste. Deshalb ist zunächst grundsätzlich auf deren gewachsene Bedeutung einzugehen (nachfolgend unter a). Anschließend werden die mit dem Tatbestand des gutgläubigen Erwerbs verbundenen Fragen näher beleuchtet (nachfolgend unter b).

a) Aufwertung der Gesellschafterliste

Wie nach früherem Recht ist sowohl bei der Gründung der Gesellschaft als auch nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen (§§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 und 2 GmbHG). Das MoMiG wertet die Bedeutung der Gesellschafterliste jedoch erheblich auf: (1) So gilt nunmehr gegenüber der Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Die Gesellschafterliste ist jetzt die alleinige Legitimation für die Ausübung von Gesellschafterrechten, und zwar - anders als früher die Anmeldung (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F.) – nicht nur in Fällen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, sondern bei jedweder Veränderung im Gesellschafterbestand oder Beteiligungsumfang. (2) Die Eintragung in die Gesellschafterliste löst darüber hinaus die (Mit-)Haftung des Erwerbers für in diesem Zeitpunkt rückständige Einlageverpflichtungen aus (§ 16 Abs. 2 GmbHG). (3) Durch die neu vorgesehene Nummerierung der Geschäftsanteile (§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG) erlaubt die Gesellschafterliste außerdem eine genaue Individualisierung der Geschäftsanteile. Dadurch werden Zweifel an der Identität des jeweils übertragenen Geschäftsanteils, wie sie früher bei der Veräußerung eines von mehreren Geschäftsanteilen gleichen Nennbetrags immer wieder entstanden, ausgeschlossen. (4) Die im vorliegenden Zusammenhang wichtigste Aufgabe der Gesellschafterliste ist die eines Rechtsscheinträgers für den durch das MoMiG eingeführten gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen (dazu ausführlich nachfolgend unter b).

b) Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG)³⁵

Eine der wichtigsten Neuerungen des MoMiG ist der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen. Bisher war ein solcher Erwerb vom Nichtberechtigten nicht möglich. Der Erwerber musste daher die Wirksamkeit aller Abtretungen und sonstigen Inhaberwechsel bis zur Entstehung des betrefenden Geschäftsanteils zurückverfolgen, konnte wegen des Risikos unbemerkter Zwischenverfügungen dennoch nicht zu letzter Gewissheit gelangen. Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb ist – wie ausgeführt – die zum Rechts-

²⁹ So auch das Petitum von *Flesner*, NZG 2006, 641 (642); Regelungsvorschlag bei *Kindler* (Fn. 25), 721 (722).

³⁰ Dazu BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 29 f.; auch Art. 19 Abs. 4 des geplanten SPE-Statuts sieht ein Mindestkapital von 1 Euro vor, vgl. *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610 ff.

³¹ Dazu BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 30.

³² BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 39, 45.

³³ Zum Ganzen Reformüberlegungen schon bei *Happ*, ZHR 169 (2005), 6 (18 ff.).

³⁴ BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 37.

³⁵ Zum gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen s. *Bött-cher/Blasche*, NZG 2007, 565 ff.; *Bohrer*, DStR 2007, 995 ff.; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (200 ff.); *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894 ff.; *Grunewald u.a.*, ZIP 2006, 685 ff.; *Grunewald*, Der Konzern 2007, 13 ff.; *Hamann*, NZG 2007, 492 ff.; *Harbarth*, ZIP 2008, 57 ff.; *Mayer*, DNotZ 2008, 403 ff.

scheinträger aufgewertete Gesellschafterliste: nach § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG können ein Geschäftsanteil oder ein Recht daran rechtsgeschäftlich wirksam vom Nichtberechtigten erworben werden, wenn dieser als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist.

Die Gutglaubenswirkung bezieht sich allerdings nur auf die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers, nicht auch auf die Existenz und die Lastenfreiheit der betroffenen Geschäftsanteile. Der Erwerbsinteressent muss also weiterhin lückenlos überprüfen, ob der zu erwerbende Geschäftsanteil überhaupt wirksam entstanden ist und noch besteht. Ist der Gutglaubenstatbestand des § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG erfüllt, scheitert ein Erwerb vom Nichtberechtigten nach § 16 Abs. 3 S. 2 bzw. 3 GmbHG gleichwohl, wenn einer der folgenden Ausschlussgründe vorliegt: (1) Die Gesellschafterliste ist hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit ist dem Berechtigten nicht zuzurechnen. (2) Dem Erwerber ist die fehlende Berechtigung des Veräußerers bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt. (3) Der Gesellschafterliste ist hinsichtlich des Geschäftsanteils ein Widerspruch zugeordnet.

4. Lockerung der Kapitalbindung und Konzernfinanzierung durch "Cash-Pooling"

a) Grundsätze der Kapitalbindung.

Nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG³⁶ darf das zur Erhaltung des Stammkapitals (§ 5 GmbHG) erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Die Kapitalbindung wird mithin durch ein am Stammkapital ausgerichtetes Auszahlungsverbot gesichert³⁷. Die Rspr. hat dieses Auszahlungsverbot seit jeher streng verstanden und es selbst bei Vollwertigkeit eines Gegen- oder Erstattungsanspruchs der Gesellschaft – z.B. im Cash-Pool (dazu sogleich unter b) - angewandt. Ergänzt wird diese gesetzliche Kapitalbindung durch das richterrechtlich entwickelte Verbot der Vermögensaushöhlung in der Krise ("Existenzvernichtungshaftung", nachfolgend unter c)³⁸. Neben die gesetzliche Regelung trat nach bisheriger Rspr. schließlich ein analog § 30 GmbHG angenommenes Rückzahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen mit "Eigenkapitalersatzfunktion" (vgl. §§ 32a/32b GmbHG a.F., dazu nachfolgend unter 5.). Über die genannten Grundsätze der Kapitalbindung hinaus soll es nach der Rspr. kein Verbot der materiellen Unterkapitalisierung geben³⁹.

³⁶ Wortgleich mit § 30 Abs. 1 GmbHG a.F., der nur aus einem einzigen Satz bestand.

b) Cash-Pooling (§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG/§ 57 Abs. 1 S. 3 AktG)

Das MoMiG schafft eine Ausnahme zur Kapitalbindung beim Cash-Pooling im Konzern⁴⁰. Dabei wird – vereinfacht gesagt - Liquidität von den Tochtergesellschaften abgezogen und bei der Muttergesellschaft zentral für alle Konzerngesellschaften verwaltet. Zivilrechtliche Grundlage dafür ist ein Darlehen, das die Tochter der Mutter gewährt. Das zentrale Cash-Management durch die Mutter verringert - konzerndimensional betrachtet - die Verwaltungskosten, ermöglicht bessere Zinserträge aus konzernweiten Überschüssen und vor allem vermeidet es die externe Kreditaufnahme durch eine Konzerngesellschaft, während gleichzeitig bei einer anderen Konzerngesellschaft die entsprechende Liquidität vorhanden wäre, um nur einige der Hauptvorzüge dieses Verfahrens zu nennen.41 Handelt es sich nun bei der Tochter um eine GmbH, so griff allerdings bislang die BGH-Rspr. ein, wonach Kreditgewährungen an Gesellschafter - wie beim Cash-Pooling -, wenn sie das satzungsmäßige Stammkapital angreifen, selbst dann als verbotene Auszahlungen von Gesellschaftsvermögen (oben a) zu bewerten sind, wenn der Rückzahlungsanspruch der GmbH gegen ihre Konzernobergesellschaft im Einzelfall vollwertig sein sollte⁴².

Das MoMiG (d.h. der neue §§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG) macht damit Schluss und hebt das Auszahlungsverbot u.a. dann auf, wenn und soweit die Leistung an den bei der Muttergesellschaft geführten Cash-Pool durch einen vollwertigen Rückgewährungsanspruch gegen die Muttergesellschaft gedeckt ist. Für Geschäftsführer birgt das neue Recht zusätzliche Haftungsrisiken und Interessenkonflikte: Sie müssen beurteilen, ob der Gesellschafter liquide genug ist, die empfangenen Leistungen nach Fälligkeit wieder an die Gesellschaft zurückzuzahlen. Wer dies fälschlich bejaht, unterliegt der Haftung nach §§ 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG; umgekehrt wird kein Geschäftsführer oder Vorstand einem Gesellschafter gerne sagen, dessen Bonität reiche für einen im Sinne der §§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG, 57 Abs. 1 S. 3 AktG "vollwertigen" Anspruch nicht aus.

c) Kapitalbindung und Existenzvernichtungshaftung

Ergänzend tritt die sog. Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters in Fällen der Vermögensaushöhlung neben die klassischen Ausschüttungssperren des § 30 GmbHG. Danach besteht bei missbräuchlicher Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens eine schadensersatzrechtliche Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft nach § 826 BGB⁴³.

³⁷ *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 30 Rn. 1.

³⁸ Nach BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 (Trihotel) Rn. 39 besteht bei §§ 30, 31 GmbHG eine "Schutzlücke", die § 826 BGB schließt.

³⁹ So der BGH jüngst wieder im Fall "Gamma": BGH NJW 2008, 2437 = NZG 2008, 547 Rn. 16-25 und Ls. 2 (für BGHZ bestimmt); dazu *Altmeppen*, ZIP 2008, 1201 ff.

⁴⁰ Dazu *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289 (1292 f.); *C. Schäfer*, DStR 2006, 2085 (2088 ff.); *ders.*, BB-Special 7/2006, 5 ff.

⁴¹ Habersack/Schürnbrand, NZG 2004, 689 f.

⁴² BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111; dazu *Haber-sack/Schürnbrand* (Fn. 41); RegE in BR-Drs. 354/07, S. 93.

⁴³ BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 (Trihotel); dazu statt aller *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 14 Rn. 94; nachfolgend BGH NJW 2008, 655;

Diese mehrspurige Haftungsverfassung der GmbH soll durch das MoMiG nach dem Willen seiner Urheber nicht angetastet werden⁴⁴.

5. Gesellschafterdarlehen

Bei der Finanzierung der Gesellschaft entscheiden sich die Gesellschafter häufig gegen den klassischen Weg der Erhöhung des Stammkapitals mit anschließender Übernahme der neuen Geschäftsanteile (§§ 54 ff. GmbHG). Stattdessen nehmen sie die Rolle eines Fremdkapitalgebers ein und gewähren der Gesellschaft ein Darlehen nach §§ 488 ff. BGB oder erbringen wirtschaftlich vergleichbare Leistungen an die Gesellschaft (Bürgschaft, Gebrauchsüberlassung). Neben der Erwartung, dieses Darlehen auch im Falle einer Krise der Gesellschaft noch rechtzeitig zurückgezahlt zu bekommen, steht dahinter oft auch die steuerliche Überlegung, im negativen Risikofall das verlorene Finanzierungsvolumen wenigstens einkommensmindernd geltend machen zu können. Beides scheidet bei einer Eigenkapitalfinanzierung häufig aus (vgl. zur Rückerstattung § 72 S. 1 GmbHG bzw. § 199 S. 2 InsO; zum Steuerrecht § 8b Abs. 3 KStG). Nach bisherigem Recht konnte derartiges Kapital, welches in der Krise gewährt wird, nicht wieder abgezogen werden. Eine Krise i.S.d. § 32a GmbHG a.F. lag vor, wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist, also insolvenzreif nach §§ 17, 19 InsO, ferner bei Kreditunwürigkeit⁴⁵. Das Gesetz begegnete damit der Erfahrungstatsache, dass die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs mit Hilfe von Gesellschafterdarlehen meist zu weiteren Schulden und somit zur Gefährdung weiterer Gläubiger führt. Der Normzweck des Kapitalersatzrechts ist daher seit jeher insolvenzrechtlich geprägt⁴⁶.

Mit dem MoMiG hat sich der Gesetzgeber zu einer radikalen Vereinfachung des Rechts der Gesellschafterdarlehen entschlossen⁴⁷, die auf folgenden Eckpunkten beruht⁴⁸: (1)

BGH NJW-RR 2008, 918; NJW-RR 2008, 629; NJW 2008, 2437= DStR 2008, 1293 = ZIP 2008, 1232 m. Aufs. *Altmeppen*, 1201 ff. (Gamma); für das Verhältnis der Existenzvernichtungshaftung zu den neuen Kapitalbindungsregeln nach dem MoMiG s. *Jacob*, GmbHR 2007, 796 ff.; *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449 (455 ff.).

⁴⁴ Im Zusammenhang mit der Erweiterung der Geschäftsführerhaftung für – hier nicht darzustellende – Masseschmälerungen (§ 64 Satz 3 GmbHG) heißt es in der BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 106, der Entwurf beabsichtige "keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung und greif(e) demgemäß der weiteren Rechtsfortbildung nicht vor."; dazu auch *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449 (457 f.).

⁴⁵ BGH NJW 2008, 2188 Rn. 11; näher *Hueck/Fastrich* (Fn. 37), § 32a Rn. 48.

⁴⁶ *Haas*, NZI 2001, 1 (5 ff.); *Paulus*, ZIP 2002, 729 (734); zur hieraus folgenden Anwendung dieses Rechtsinstituts auf Auslandsgesellschaften s. *Kindler* (Fn. 28), Rn. 708 ff.

⁴⁷ BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 56 ff.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 106 f.; grundlegend *Habersack/Huber*, BB 2006, 1 ff.; *Habersack*, ZIP 2007, 2145 ff.

Die §§ 32a, 32b GmbHG werden aufgehoben und die entsprechenden Regelungen werden von den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen in die InsO und das AnfG⁴⁹ verlagert; (2) Alle Darlehensrückzahlungsansprüche von Gesellschaftern einer Gesellschaft ohne eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter werden als nachrangige Insolvenzforderung eingestuft (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44a, 135, 143 InsO); (3) Die "Rechtsprechungsregeln" zum Eigenkapitalersatz⁵⁰ werden abgeschafft (§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG).

IV. Bekämpfung von Missbräuchen

1. Zustellungserleichterungen durch inländische Geschäftsanschrift

a) Überblick

Das MoMiG enthält eine ganze Reihe von Änderungen betreffend die Zustellung von Schriftstücken und den Zugang von Willenserklärungen⁵¹. Hervorzuheben sind die Pflicht zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift zum Handelsregister (§ 10 Abs. 1 S. 1 GmbHG), die Möglichkeit der Eintragung einer empfangsberechtigten Person (§ 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG), die Empfangsvertretung durch Gesellschafter (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG) bei Führungslosigkeit, sowie die Erleichterung der öffentlichen Zustellung (§ 185 Nr. 2 ZPO) und des Zugangs von Willenserklärungen (§ 15a HGB) an unerreichbare Gesellschaften. Diese Neuerungen richten sich in erster Linie gegen unlautere "Firmenbestattungen", d.h. die Beseitigung gescheiterter Gesellschaften mbH außerhalb eines geordneten Liquidations- oder Insolvenzverfahrens. Typischerweise legen die Geschäftsführer dabei ihre Ämter nieder, das Geschäftslokal wird aufgegeben, die Geschäftsanteile werden an Dritte veräußert und der Gesellschaftssitz wird verlegt⁵².

b) Inländische Geschäftsanschrift

aa) Pflicht zur Anmeldung

Bei Errichtung einer GmbH ist nach dem neuen § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG in der Anmeldung eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben. Diese wird nach § 10 Abs. 1 S. 1 GmbHG zusätzlich zum Sitz der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen und nach § 10 HGB bekannt gemacht. Die Anschrift kann von jedem im Handelsregister (§ 9 Abs. 1

⁴⁸ Vgl. *Bork*, ZGR 2007, 250 (251); *Seiber/Deckert*, ZIP 2008, 1208 (1211).

⁴⁹ §§ 6, 6a AnfG.

 ⁵⁰ Grdl. BGHZ 31, 258 (273) = NJW 1960, 285; nachfolgend etwa BGHZ 90, 370 (376) = NJW 1984, 1891; BGHZ 95, 188 (191 f.) = NJW 1985, 2947; BGH NJW 1985, 2719; näher *Kindler* (Fn. 43), § 15 Rn. 50; *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht: ein Studienbuch, 21. Aufl. 2008, § 24 Rn. 23.

Näher Steffek, BB 2007, 2077 ff.; Noack, DB 2006, 1475 (1482 f.); BegrRegE vom 23.7.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 42 f., 50 f., 70 (Bundesrat), 78 (Gegenäußerung der BReg).
 Zu einer BMJ-Erhebung über derartige Sachverhalte Seibert, in: Crezelius (Hrsg.), Festschrift für Volker Roehricht zum 65. Geburtstag, 2005, S. 585 ff.

S. 1 HGB) oder im elektronischen Unternehmensregister (\S 9 Abs. 6 S. 1 HGB) eingesehen⁵³ oder im Ausdruck verlangt werden (\S 9 Abs. 4 S. 1 HGB)⁵⁴.

bb) Freie Wahl der inländischen Geschäftsanschrift

Meist wird man eine Anschrift anmelden, die mit der inländischen Anschrift der Hauptverwaltung, eines Geschäftslokals oder eines maßgeblichen Betriebs übereinstimmt. Die Gesellschaften sind dazu aber nicht verpflichtet. Vielmehr können auch andere inländische Geschäftsanschriften angemeldet werden, wie die inländische Wohnanschrift eines Geschäftsführers oder Gesellschafters, die inländische Anschrift eines Beraters oder jeder anderen dritten Person, die sich dazu bereit erklärt. Bedeutung hat diese Möglichkeit vor allem für deutsche Gesellschaften mit effektivem Verwaltungssitz im Ausland (oben III. 1).

cc) Bedeutung der eingetragenen inländischen Geschäftsanschrift für die Zustellung und den Zugang von Willenserklärungen

Bei richtiger Registereintragung der Geschäftsanschrift im Inland sind die Zustellung und der Zugang von Willenserklärungen an die Gesellschaft ohne weiteres möglich, schon wegen der Publizität der Anschrift im elektronischen Unternehmensregister (§ 9 Abs. 6 HGB). Über diese faktische Zustellungs- und Zugangserleichterung hinaus enthält § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG eine unwiderlegliche Vermutung betreffend den Zugang von Willenserklärungen und die Zustellung an die Vertreter einer GmbH.

c) Empfangsvertretung der führungslosen Gesellschaft

Das MoMiG führt zwingende Empfangszuständigkeiten der Gesellschafter ein. Die zwingenden Empfangszuständigkeiten sollen die missbräuchliche Führungslosigkeit von Gesellschaften verhindern. Hat eine Gesellschaft keine Empfangsvertreter, können ihr gegenüber Willenserklärungen nicht mehr wirksam zugehen. Auch Zustellungen scheiden aus, weil § 170 Abs. 1 S. 2 ZPO bestimmt, dass eine Zustellung an die juristische Person selbst wegen ihrer Prozessunfähigkeit unwirksam ist. Ein Vertreter, an den nach § 170 Abs. 1 S. 1 oder § 171 S. 1 ZPO wirksam zugestellt werden könnte, ist bei Führungslosigkeit aber nicht vorhanden. § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG bestimmt daher, dass eine GmbH, die keinen Geschäftsführer hat (Führungslosigkeit), durch die Gesellschafter vertreten wird, soweit ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden. Die Empfangszuständigkeit für die GmbH liegt somit grundsätzlich bei den Geschäftsführern (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG), hilfsweise – im Falle der Führungslosigkeit – bei den Gesellschaftern (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG), daneben stets bei der empfangsberechtigten Person (§ 35 Abs. 2 S. 4 GmbHG), falls eine solche nach § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG eingetragen ist. Sachlich bezieht sich die Empfangszuständigkeit der Geschäftsführer und Gesellschafter gleichermaßen auf Willenserklärungen und Zustellungen, die der empfangsberechtigten Person hingegen nur auf Zustellungen.

Dem Erklärenden wird der Zugang der Willenserklärung weiter dadurch erleichtert, dass nach § 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG "die Abgabe gegenüber einem Vertreter der Gesellschaft nach Abs. 1" - also gegenüber einem Geschäftsführer und bei Führungslosigkeit gegenüber einem Gesellschafter genügt. Außerdem gilt die unwiderlegliche Vermutung der Möglichkeit der Kenntnisnahme unter der eingetragenen inländischen Geschäftsanschrift nach § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG auch für den Zugang an Gesellschafter. Ähnlich ist die Rechtlage bei der Zustellung. Hier gilt für Gesellschafter ebenfalls die unwiderlegliche Vermutung nach § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG, während sich die Möglichkeit der wirksamen Zustellung an nur einen Gesellschafter aus dem Zustellungsrecht selbst (§ 170 Abs. 3 ZPO) ergibt. Nicht von Bedeutung ist, ob der Erklärende bzw. der Zustellungsveranlasser um die Führungslosigkeit und die geänderte Empfangsvertretung weiß.

2. Erweiterung der Bestellungshindernisse für Geschäftsführer

Schon nach früherem Recht konnte nicht Geschäftsführer sein, wer wegen einer Insolvenzstraftat (§§ 283 ff. StGB) vorbestraft ist oder einem Gewerbeverbot unterliegt (§§ 6 Abs. 2 GmbHG a.F.). Gerade dieser Personenkreis hat die vom Europäischen Gerichtshof eröffnete Möglichkeit zur Führung von Briefkastengesellschaften unter der Flagge der Niederlassungsfreiheit⁵⁵ freilich gerne wahrgenommen, meist eine britische Limited errichtet und sich zu deren director d.h. Geschäftsführer - bestellen lassen. Denn das britische Companies House kümmern ausländische Vorstrafen oder Gewerbeverbote herzlich wenig⁵⁶. Derart ungeeigneten Geschäftsführern will auch das MoMiG nicht den Weg zu einer haftungsbeschränkten Unternehmensform ebnen, im Gegenteil: Der erweiterte Katalog der Ausschlussgründe des § 6 Abs. 2 GmbHG umfasst jetzt auch Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, wegen falscher Angaben bei Gründung oder Kapitalmaßnahmen, wegen unrichtiger Darstellung in der Rechnungslegung (§ 331 HGB) sowie u.a. wegen Betruges, Kreditbetrugs, Untreue oder Vorenthalten bzw. Veruntreuen von Arbeitsentgelt⁵⁷. GmbH-Gesellschafter, die einer vom Geschäftsführeramt ausgeschlossenen Person die Führung der Geschäfte überlassen, haften der GmbH nach § 6 Abs. 5 GmbHG für den Schaden aus den von dieser Person begangenen Pflichtverletzungen.

55

⁵³ Einsichtnahme unter www.unternehmensregister.de.

⁵⁵ Vgl. nur BGHZ 154, 185 = NJW 2003, 1461 (Überseering).

⁵⁶ Vgl. BegrRegE vom 23.7.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 49 r. Sp.

⁵⁷ Vgl. zur Verschärfung des Inhabilitätskataloges der §§ 6 Abs. 2 GmbHG, 76 Abs. 3 AktG noch im Rechtsausschuss des Bundestages: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 95 f.

Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik

Zugleich eine Besprechung der Nichtraucherschutz-Entscheidung des BVerfG vom 30.7.2008

Von Wiss. Mitarbeiter Simon Bulla, Augsburg*

I. Einführung

In seiner viel beachteten Entscheidung vom 30.7.2008 hat das BVerfG den Verfassungsbeschwerden zweier Inhaber von Einraumgaststätten (sog. Eckkneipen) und eines Diskothekenbetreibers stattgegeben, die sich gegen das inkonsequente Regelungsregime des baden-württembergischen bzw. berlinerischen Nichtraucherschutzgesetzes gewandt hatten. Beide Gesetze statuierten ein grundsätzliches Rauchverbot in Gaststätten, sahen jedoch Ausnahmen für abgetrennte Nebenräume vor. Diskotheken waren von dieser Privilegierung ausgenommen.² Aufsehenerregend ist das Urteil nicht nur deshalb, weil die gesetzlichen Rauchverbote die Öffentlichkeit wie wenige andere Themen polarisieren; auch grundrechtsdogmatisch hat das Mehrheitsvotum der Verfassungsrichter Neuland beschritten. Das Prinzip der Folgerichtigkeit bzw. Systemstimmigkeit, das bislang vornehmlich im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes verortet worden war, ist erstmalig bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Freiheitsgrundrechte, namentlich der Berufsausübungsfreiheit, thematisiert worden. Während der folgende Beitrag im ersten Teil die tragenden Entscheidungsgründe der Nichtraucherschutz-Entscheidung aufbereitet und im allgemeinen Prüfungsschema einordnet (sub II.), widmet sich der zweite Teil der Folgerichtigkeit als (wiederentdecktem) Verfassungsprinzip und ihren Auswirkungen auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik (sub III.).

II. Die Nichtraucherschutz-Entscheidung des BVerfG

1. Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

a) Eingriff in den Schutzbereich

Schon die Bestimmung von Schutzbereich und Eingriff bereitet Probleme. Zwar ist der Gastwirt zunächst ohne Weiteres ein Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG, also eine auf Dauer angelegte und nicht nur vorübergehende, der Schaffung

doch ist das gesetzliche Rauchverbot prima vista nicht an den Gaststättenbetreiber, sondern an seine Gäste gerichtet. Ließe sich insoweit an das von der Eigentumsfreiheit geschützte Hausrecht des Gastwirts oder den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb denken (dessen Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG verfassungsgerichtlich weiterhin nicht endgültig geklärt ist⁴), stellt das BVerfG klar, dass der "Schwerpunkt des Eingriffs [...] nicht in der Begrenzung der Innehabung und Verwendung dieser Vermögensposition, sondern in der Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Gastwirts" liege.⁵ Kurz: Es geht um den Schutz des Erwerbs und nicht um den Schutz des Erworbenen.

Mit einigem argumentativen Aufwand wird ein unmittel-

und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit³,

Mit einigem argumentativen Aufwand wird ein unmittelbarer Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit subsumiert. Deren umfassender Schutz erstrecke sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen, also auch den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen. Durch das Rauchverbot werde dem Gaststätteninhaber nun die Möglichkeit genommen, seine Leistungen auch solchen Gästen anzubieten, die diese nur zusammen mit dem Rauchen von Tabak in Anspruch nehmen wollen. Wolle der Gastwirt keine Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit riskieren⁶, obliege ihm ferner, Verstöße gegen das Rauchverbot zu unterbinden (wozu er im Übrigen auch durch das baden-württembergische bzw. berlinerische Nichtraucherschutzgesetz verpflichtet wird). Der Gastwirt werde gleichsam zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Dienst genommen.⁷

^{*} Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Ivo Appel und freier Mitarbeiter von Herrn Prof. em. Dr. Reiner Schmidt, dem dieser Beitrag zu seinem 72. Geburtstag gewidmet ist.

¹ BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 = NJW 2008, 2409.

² § 7 Abs. 1 und 2 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg (BadWürttNRSG) vom 25.7.2007, GBl. BadWürtt, S. 337 sowie § 2 i.V.m. § 4 Abs. 3 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (BerlNRSG) vom 16.11.2007, GVBl. Berlin, S. 578. § 7 Abs. 1 S. 3 BadWürttNRSG erlaubte das Rauchen zusätzlich auch in Bier-, Wein- und Festzelten bzw. in Gaststätten, die im Reisegewerbe betrieben werden.

³ BVerfGE 7, 377 (397); 9, 73 (78); 13, 97 (106); 50, 290 (362); 97, 228 (252 f.); 110, 141 (156); 111, 10 (28); BVerwGE 1, 92 (93); 2, 85 (86); 4, 250 (254 f.); 22, 286 (287) – stRspr.

⁴ BVerfGE 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (228); 96, 375 (397); hierzu auch *Papier*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 14 Rn. 95, Stand: Juni 2002. Vgl. auch *Michael*, JZ 2008, 875 (876): "geradezu aufdrängende dogmatische Alternative".

⁵ BVerfG NJW 2008, 2409 (2410).

⁶ Vgl. § 15 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GaststättenG i.d.F. der Bekanntmachung vom 20.11.1998 (BGBl. I, S. 3418). Zwar ist mit der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht auf die Länder übergegangen, doch gilt das GaststättenG des Bundes nach Art. 125a Abs. 1 GG bis zum Erlass einschlägiger Ländergesetze fort. Als erstes Bundesland hat Brandenburg ein Gaststättengesetz verabschiedet, das am 6.10.2008 in Kraft getreten ist (GVBl. Brandenburg, S. 218).

⁷ BVerfG NJW 2008, 2409 (2410). Kritisch *Michael*, JZ 2008, 875 (876), dem zufolge auch das Verbot des Drogenkonsums mit dieser Begründung an der Berufsfreiheit der

Der Verfassungsrichter *Bryde* führt in seinem Sondervotum demgegenüber aus, es sei zwar Teil der Berufsfreiheit, sich im Rahmen der bestehenden Gesetze das Suchtverhalten des Publikums wirtschaftlich zu Nutze zu machen, doch schütze Art. 12 Abs. 1 GG nicht davor, dass der Gesetzgeber solches Verhalten zum Schutz von Leben und Gesundheit erfolgreich bekämpft. Das Rauchverbot wirke gegenüber den Gastwirten mithin nur als Reflex.⁸

Beide Argumentationsansätze überzeugen nur bedingt, ist doch ein unmittelbarer, finaler Eingriff in ein Grundrecht nach der modernen Grundrechtsdogmatik nicht länger notwendig.⁹ So hätte die Annahme eines mittelbaren Eingriffs näher gelegen. Freilich setzt dieser im Falle des Art. 12 Abs. 1 GG voraus, dass die Auswirkungen auf die Berufsfreiheit von einigem Gewicht sind, also "in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen."10 Das Rauchverbot greift nicht unmittelbar über etwaige Verhaltenspflichten in die Berufsfreiheit der Gastwirte ein; es wirkt vielmehr mittelbar, objektiv berufsregelnd, wenn nämlich ein erheblicher Anteil der rauchenden Gäste ausbleibt. Die gegenüber den Betreibern größerer Lokale signifikant erhöhte wirtschaftliche Belastung der Inhaber kleinerer Gaststätten, die vom BVerfG im Rahmen der Angemessenheit ausführlich erörtert wird, wäre an dieser Stelle zu diskutieren gewesen. Das Verfassungsgericht mag gescheut haben, seine zentralen Erwägungspunkte für die Unverhältnismäßigkeit der Regelung schon auf der Ebene des Eingriffs vorwegzunehmen.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zur Rechtfertigung dieses Eingriffs müsse die Berufsausübungsregelung – unausgesprochen knüpft die Entscheidung insoweit an die überkommene Stufentheorie an – auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einen hinreichenden Gemeinwohlbelang verfolgen sowie dem Übermaßverbot Genüge tun, also geeignet, erforderlich und angemessen sein. Der Sache nach unterliegt die Berufsausübungsfreiheit, wie auch der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG impliziert, einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Formell begegnen die Nichtraucherschutzgesetze keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere sind die Länder nach Art. 70 Abs. 1 GG gesetzgebungskompetent.¹¹ Im Rahmen der materiellen Ver-

Gastwirte zu messen sei. Ähnlich Sachs, JuS 2008, 916 (917).

fassungsmäßigkeit liegt der Schwerpunkt der Prüfung auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

aa) Verhältnismäßigkeit und gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Mit dem Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren des Passivrauchens verfolgt der Gesetzgeber einen Gemeinwohlbelang, der sogar Verfassungsrang genießt: Es entspricht dem gängigen Verständnis, dass die verfassungsrechtliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einmal auch bei weniger finalen Gefahren und selbst dann greift, wenn die Gefahren nicht durch den Staat, sondern durch Dritte – hier: die Raucher – geschaffen werden¹², dass der Legislative zugleich aber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt. 13

Der Nichtraucherschutz wird als legitimierender Gemeinwohlbelang nach Auffassung des BVerfG nicht schon dadurch hinfällig, dass der Einzelne sich durch den Besuch einer Gaststätte freiverantwortlich selbst gefährde, denn typischerweise liege hierin kein Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen, sondern eine (mangels vorhandener Alternativen in Form rauchfreier Gaststätten) faktisch unvermeidbare Inkaufnahme des Risikos, um uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können. Zum anderen werde die gesetzgeberische Beurteilung der Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen auch nicht dadurch erschüttert, dass vereinzelte Gutachten seine Gefährlichkeit negieren, zumal die überwiegende Zahl der wissenschaftlichen Untersuchungen die gesetzgeberische Gefahreneinschätzung stütze. 14

Auch soweit die Verfassungsrichter dem Gesetzgeber nicht nur bei der Wahl der Regelungsziele, sondern auch bei der Beurteilung dessen, was er zur Verwirklichung dieser Ziele für geeignet und erforderlich halten darf, einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum einräumen, bewegen

GG, vgl. auch § 7 Abs. 3 BadWürttNRSG). Vor diesem Hintergrund legt das BVerfG NJW 2008, 2409 (2411) das BerlNRSG systematisch dahingehend aus, dass es nicht die Beschäftigten vor der Passivrauchbelastung in den separierten Raucherräumen schützen, sondern nur den Nichtraucherschutz *auβerhalb* der Raucherräume, etwa durch das Eindringen des Tabakrauches, sicherstellen solle.

¹² BVerfGE 45, 187 (254 f.); 46, 160 (164) – Schleyer-Entführung. Grundsätzlich zur Schutzpflicht als Ausfluss der objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte auch BVerfGE 39, 1 (42) – Schwangerschaftsabbruch; 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57 ff.) – Gefahren durch Atomkraft.

BVerfG NJW 2008, 2409 (2412). Zur stRpsr. siehe auch BVerfGE 46, 160 (164); 56, 54 (80 f.); 77, 381 (405); 79, 174 (200); 85, 191 (212); 92, 26 (46); 96, 56 (64); 110, 141 (157 f.); 117, 163 (189). Ferner *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 86. Siehe hierzu auch *Appel/Bulla*, DVBI 2008, 1277 (1279).

¹⁴ BVerfG NJW 2008, 2409 (2412).

⁸ Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420).

⁹ So auch *Sachs*, JuS 2008, 916 (917).

<sup>BVerfGE 75, 108 (153 f.); ferner BVerfGE 13, 181 (185 f.); 52, 42 (54); 55, 7 (25 ff.); 61, 291 (308); 81, 108 (121);
88, 83 (97); 98, 106 (117). Vgl. auch</sup> *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 12 Rn. 85.

¹¹ Soweit der Bund zum Schutz der nichtrauchenden Beschäftigten auf der Grundlage seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für den Arbeitsschutz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) mit § 5 Arbeitsstättenverordnung vom 12.8.2004 (BGB1. I, S. 2179) eine abschließende Regelung getroffen hat, geht diese den Landesnichtraucherschutzgesetzen vor (Art. 31

sie sich auf bekannten Bahnen.¹⁵ Bemerkenswert ist hingegen, wie der Gestaltungsspielraum noch auf der Ebene der Angemessenheit fortwirken soll. Zwar erfordere die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren gewahrt bleiben müsse.¹⁶ Aber:

"Es ist Sache des Gesetzgebers, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können [...]. Hierbei kommt ihm grundsätzlich ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu [...]. Dies ermöglicht es dem Gesetzgeber, bei seiner Wahl für ein Schutzkonzept auch Interessen zu berücksichtigen, die gegenläufig zu dem von ihm verfolgten Gemeinwohlziel sind, und so eine Lösung durch Zuordnung und Abwägung kollidierender Rechtsgüter zu entwickeln. Soweit sich nicht in seltenen Ausnahmefällen der Verfassung eine konkrete Schutzpflicht entnehmen lässt, die zu einem bestimmten Tätigwerden zwingt, bleibt die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts dem Gesetzgeber als dem dafür zuständigen staatlichen Organ überlassen."17

Vor diesem Hintergrund konsequent betont die Nichtraucherschutz-Entscheidung in einem obiter dictum (denn eine solche Regelung war dem BVerfG nicht zur Entscheidung vorgelegt worden), dass der Gesetzgeber angesichts der besonders hohen Bedeutung des grundrechtlich verbürgten Gesundheitsschutzes nicht gehindert gewesen wäre, ein striktes, ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten zu statuieren –

selbst um den Preis einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung der Inhaber von Kleingaststätten. Auch die besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von kleinen Gaststätten könnten den Gesetzgeber nicht zwingen, seinen Entschluss zur strikten Verfolgung überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter wie dem Gesundheitsschutz in einem nicht unerheblichen Gefährdungsbereich aufzugeben. ¹⁸

Auf der Gegenseite stehe ihm aber ebenso offen, ein Schutzkonzept zu wählen, das einerseits die konkurrierenden Interessen und (Verfassungs-)Rechtsgüter der Gastwirte und Raucher berücksichtigt und andererseits den Gesundheitsschutz der Nichtraucher denknotwendig relativiert und weniger stringent verfolgt. In diesem Fall sei es Sache der gesetzgebenden Gewalt, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben darüber zu bestimmen, welches Gewicht sie den konfligierenden Schutzgütern beimisst, und diese zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen. ¹⁹ In der verfassungsgerichtlichen Billigung dieser sich diametral gegenüberstehenden Regelungskonzepte wird offenbar, wie weitgehend die Verhältnismäßigkeitsprüfung als rechtsstaatliches Korrektiv durch den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum überlagert und letztlich entkernt worden ist.

bb) Das Prinzip der Folgerichtigkeit als Grenze der Einschätzungsprärogative

An dieser Stelle geht das BVerfG in seiner Nichtraucherschutz-Entscheidung einen entscheidenden Schritt weiter und engt den gesetzgeberischen Gestaltungsfreiraum ein. Neben das sog. Untermaßverbot, das erst verletzt ist, wenn der Gesetzgeber überhaupt keine, gänzlich ungeeignete bzw. völlig unzureichende Schutzvorkehrungen trifft²⁰, tritt als neue Schranke das Gebot der Folgerichtigkeit hinzu:

"Hat sich der Gesetzgeber auf Grund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch *folgerichtig* weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird. "²¹

StRspr., vgl. nur BVerfGE 50, 290 (332 ff.) – Mitbestimmung; 61, 291 (313 f.); 88, 203 (262 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II; 90, 145 (173 ff.) – Cannabis; 96, 56 (64); 110, 141 (157) – Kampfhunde; 111, 10 (38 ff.) – Ladenschlussgesetz.

¹⁶ BVerfG NJW 2008, 2409 (2413). Ebenso schon BVerfGE 13, 97 (116); 23, 50 (60) – stRspr. Vgl. aus der jüngeren Judikatur BVerfGE 101, 331 (350); 102, 197 (220); 113, 167 (252 f.).

¹⁷ BVerfG NJW 2008, 2409 (2414). Auch in BVerfGE 90, 145 (184 ff.) wurde das vom Gesetzgeber gewählte Schutzkonzept nicht nur im Rahmen der Geeignetheit und Erforderlichkeit, sondern auch auf der Ebene der Angemessenheit berücksichtigt. Vgl. ferner BVerfGE 88, 203 (264 ff.), in dem das Verfassungsgericht in Schwangerschaftskonflikten den Übergang zu einem Beratungskonzept billigte: "Der Gesetzgeber des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes hat den Wechsel im Schutzkonzept mit vertretbaren Einschätzungen vollzogen" (S. 264), "Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die aus dieser Analyse gewonnene Einschätzung des Gesetzgebers […]" (S. 265), "Es ist daher eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Einschätzung des Gesetzgebers […]" (S. 266).

¹⁸ Sehr kritisch zu diesen "weder veranlasst[en] noch in der Sache tragfähig[en]" Ausführungen äußert sich der Verfassungsrichter *Masing* in seinem Sondervotum, NJW 2008, 2409 (2421 f.). Der "Schutz der Bürger vor sich selbst" im Sinne einer "staatlichen Inpflichtnahme zu einem "guten Leben" sei mit der Freiheitsordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar. Mit seinem obiter dictum greife der Senat unzulässig in die Gesetzgebungspolitik über.

¹⁹ BVerfG NJW 2008, 2409 (2414 f.) unter Verweis auf BVerfGE 115, 205 (234).

²⁰ BVerfG NJW 2008, 2409 (2412). Ferner BVerfGE 46, 160 (164); 56, 54 (80 f.); 77, 381 (405); 79, 174 (200); 85, 191 (212); 92, 26 (46); 96, 56 (64).

²¹ BVerfG NJW 2008, 2409 (2415) – Hervorh. durch d. Verf.

Wenn der Gesetzgeber ein bestimmtes Regelungssystem wähle, bleibe das nicht ohne Auswirkungen auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Indem beispielsweise die Nichtraucherschutzgesetze die von Verfassung wegen nicht gebotenen Ausnahmen vom Rauchverbot für separate Raucherräume, für die Außengastronomie und (wie in Baden-Württemberg) für Bier-, Wein- und Festzelte vorsähen, würde das Ziel des Nichtraucherschutzes zugunsten der Interessen der Gaststättenbetreiber relativiert. Diese Gefahreneinschätzung und Interessenbewertung müsse aber auch konsequent verfolgt werden. Im Besonderen seien daher die Belange der Inhaber von Kleingaststätten zu berücksichtigen, welche überwiegend Stammgäste mit einer vergleichsweise großen Zahl von Rauchern ansprächen und in denen die Einrichtung separater Raucherräume regelmäßig nicht möglich sei. Für diese Gastwirte wirke das Rauchverbot faktisch absolut, sie würden nachweisbar erheblich stärker wirtschaftlich belastet als die Betreiber größerer Lokale. Die Außerachtlassung gerade ihrer Interessen sei vor dem relativierten Schutzkonzept der Nichtraucherschutzgesetze systemwidrig. Das Rauchverbot stelle insoweit einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung dar.²² Auf diesen Gedanken wird am Ende des Beitrags noch einmal zurückzukommen sein.

2. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Darüber hinaus verstößt auch das absolute Rauchverbot für Diskotheken nach Ansicht des BVerfG gegen Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Ausführlich wird nach dieser eher apodiktischen Feststellung jedoch nur eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes geprüft. Anders als die Inhaber der Einraumgaststätten erstrebe der Beschwerde führende Diskothekenbetreiber keine zusätzliche Ausnahme vom Rauchverbot, sondern wende sich dagegen, dass ihm ein bereits gesetzlich geregelter Ausnahmetatbestand vorenthalten werde. Der Gleichheitssatz verpflichte den Gesetzgeber aber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei sei ihm freilich nicht jede Differenzierung verwehrt: Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergäben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen würden.²³ Entsprechend der sog. Neuen Formel wird der Rechtfertigungsmaßstab also durch den Grad der Intensität der Ungleichbehandlung bedingt.²⁴

Im Folgenden argumentiert das Verfassungsgericht, eine Ungleichbehandlung sei regelmäßig dann von großer Intensi-

tät, wenn sie Personengruppen und nicht nur Sachverhalte betreffe. Obschon die Nichtrauchergesetze Württembergs und Berlins nicht etwa an persönliche Eigenschaften der Gastwirte, sondern an die Betriebsart anknüpfen - die Betriebsart ,Diskothek' wird von der Privilegierung ausgenommen, einen abgetrennten Nebenraucherraum errichten zu können -, mithin eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten vorliegt, stellen die Verfassungsrichter eine Diskriminierung von hoher Intensität fest: Die strengen Maßstäbe der Neuen Formel gälten nämlich auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirke.²⁵ Das Ergebnis überzeugt, nicht aber seine Begründung. Die Rechtsfigur der mittelbaren Ungleichbehandlung von Personengruppen verwischt die kategorische Unterscheidung und beraubt sie ihrer Abgrenzungsfunktion.²⁶ Denn kaum einmal wird sich nicht ein derartiger mittelbarer Personenbezug konstruieren lassen. Aussagekräftiger sind jene Kriterien, die das BVerfG in früheren Entscheidungen zu lediglich verhaltensbezogenen Ungleichbehandlungen entwickelt hat. Hiernach hänge der Grad der Intensität davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage seien, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Unterscheidungsmerkmale zu beeinflussen, inwieweit die Ungleichbehandlung sich an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverbote annähere und inwieweit sie sich auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken könne.²⁷ Letzteres Kriterium wäre auch in der Nichtraucherschutz-Entscheidung einschlägig gewesen, denn eine Beeinträchtigung (und sogar Verletzung) der Berufsfreiheit der Diskothekenbetreiber war zu diesem Zeitpunkt bereits festgestellt.

Führt die intensive Ungleichbehandlung nach dem eben Gesagten zu einem verschärften Prüfungsmaßstab, untersucht das BVerfG im Folgenden, ob sie durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist. Zwar wolle das absolute Rauchverbot in Diskotheken den Umständen Rechnung tragen, dass dort zum einen die Schadstoffkonzentration besonders hoch sei, was bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu einer stärkeren Inhalation führe, und zum anderen eine große Gefahr der Nachahmung durch jugendliche Gästen bestehe, jedoch seien diese Gründe nicht von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die Ungleichbehandlung tragen könnten. Dem gesteigerten Schutz der Diskothekenbesucher im Allgemeinen könne durch abgetrennte Raucherräume Rechnung getragen werden. Der Jugendschutz im Besonderen sei gewährleistet, wenn nur in solchen Diskotheken die Einrichtung von Raucherräumen erlaubt werde, die ausschließlich volljährigen Personen Zutritt gewähren.²⁸ Die Ungleichbehandlung

Zeitschrift für das Juristische Studium – www.zjs-online.com

²² BVerfG NJW 2008, 2409 (2416 f.). Vgl. auch *Michael*, JZ 2008, 875 (876), der in der Berücksichtigung ökonomischer Argumente, etwa den "empfindlichen Umsatzrückgängen" oder den existenzgefährdenden Folgen, eine "verschleierte Schutzbereichsverstärkung des Art. 12 Abs. 1 GG durch Aspekte der Eigentumsfreiheit" sieht.

²³ BVerfG NJW 2008, 2409 (2417). Ebenso BVerfGE 88, 87 (96); 89, 15 (22); 89, 365 (375); 91, 346 (362); 91, 389 (401); 110, 274 (291); 117, 1 (30).

²⁴ BVerfGE 55, 72 (88); bereits angedeutet in BVerfGE 34, 103 (115) – stRspr.

²⁵ BVerfG NJW 2008, 2409 (2417 f.) unter Verweis auf BVerfGE 88, 87 (96); 102, 41 (54); 104, 126 (144 f.); 107, 133 (141).

²⁶ Ähnlich kritisch *Sachs*, JuS 2008, 916 (919).

²⁷ BVerfGE 88, 87 (96); 95, 267 (316 f.); 99, 367 (388); 107, 27 (46). Vereinzelt werden diese Kriterien auch schon angewendet in BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (134); 62, 256 (274); 82, 126 (146).

²⁸ BVerfG NJW 2008, 2409 (2417 f.).

von Diskotheken und sonstigen Gaststätten verstoße im Ergebnis auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

3. Folgen der Verfassungswidrigkeit

Trotz der Verletzung der Berufsausübungsfreiheit und des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes tenoriert das BVerfG die angegriffenen Bestimmungen nur als verfassungswidrig, nicht aber als nichtig. Nur scheinbar weicht diese Unvereinbarkeitserklärung ohne Nichtigkeitsfolge von dem Grundsatz ab, dass verfassungswidrige Gesetze ex tunc und eo ipso nichtig sind. Zumindest beim sog. gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss hinsichtlich der Diskothekenbetreiber gilt: Nicht das absolute Rauchverbot für Diskotheken an sich ist unverhältnismäßig, sondern erst ihre Ausnahme von der Privilegierung der sonstigen Gaststätten, einen abgetrennten Raucherraum anzubieten; nicht eine einzelne Norm, sondern das Verhältnis verschiedener Normen zueinander ist verfassungswidrig.²⁹ Dieser Gedanke kann auch auf die Verletzung von Freiheitsgrundrechten wegen Verstoßes gegen das Folgerichtigkeitsprinzip bzw. das Gebot der Systemstimmigkeit übertragen werden. Auch hier stehen dem Gesetzgeber mindestens zwei Möglichkeiten zur Verfügung, den Systemverstoß zu beseitigen: Er kann dem Schutz der Gesundheit Vorrang geben und ein absolutes Rauchverbot einführen oder aber ein weniger strenges Schutzkonzept wählen und dieses folgerichtig und gleichheitsgerecht ausgestalten.³⁰ Der Sache nach geht es darum, den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu wahren.³¹

Wenn das BVerfG den Landesgesetzgebern für den Erlass verfassungskonformer Neuregelungen eine Frist bis zum 31.12.2009 setzt und die angegriffenen Bestimmungen auf Grundlage des § 35 BVerfGG bis dahin unter Auflagen für anwendbar erklärt, will es aber auch der hohen Bedeutung des Gesundheitsschutzes Rechnung tragen.³² Um die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers größtmöglich zu schonen, sein Regelungskonzept zu wahren und ihm nach Möglichkeit nicht vorzugreifen, erweitert es die Nichtraucherschutzgesetze lediglich um eine Ausnahme für Kleingaststätten, die eine Gastfläche von weniger als 75 m² aufweisen, keine zubereiteten Speisen anbieten, nur volljährigen Personen Zutritt gestatten und als Rauchgaststätte gekennzeichnet sind. Auch Diskotheken, zu denen keine minderjährigen Personen Zutritt haben, können in der Übergangszeit Raucherräume einrichten, sofern sich keine Tanzflächen in diesen befinden.³³

III. Auswirkungen des Prinzips der Folgerichtigkeit auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik

Neben ihrer (gesellschafts-)politischen Bedeutung hat die Nichtraucherschutz-Entscheidung vor allem durch ihre (Wieder-)Entdeckung des Prinzips der Folgerichtigkeit besonderes Aufsehen erregt und Kritik hervorgerufen. In einem abweichenden Sondervotum mahnt der Verfassungsrichter Bryde, man könne vom Gesetzgeber, der "ohnehin schon zwischen Untermaßverbot hinsichtlich einer möglichen Verletzung der Schutzpflicht und Übermaßverbot hinsichtlich der durch die Regelung Betroffenen eingeklemmt ist", "keine Folgerichtigkeit und Systemreinheit einfordern, die kein demokratischer Gesetzgeber leisten kann". Jedes Gesetzgebungsvorhaben sei massivsten Widerständen mächtiger Lobbys ausgesetzt und ermögliche häufig nur einen mehr oder minder durchlöcherten Kompromiss. Die Forderung einer Alles-oder-Nichts-Lösung gefährde die Reformfähigkeit der Politik.³⁴ Auch in der Literatur wird der vermeintliche Zwang kritisiert, entweder eine politisch kaum durchsetzbare Radikallösung zu wählen oder das gesetzgeberische Regelungskonzept durch zahlreiche Ausnahmen noch weitergehend als politisch ohnehin erforderlich zurückzunehmen. Vor allem aber wird die Verortung des Folgerichtigkeitsprinzips in der Prüfung der Freiheitsgrundrechte angegriffen. Die Freiheits- und Gleichheitsrechte vermengende Konstruktion eines "Grundrechts auf Konsequenz" führe letztlich dazu, eine Ungleichbehandlung, für die es hinreichende Gründe gebe, aufgrund von wirtschaftlichen Nachteilen, die den Betroffenen zumutbar seien, für verfassungswidrig zu erklären.³⁵ An anderer Stelle wird konstatiert, das Postulat der Folgerichtigkeit könne zu Rigorosität führen, die gegebenenfalls den Freiheitsrechten als Abwehrrechten und dem Übermaßverbot geradezu entgegen laufe. Das BVerfG verlasse und überschreite in bedenklicher Weise diese bewährten Strukturen des Übermaßverbots.³ Angesichts dieser grundsätzlichen Einwände ist im Folgenden zu klären, inwieweit dem Prinzip der Folgerichtigkeit tatsächlich Verfassungsrang zukommt (1.), welche Anforderungen es an den Gesetzgeber stellt (2.) und welche Auswirkungen es auf die herkömmliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit zeitigt (3.). Abschließend ist die Nichtraucherschutz-Entscheidung an diesen Vorgaben zu messen (4.).

1. Folgerichtigkeit als Verfassungsprinzip

a) Entwicklung in der Rechtsprechung des BVerfG

Der Topos der Systemstimmigkeit (auch als Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit bzw. negativ als Systemwidrigkeit umschrieben) findet sich schon im ersten Urteil des BVerfG angedeutet³⁷ und wurde in der Folgezeit zunächst als Maß-

²⁹ Vgl. auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 394 ff. (insb. Rn. 402).

³⁰ BVerfG NJW 2008, 2409 (2419).

³¹ Vgl. *Sachs*, JuS 2008, 916 (919). Ablehnend *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 404.

³² BVerfG NJW 2008, 2409 (2419). Ebenso schon BVerfGE 33, 303 (347 f.) – numerus clausus I; 73, 40 (101 f.: "rechtliches Vakuum") – 3. Parteispenden-Urteil; 99, 280 (298); 104, 74 (91), 105, 73 (133); 115, 276 (317 ff.) – Sportwetten; 116, 69 (92 f.) – Jugendstrafvollzug; 117, 163 (199).

³³ BVerfG NJW 2008, 2409 (2419 f.).

³⁴ Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420).

³⁵ Bäcker, DVB1 2008, 1180 (1183).

³⁶ *Michael*, JZ 2008, 875 (877), der sich im Übrigen dafür ausspricht, das Gebot der Folgerichtigkeit im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG als wirtschaftliche Wettbewerbsgleichheit zu rekonstruieren.

³⁷ In BVerfGE 1, 14 (45) wirft das Gericht in Anknüpfung an die rechtsstaatliche Bindung des Gesetzgebers die Frage auf,

stab steuerrechtlicher Vorschriften entwickelt. Die Systemwidrigkeit als Verletzung der vom Gesetz selbst statuierten Sachgesetzlichkeiten wurde dabei lediglich als Indiz für einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz betrachtet. 38 Entscheidend käme es darauf an, ob die Abweichung vom System "sachlich hinreichend gerechtfertigt" sei bzw. ob "plausible Gründe" für sie vorlägen, denn grundsätzlich stünde es dem Gesetzgeber frei, von seinem selbst gesetzten System abzuweichen.³⁹ Damit war der Grundsatz der Systemstimmigkeit zwar in den Rang eines Verfassungsprinzips erhoben, seine Verortung in Art. 3 Abs. 1 GG und die damit verbundene Beschränkung auf eine Willkürkontrolle marginalisierten jedoch seine Bedeutung in der Verfassungspraxis, denn nach der Willkürformel war der Gleichheitssatz nur bei einer evidenten Unsachlichkeit bzw. Ungerechtigkeit als verletzt anzusehen. 40 Selten war und wird dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber indes vorzuwerfen sein, seine gesetzliche Regelung entbehre subjektiv wie objektiv jeglicher sachlicher Begründung.41

Mit der sog. Neuen Formel hat das BVerfG im Jahr 1980 nicht nur einen nach Intensität der Ungleichbehandlung differenzierenden Rechtfertigungsmaßstab eingeführt (s. o.), sondern auch ausdrücklich klargestellt – diese zweite Aussage hat bislang wenig Beachtung gefunden –, dass anhand dieses Maßstabes auch die Systemstimmigkeit einer Maßnahme zu prüfen ist, was aufgrund ihrer dogmatischen Verortung in Art. 3 Abs. 1 GG eigentlich ohnehin eine Selbstverständlichkeit ist. Wird also ein gesetzliches System durchbrochen und weist diese Durchbrechung eine gewisse Intensität auf, so kann sie nur durch Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden, die in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen.⁴²

"ob gewisse in einem inneren Zusammenhang zueinander stehende Bestimmungen [eines] Gesetzes […] in sich widerspruchsvoll und deshalb nichtig" sein können. Siehe zum Ganzen auch *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. 2. (im Erscheinen).

³⁸ BVerfGE 34, 103 (115) – zum Körperschaftssteuerrecht. Ebenso schon BVerfGE 9, 20 (28) – zur Berücksichtigung von Vermögen und Einkommen des Partners einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft für die Arbeitslosenhilfe; BVerfGE 13, 331 (340) – zur Gewerbesteuer bei Kapitalgesellschaften. ³⁹ BVerfGE 9, 20 (28); 13, 31 (38); 18, 315 (334); 81, 156 (207); 104, 74 (87). Vgl. hierzu auch *Zacher*, AöR 93 (1968), 341 (352 ff.).

⁴⁰ BVerfGE 12, 326 (333); 14, 221 (238). Nach BVerfGE 9, 201 (206); 14, 221 (238 f.); 17, 319 (330); 18, 121 (124) habe der Gesetzgeber eine sehr weite Gestaltungsfreiheit. Es sei nicht Sache des Verfassungsgerichts zu überprüfen, ob er die jeweils gerechteste und zweckmäßigste Lösung getroffen hat, sondern lediglich, ob die äußeren Grenzen gewahrt seien.

⁴¹ Ebenso *Wendt*, NVwZ 1988, 778 (780).

⁴² BVerfGE 55, 72 (88): "Demgemäß ist dieses Grundrecht [Art. 3 Abs. 1 GG] vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Ge-

In der Nichtraucherschutz-Entscheidung ist das Gebot der Folgerichtigkeit zum ersten Mal nun auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Freiheitsrechte expressis verbis berücksichtigt worden, ohne freilich eine nähere Konkretisierung erfahren zu haben. ⁴³

b) Maßstab der Systemstimmigkeit

Deutlich hervorzuheben ist der Bezugspunkt: Die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Folgerichtigkeit einer Regelung hat grundsätzlich am Maßstab des betreffenden Teilsystems zu erfolgen, in welches die Norm eingebettet ist, bezieht also keine über- oder nebengeordneten Rechtssysteme mit ein. Wird etwa die Regelung eines Umweltgesetzes, eines berufsregelnden Gesetzes (HandwO, Hufbeschlaggesetz, ApoG etc.) oder, wie hier, des Nichtraucherschutzgesetzes auf ihre Systemstimmigkeit überprüft, ist nur das System der jeweiligen Teilrechtsordnung maßstabsbildend.⁴⁴ Diese

wicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 22, 387 [415]; 52, 277 [280]). Diesen Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht namentlich im Zusammenhang mit Versuchen hervorgehoben, aus einem Gesetzeswerk eine den Gesetzgeber bindende Sachgesetzlichkeit herzuleiten und eine Systemwidrigkeit als Verletzung des Gleichheitssatzes zu beanstanden (BVerfGE 34, 103 [105])." (Hervorh. durch d. Verf.). Siehe auch bereits BVerfGE 46, 97 (107 ff.). Ferner Stern, in: Stern, Staatsrecht, III/2, 1994, § 96 IV 9, S. 1830: "Insgesamt will der Gleichheitssatz Objektivität, Sachgerechtigkeit, Systemtreue und Folgerichtigkeit des gesetzgeberischen Handelns im Grundsätzlichen sichern."

⁴³ Angedeutet hatte sich diese Rechtsprechung bereits in der Entscheidung des BVerfG zum staatlichen Sportwettenmonopol, das aufgrund des Widerspruchs zwischen gesetztem Ziel (Eindämmung der Spielsucht) und tatsächlicher bzw. rechtlicher Ausgestaltung (z.B. exzessive Werbung für staatliches Lotto, Toto etc.) für verfassungswidrig erklärt worden ist (BVerfGE 115, 276 [311]): "Die mit erheblichen Einnahmeeffekten für den Staat einhergehende Eröffnung eines Betätigungsfeldes für die in der Bevölkerung vorhandene Wettleidenschaft lässt nicht ohne weiteres eine konsequente und wirkliche Ausrichtung an der Bekämpfung und Begrenzung von Wettsucht und problematischem Spielverhalten erkennen." (Hervorh. durch d. Verf.). Vgl. ferner das Sondervotum der Richter Papier, Jaeger, Hömig und Hoffmann-Riem zur Ladenschluss-Entscheidung, BVerfGE 111, 10 (43 ff.): "Bei der Prüfung der Angemessenheit der Zuordnung der verfolgten Zwecke und der eingesetzten Mittel kann das Ziel eines besonderen Arbeitszeitschutzes im Einzelhandel nur mit dem Gewicht berücksichtigt werden, das der Gesetzgeber ihm nach seinem Konzept erkennbar noch zumisst. [...] Das jetzt geschaffene System enthält viele Unstimmigkeiten [...]. Der Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz folgt daher aus den gleichen Gründen, die zur Verfassungswidrigkeit der Regelung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG führen." ⁴⁴ Etwa wurde in BVerfGE 34, 118 (130 f.) entschieden, dass der Ausschluss eines Schmerzensgeldanspruches im gesetzlichen Unfallversicherungsrecht (§§ 636 Abs. 1 S. 1, 637

auf eine 'Binnenbetrachtung' reduzierte Untersuchung der Systemstimmigkeit eines Gesetzes ist damit streng zu unterscheiden von der weitergehenden Rechtsfigur der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, die das BVerfG in seiner Entscheidung zu den landesrechtlichen Abfallabgaben bzw. kommunalen Verpackungssteuern entwickelt hatte, mittlerweile aber zu Recht wieder aufgegeben zu haben scheint. 45 Der Topos der Einheit der Rechtsordnung ist angesichts der unzähligen Gesetze und Verordnungen mit ihren jeweils eigenen Sachgesetzlichkeiten, Zielen und Instrumenten, angesichts des föderativ gewünschten Pluralismus und der heterogenen Gemengelage aus originär mitgliedstaatlichen und aus gemeinschaftsrechtlich determinierten Regelungen schon im Grundsätzlichen zu hinterfragen; erst recht ist er kein praktikables Korrektiv der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit.46

Verengt man den verfassungsrechtlichen Blickwinkel auf die jeweilige Teilrechtsordnung, lässt sich als grundlegende Aussage der Neuen Formel des BVerfG festhalten, dass der Gesetzgeber Ausnahmen und Durchbrechungen von seinem selbst statuierten System nicht nur als Ungleichbehandlung konkreter Vergleichsgruppen, sondern auch vor der Systemstimmigkeit als Verfassungsprinzip am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen hat.⁴⁷

Abs. 1 Reichsversicherungsordnung – RVO) keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstelle, obwohl nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln bei deliktischem Handeln ein immaterieller Schadensersatz zu leisten ist (§ 847 BGB a.F. bzw. § 253 BGB n.F.). Hierzu auch *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 3 I Rn. 313a, Stand: Juni 2002. Kritisch zu diesem "Binnendenken" *Zacher*, AöR 93 (1968), 341 (insb. 354 f.). Hierzu im Allgemeinen siehe *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. (im Erscheinen).

⁴⁵ Nach BVerfGE 98, 83 (97 ff.); BVerfGE 98, 106 (119) widersprächen landesrechtliche Abfallabgaben bzw. kommunale Verpackungssteuern aufgrund ihrer Lenkungswirkung dem Kooperationsprinzip als Grundentscheidung des BImSchG bzw. des KrW-/AbfG. Der Steuergesetzgeber dürfe die vom Sachgesetzgeber getroffene Entscheidung für kooperative, mittelbare Steuerungsformen nicht durch Lenkungsregelungen verfälschen, deren verhaltensbestimmende Wirkungen dem Kooperationsprinzip zuwiderliefen. Nochmals aufgegriffen, aber für nicht streitentscheidend befunden wird das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in BVerfGE 116, 164 (186).

⁴⁶ Kritisch zur Rechtsfigur der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung auch *Heintzen*, in: Dolzer/Vogel (Hrsg.), BK, GG, Art. 70 Rn. 62, Stand: Dezember 2003; *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 (594 ff.); *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 70 Rn. 23; *Sendler*, NJW 1998, 2875 ff.

⁴⁷ Insoweit irrt *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (194), dem zufolge nur eine fiktive, nicht an Art. 3 Abs. 1 GG messbare Ungleichbehandlung vorliege, da ein Gegenstand in seiner gesetzlichen Behandlung mit einem entsprechenden Gegenstand in seiner imaginären, gerade nicht in einem Gesetz vorgesehenen Behandlung verglichen werde. Stets werden

c) Aussagelosigkeit des Folgerichtigkeitsprinzips?

Dieser Befund veranlasst zu der kritischen Frage, inwieweit dem Prinzip der Folgerichtigkeit über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus ein eigener Aussagegehalt zukommt. 48 Die Folgerichtigkeit als Wettbewerbsgleichheit bzw. als spezifisch wirtschaftsrechtliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu begreifen, der über das bloße Willkürverbot hinaus zu einer Prüfung von Wettbewerbsverzerrungen am strengen Maßstab der Verhältnismä-Bigkeit veranlasse, greift zu kurz. 49 Einmal, weil der Grundsatz der Systemstimmigkeit in seinem Anwendungsbereich nicht auf Eingriffe in Wirtschaftsgrundrechte reduziert werden kann, zum anderen, weil bei Betroffenheit von (Wirtschafts-)Grundrechten nach der Neuen Formel ohnehin ein verschärfter Rechtfertigungsmaßstab gilt. Das Folgerichtigkeitsprinzip wäre insoweit tatsächlich aussage- und bedeutungslos.

Zu weit ginge hingegen eine absolute Systembindung des Gesetzgebers, die ihn strikt an systemprägende, ältere Normen, die unter Umständen noch aus früheren Legislaturperioden stammen, binden wollte; in diesem Fall würde tatsächlich eine "Gefahr der Verkrustung des Rechts" drohen. ⁵⁰ Es versteht sich von selbst, dass der Gesetzgeber sein selbst geschaffenes System jederzeit modifizieren, teilweise oder ganz abschaffen oder ersetzen können muss, ohne strikt an das Vorhandene gebunden zu sein (lex posterior derogat legi priori). Die unbestrittene Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums darf aber nicht zu der Annahme verleiten, die Bestimmung eines Systems sei dort, wo unterschiedliche und widerstreitende Gesetzesziele bestünden, aufgrund der vorhandenen Brüche und Verwerfungen unmöglich.⁵¹ In eine ähnliche, falsche Richtung geht die Überlegung, dass der Gesetzgeber durch jede einzelne Ausnahme, die er seinem Regelwerk hinzufügt, zugleich auch das System verändert. Ein genauerer Blick auf die jeweils einschlägigen Teilrechtsordnungen zeigt, dass sich aus einem Gesetz (etwa seinen Zielbestimmungen, seinen grundlegenden Instrumen-

sich jedoch auch gesetzlich geregelte, konkrete Vergleichsgruppen finden lassen; im Falle der Nichtraucherschutzgesetze werden beispielsweise die Einraumgaststätten und Diskotheken einerseits und die sonstigen Gaststätten andererseits ungleich behandelt.

⁴⁸ Jarass, AöR 126 (2001), 588 (595 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 29; Sendler, NJW 1998, 2875 (2876), verkürzen die Prüfung der Systemstimmigkeit gar auf eine Willkürkontrolle. Ähnlich auch C. Brüning, NVwZ 2002, 33 (35 f.); Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 2. Aufl. 2000, § 124 Rn. 231 f. Ausführlicher hierzu Bulla, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. 3. (im Erscheinen).

⁴⁹ So aber *Michael*, JZ 2008, 875 (878).

⁵⁰ *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (204 ff.). Mit ähnlicher Tendenz *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 96 f., S. 299 f. und S. 313 f., der den Verlust der Offenheit der Verfassung anmahnt und die Freiheit des Gesetzgebers nicht über die "normalen" Verfassungsgehalte hinaus beschränken will.

⁵¹ So aber *Müller*, GewArch 2007, 361 (367).

ten etc.), zumindest aber aus der Gesetzesbegründung sehr wohl ein Regel-Ausnahme-Verhältnis extrapolieren lässt, an welches das Prinzip der Folgerichtigkeit anknüpfen kann.

2. Anforderungen an den Gesetzgeber

a) Bestimmung des Systems

Im Regel-Ausnahme-Verhältnis eines Gesetzes, genauer: in seinem System, liegt des Pudels Kern. Ohne eine exakte Bestimmung des inneren Systems lässt sich auch keine Aussage über seine Stimmigkeit bzw. über die Folgerichtigkeit einer Rechtsnorm treffen. Begriffsnotwendig kann ein System nicht aus einem einzelnen Element bestehen, sondern setzt sich aus mehreren unterscheidbaren normativen Entscheidungen des Gesetzgebers zusammen, etwa in Form von System konstituierenden Grundwertungen, Einzelwertungen und sonstigen Rechtssätzen einer (Teil-)Rechtsordnung.⁵² Seine Mindestbestandteile bilden eine Regel, die der Umsetzung des Grundprinzips der jeweiligen Ordnung dient, und eine Ausnahme, die ein anderes neben- oder untergeordnetes Prinzip verwirklicht. Am Beispiel der baden-württembergischen und berlinerischen Nichtraucherschutzgesetze ist der Gesundheitsschutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens die Regel und der tragende Grundsatz, die Exemtionen für abgetrennte Nebenräume, Bier-, Wein- und Festzelte sind die diese Regel relativierenden Ausnahmen.⁵³ Das Mehrheitsvotum der Nichtraucherschutz-Entscheidung zieht hieraus den Schluss, die Gesetzgeber verfolgten das Ziel eines relativierten, teilweise zugunsten der Freiheitsrechte von Gaststättenbetreibern und Rauchern zurückgenommenen Gesundheitsschutzes.54

Der teilweise vorgebrachte Einwand, in der Systembestimmung liege eine verfassungsrechtlich bedenkliche "legis-

⁵² Nach *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 46 f., sind nur die *Grund*wertungen, nicht aber sämtliche *Einzel*wertungen eines Gesetzes systemkonstituierend. Zum Begriff des inneren Systems erstmals *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 139 ff. (insb. S. 142 f.: "sachlicher Zusammenhang zwischen den hervorgebrachten Gedanken"); ferner *Rüthers*, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007, Rn. 751. Kritisch hinsichtlich der Rückführbarkeit von Rechtsnormen auf wenige tragende Grundsätze *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008,

S. 62 ff. (insb. S. 66 f.). Siehe ausführlicher auch *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. und IV. (im Erscheinen).

⁵³ Vgl. die Gesetzesbegründung zum BadWürttNRSG, LT-Drs. 14/1359, S. 8: "Mit dem vorliegenden Gesetz wird ein umfassender Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens angestrebt. Gesetzliche Rauchverbote sind ein wichtiger Schritt, um dies auch in rechtlicher Hinsicht zu gewährleisten." Ferner die Gesetzesbegründung zum BerlNRSG, Abgeordnetenhaus-Drs. 16/0716, S. 10: "Durch das Gesetz sollen die Bürgerinnen und Bürger wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen geschützt werden."

⁵⁴ BVerfG NJW 2008, 2409 (2415). Siehe hierzu nochmals unter III. 4.

latorische Definition des Grundrechtsschutzes", überzeugt nicht. Ohne Zweifel bindet Art. 1 Abs. 3 GG alle staatliche Gewalt und damit auch den Gesetzgeber an die Grundrechte. Ebenso unbestritten ist das verfassungsrechtliche Gewicht des Gesundheitsschutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht Folge gesetzlicher Wertungen, sondern deren Maßstab (*Masing*). ⁵⁵ Wenn der Gesetzgeber aber ein Regelungs- bzw. Schutzkonzept statuiert, ist er grundsätzlich nicht nur einem einzigen, gleichsam isolierten Grundrecht verpflichtet, hier also dem Schutz von Leben und Gesundheit der Nichtraucher; stets hat er auch entgegengesetzte, ebenfalls grundrechtlich geschützte Verfassungsrechtsgüter wie vorliegend die Freiheitsrechte der Raucher (Art. 2 Abs. 1 GG) und Gastwirte (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen und die konfligierenden Interessen zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen. Mit anderen Worten wird nicht der Grundrechtsschutz, sondern das einfachgesetzliche Schutzkonzept von der Legislative definiert. Eben hierfür wird ihr ein Wertungs- und Gestaltungsspielraum eingeräumt. Eine andere Frage ist es, wie diese gesetzgeberische Einschätzungsprärogative, die de facto auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit determiniert (s.o.), wieder rechtsstaatlich umhegt werden kann.

b) Begründungs- und Rechtfertigungspflichten

Was ist nun, um die zuvor artikulierte Frage wiederaufzugreifen, mit dem Prinzip der Systemstimmigkeit über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus gewonnen? Der Topos der Systemstimmigkeit respektive Folgerichtigkeit beschreibt das Passen einer gesetzgeberischen Entscheidung in das vorhandene Rechtssystem⁵⁶; auf der Gegenseite lässt sich die Systemwidrigkeit als Verhalten des Gesetzgebers im Widerspruch zu seinen eigenen Prinzipien fassen.⁵⁷ Der Gesetzgeber muss also seine Entscheidungen, schafft er kein umfassendes neues System, was der Ausnahmefall sein wird, in das bestehende Regelungskonzept einfügen; er muss die bestehenden Wertungen und Grundentscheidungen berücksichtigen – zumindest im Sinne einer argumentativen Auseinandersetzung.

Aus der herkömmlichen, bipolaren Prüfung des Gleichheitssatzes wird eine multipolare Prüfung der Systemstimmigkeit. Nicht nur die Ungleichbehandlung einer Personengruppe oder eines Sachverhaltes mit einer anderen Vergleichsgruppe, sondern das stimmige Einfügen einer Maßnahme in ein mitunter komplexes System wird zum Prü-

⁵⁵ Vgl. *Cornils*, ZJS 2008, 660 (662 f.) (in dieser Ausgabe), und das Sondervotum *Masing*, NJW 2008, 2409 (2421).

⁵⁶ Vgl. *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 25. *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (177), versteht die Systembindung als die Bindung des Gesetzgebers an von ihm selbst zuvor aufgestellte normative Strukturen, Ordnungsprinzipien oder Wertungen eines Rechtsbereichs. Ähnlich *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 46 ff., der den Systembegriff als folgerichtige Durchführung einer axiomatischen oder teleologischen Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien definiert.

⁵⁷ Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, S. 4.

fungsgegenstand. Hat sich der Gesetzgeber also für ein bestimmtes System und insbesondere für ein bestimmtes Schutzkonzept entschieden, muss er dieses konsequent weiterverfolgen. Abweichungen und Durchbrechungen von einem bestehenden System sind ihm zwar nicht verwehrt, er muss sie aber hinreichend rechtfertigen. In dieser Begründungspflicht, der gleichsam umgekehrten Argumentationslast der Systemkonformität liegt die eigentliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der Folgerichtigkeit.

c) Konkrete Handlungsanweisungen an die Legislative

Soll der Grundsatz der Folgerichtigkeit über ein akademisches Gedankenspiel hinaus einen praktischen Nutzwert haben, muss der Versuch unternommen werden, konkrete Handlungsanforderungen an die Legislative zu entwickeln.⁵ Führt der Gesetzgeber ein neues Regelungsregime ein oder reformiert er ein bestehendes grundlegend, sollte er die legitimierende Zwecksetzung hinreichend deutlich herausstellen. Neben den primären Gesetzeszwecken, die auch bislang zumindest mithilfe der Gesetzesmaterialien ausgelegt werden konnten, wären vor allem auch die sekundären und ggf. tertiären Zwecke, die den Ausnahmen vom Grundkonzept der jeweiligen Teilrechtsordnung zugrunde liegen, explizit zu benennen. Es böte sich an, die verschiedenen Haupt- und Nebenzwecke nicht nur in der Gesetzesbegründung zu umschreiben, sondern, wie es insbesondere in Gemeinschaftsrechtsakten und in jüngeren Gesetzen, etwa im Umwelt- und Öffentlichen Wirtschaftsrecht, üblich geworden ist, in einer einleitenden Norm zu definieren.

Wichtiger noch wäre, dass der Gesetzgeber das Verhältnis von primären zu sekundären bzw. tertiären Gesetzeszwecken bestimmt. Um den Hauptzweck und die untergeordneten Ziele eines Gesetzes in Einklang, gleichsam in eine Art 'praktische Konkordanz', zu bringen, könnte die raumordnungsrechtliche Figur des *Gegenstromprinzips* gedanklich übertragen werden. Die gesetzliche Ausprägung und Auslegung der Unter- bzw. Nebenziele hätten sich in das durch den primären Gesetzeszweck konstituierte Grundkonzept einzu-

fügen; umgekehrt würde der Primärzweck durch die untergeordneten Ziele modifiziert und relativiert. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtsklarheit und um eine einheitliche Rechtsanwendung zu ermöglichen, sollte der Gesetzgeber dieses Zusammenspiel (zumindest in seiner Gesetzesbegründung) nachvollziehbar machen.

Der Gesetzgeber wäre damit nicht absolut, wohl aber relativ an das von ihm konstituierte System der jeweiligen Teilrechtsordnung gebunden. Insbesondere, wenn er ein bestehendes Grundkonzept durchbrechen will, hätte er die Auswirkungen des Neuen auf das Vorhandene zu bewerten und etwaige Wertungswidersprüche und Systemdurchbrechungen hinreichend zu begründen. Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit könnte so eine Besinnungs- und Disziplinierungsfunktion gegenüber dem Gesetzgeber entfalten; aus Sicht des Bürgers käme ihm eine Klarstellungsfunktion zu. In nuce würde das Prinzip der Systemstimmigkeit in Gestalt der Pflicht zur Systemberücksichtigung den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz um rechtsstaatliche Begründungserfordernisse anreichern; der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit würde eine gewisse Pflicht zur Gestaltungsgleichheit gegenübergestellt.

3. Konsequenzen für die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁶¹

a) Konnexität von Freiheits- und Gleichheitsverstößen

Das eigentliche Novum der Nichtraucherschutz-Entscheidung liegt jedoch nicht in der Renaissance des Folgerichtigkeitsprinzips, sondern in dessen erstmaliger Übertragung auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung eines Eingriffs in ein Freiheitsgrundrecht. Keineswegs wird der Gesetzgeber damit, wie Bryde in seinem Sondervotum konstatiert, zwischen Untermaßverbot und Übermaßverbot eingeklemmt; keineswegs steht der Gesetzgeber einzig vor der Alternative einer (politisch nicht durchsetzbaren) Radikallösung oder einer durch zahlreiche Ausnahmen bedingten Selbstaufgabe seines Steuerungsanliegens. 62 Das Gebot der Systemstimmigkeit auch auf die Prüfung von Eingriffen in Freiheitsgrundrechte anzuwenden macht nicht nur Sinn, sondern ist geboten. Mit der Neuen Formel hat das Verfassungsgericht klargestellt, dass Gleichheits- und Freiheitsgrundrechte insoweit nicht beziehungslos nebeneinander stehen, als eine Beeinträchtigung von Freiheitsgrundrechten zugleich den Rechtfertigungsmaßstab für Ungleichbehandlungen verschärft. Ein solcher Zusammenhang lässt sich aber auch in umgekehrter Richtung ableiten: Eine intensive Ungleichbehandlung würde demnach einen strengeren Rechtfertigungsmaßstab für Eingriffe in Freiheits-

⁵⁸ Ähnlich auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, Rn. 114 und 116; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Abs. 1 Rn. 45 (insb. Fn. 231); *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2008, § 28 Rn. 16. Vgl. auch *Baumeister*, GewArch 2007, 310 (317), der – im Übrigen eher kritisch gegenüber der Folgerichtigkeit als Verfassungsprinzip – darauf hinweist, dass mit steigender einfachgesetzlicher Regelungsdichte auch die Bindungen des Gesetzgebers zunähmen.

⁵⁹ Siehe hierzu auch *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 II. 2. (im Erscheinen).

⁶⁰ Nach § 1 Abs. 3 Raumordnungsgesetz vom 18.8.1997 (BGBl. I, S. 2081) soll die "Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume […] sich in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamtraums einfügen; die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Gesamtraums soll die Gegebenheiten und Erfordernisse seiner Teilräume berücksichtigen (Gegenstromprinzip)."

⁶¹ Siehe hierzu ausführlicher *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 III. (im Erscheinen).

⁶² Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420); ähnlich Sondervotum *Masing*, NJW 2008, 2409 (2421). Siehe auch *Bäcker*, JZ 2008, 1180 (1183); *Michael*, JZ 2008, 875 (877). Kritisch zur "überraschend[en] und fragwürdig[en]" Verortung des Folgerichtigkeitsgedankens im freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch *Cornils*, ZJS 2008, 660 (663 vor Fn. 13) (in dieser Ausgabe).

rechte bedingen. Der allgemeine Gleichheitssatz würde mit neuem, die Freiheitsrechte verstärkendem Gehalt erfüllt.

Die Intensität einer Ungleichbehandlung kann nun freilich nicht, soll eine petitio principii vermieden werden, mit ihren nachteiligen Folgen für den Gebrauch von Freiheitsrechten begründet werden. Als ebenso eindeutiger wie praktikabler Ersatz bietet sich hier das Gebot der Folgerichtigkeit an. Steht eine diskriminierende Regelung im Widerspruch zum System der Teilrechtsordnung oder durchbricht es dieses gar, wirkt sie intensiver als eine systemkonforme Ungleichbehandlung. Nicht nur dürfte sich der Betroffene regelmäßig stärker benachteiligt fühlen, wenn er in Durchbrechung des gesetzlichen Regelungskonzeptes, dem er unterworfen ist und das er anzuerkennen hat, diskriminiert wird, auch die Systematik der Teilrechtsordnung spricht in diesem Fall wider die Beibehaltung der inkonsequenten Regelung. Liegt eine intensive, da systemwidrige Ungleichbehandlung vor, ist somit der Rechtfertigungsmaßstab für Eingriffe in Freiheitsrechte zu verschärfen. Einen tauglichen Ansatzpunkt bietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

b) Modifizierte Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Nach herkömmlichem Verständnis ist eine Maßnahme verhältnismäßig, wenn sie einem legitimen Ziel dient sowie geeignet, erforderlich und angemessen (= verhältnismäßig i.e.S.) ist. Insbesondere die Prüfung der Geeignetheit ist in der verfassungsgerichtlichen Praxis indes zu einem weitgehend inhaltsleeren Formalismus verkommen. Für die Geeignetheit eines Mittels genügt, wenn es zur Zielerreichung förderlich ist bzw. zumindest hierzu beitragen kann; weder muss es das bestmögliche oder am besten geeignete sein noch in jedem Einzelfall Wirkung entfalten. Hinzu kommt, dass das BVerfG unter Rekurs auf die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative seine Kontrolldichte häufig noch weiter zurücknimmt und lediglich prüft, ob das eingesetzte Mittel schlechthin ungeeignet oder evident untauglich ist.

Hier bietet sich eine Verschärfung des Rechtfertigungsmaßstabes an. Liest man das Folgerichtigkeitsprinzip in das Gebot der Geeignetheit hinein, ist nicht mehr nur eine einzelne Maßnahme isoliert auf ihre Eignung hin zu untersuchen, sondern müssen auch ihre Implikationen auf das Gesamtsystem und ihre Interferenzen mit den sonstigen innerhalb der Teilrechtsordnung vorgesehenen Instrumenten bedacht werden. Grundsätzlich verbleibt dem Gesetzgeber zwar ein weitgehender Gestaltungsspielraum; dieser findet jedoch seine Grenze dort, wo offenkundig konfligierende Instrumente eingesetzt werden. Sieht er also mehrere Instrumente mit gegebenenfalls unterschiedlicher Zwecksetzung vor, muss er ihre Auswirkungen aufeinander und auf das Gesamtsystem berücksichtigen. Widersprechen sich die eingesetzten Mittel in Zwecksetzung und Wirkung so weitgehend, dass sie sich gegenseitig neutralisieren, kann das Erreichen des jeweils verfolgten (primären oder sekundären) Gesetzeszweckes gefährdet werden. Insbesondere wenn sich die Wertungswidersprüche kumulieren, kann die Eignung einer Maßnahme schließlich ganz entfallen. Aus der bipolaren Prüfung der Geeignetheit würde eine pluripolare Untersuchung der Systemstimmigkeit.

Veranschaulichen lassen sich die Auswirkungen eines so verstandenen Prinzips der Folgerichtigkeit beispielsweise am Großen Befähigungsnachweis der Handwerksordnung: An sich wäre der Meisterzwang als Eröffnungskontrolle zwar geeignet, Gefahren für Gesundheit und Leben Dritter vorzubeugen, indem er ein hohes Qualifikationsniveau der handwerklich Tätigen gewährleistet 65; tatsächlich wird das Prinzip der geprüften Qualifikation jedoch durch zahlreiche inkonsequente Ausnahmen für Reisegewerbe, Industriebetriebe, Kleingewerbe, Hilfs- und Nebenbetriebe, die ohne Befähigungsnachweis betrieben werden können sowie durch Privilegierungen für EG-Handwerker, Hochschulabsolventen und eingesessene Meister anderer Handwerksberufe durchlöchert. 66 Es ist vornehmlich diese systematische Inkonsequenz der Handwerksordnung, die den Großen Befähigungsnachweis seine Eignung nimmt und ihn unverhältnismäßig werden lässt.6

Ein Verstoß gegen das Gebot der Systemstimmigkeit kann sich unter Umständen auch aus einem gesetzgeberischen Unterlassen ergeben: Errichtet etwa der Gesetzgeber ein staatliches Wettmonopol u.a. zu dem legitimen Zweck, die Spiel- und Wettsucht in der Bevölkerung zu bekämpfen⁶⁸, muss er auch durch rechtliche Rahmenbedingungen sicherstellen, dass der Staat das Wettverhalten seiner Bürger (wie geschehen) nicht durch aggressive Werbekampagnen fördert und sein Monopol vornehmlich zur Einnahmeerzielung ausnutzt. Andernfalls ist der massive Eingriff in die Freiheit der Berufswahl privater Wettanbieter verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.⁶⁹

Der Nachteil einer dergestalt modifizierten Prüfung der Verhältnismäßigkeit liegt auf der Hand: Das Übermaßverbot wird seiner Schlichtheit und Eindeutigkeit beraubt. Doch ist die überkommene Simplifizierung noch angemessen angesichts der vielschichtigen Zwecksetzungen moderner Geset-

⁶³ BVerfGE 63, 88 (115); 67, 157 (175); 96, 10 (23 ff.). Ferner *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 20 VII Rn. 112, Stand: November 2006; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 84.

⁶⁴ BVerfGE 25, 1 (17 und 19 f.); 50, 290 (333 ff.) – stRpsr. Aus neuerer Zeit BVerfGE 103, 293 (307); 104, 337 (347 f.); 105, 17 (34), 110, 141 (158). Siehe auch *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 151; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 182; *Stern*, in: Stern, Staatsrecht III/2, 1994, § 91 V 3, S. 1352.

⁶⁵ Vgl. § 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung – HandwO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 24.9.1998, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.9.2007 (BGBl. I, S. 2246).

⁶⁶ Vgl. § 1 Abs. 2, §§ 2, 3 und 7a ff. HandwO.

⁶⁷ Hierzu ausführlich *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 IV. (im Erscheinen).

⁶⁸ Zu dem repressiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt siehe § 1, § 5 Abs. 4 und §§ 6, 7 des Staatsvertrages zum Lotteriewesens in Deutschland (BayGVBl. 2004, S. 230).

⁶⁹ BVerfGE 115, 276 (304 und insb. 311 ff.).

ze, in denen regelmäßig mehrere legitime Ziele umgesetzt werden, miteinander interagieren und teilweise in Konflikt geraten? Während bislang Systemwidersprüche (so sie denn überhaupt thematisiert werden) als ,soft issues' in der Gesamtabwägung aller tangierten Belange unterzugehen drohen, verspricht das Prinzip der Folgerichtigkeit, die Geeignetheit zu einem vergleichsweise harten Prüfungselement der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung aufzuwerten. Der Gesetzgeber sähe sich gezwungen, sowohl die Auswirkungen der einzelnen Instrumente auf das Gesamtsystem als auch die Wirkung des Gesamtsystems auf die einzelnen Instrumente, insbesondere also das Verhältnis von Regel und gesetzlichen Ausnahmetatbeständen zu berücksichtigen. Grundlage hierfür ist wiederum eine hinreichende Begründung seiner verschiedenen sich verstärkenden, konkurrierenden oder überlagernden Gesetzeszwecke. Werden Wertungswidersprüche nicht hinlänglich gerechtfertigt, droht eine Maßnahme am Übermaßverbot zu scheitern.

4. Kritische Würdigung der Nichtraucherschutz-Entscheidung

Nimmt man vor diesem Hintergrund die Nichtraucherschutz-Entscheidung des BVerfG nochmals in den Blick, ist sie weniger in ihrem Ergebnis als in der Begründung kritikwürdig. Tatsächlich vermittelt sie den Anschein, als wolle sie den Gesetzgeber vor die Alternative stellen, entweder eine politisch kaum durchsetzbare Radikallösung oder ein von zahlreichen Ausnahmen verwässertes Regelungskonzept zu wählen, dem kaum noch eine Steuerungswirkung zukäme. 70 Auch der Verfassungsrichter Masing mahnt eingangs seines ausführlichen Sondervotums: "Der Senat schlägt dem Gesetzgeber ohne Grund ein von diesem entwickeltes Konzept für einen anspruchsvollen, aber ausbalancierten Nichtraucherschutz aus der Hand [...] und öffnet zugleich den Weg für eine Extremlösung, die mangels Interessenausgleichs unverhältnismäßig ist und die Gefahr paternalistischer Bevormundung birgt". Masing zufolge hätten die Nichtraucherschutzgesetze das durchaus stringente Schutzkonzept eines "grundsätzlichen Vorrangs des Schutzes von Nichtrauchern bei nachrangiger Ermöglichung eines ergänzenden Raucherangebots" verfolgt, das auch gegenüber kleinen Einraumgaststätten verhältnismäßig gewesen sei. Konsequent hinterfragt er, warum der Gesundheitsschutz zwar ein ausnahmsloses Rauchverbot, nicht aber ein Rauchverbot, das diesem Vorrangprinzip folgt, rechtfertigen kann. Einzig die Exzeption des baden-württembergischen Nichtraucherschutzgesetzes für Bier-, Wein- und Festzelte sei ein "konzeptwidrige[r] Sonderfall".⁷¹

Und dennoch: Das Mehrheitsvotum hat die Nichtraucherschutzgesetze nicht ,ohne Grund' für verfassungswidrig erklärt. So sehr das von Masing konstruierte Vorrangprinzip auch argumentativ überzeugt, die Landesgesetzgeber haben es in ihren Gesetzesbegründungen gerade nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht. Gleiches gilt für das von Bryde ausgemachte Konzept, Nichtrauchern zumindest einen rauchfreien (Haupt-)Raum zu gewährleisten.⁷² Die Privilegierung abgetrennter Raucherräume wurde pauschal mit dem Übermaßverbot begründet; zugleich wurde versäumt, sich zumindest in den Gesetzesbegründungen mit dem wirtschaftlichen Sonderopfer der Inhaber von Einraumgaststätten auseinanderzusetzen. Im Besonderen wäre ferner zu rechtfertigen gewesen, warum ein vorrangiger Nichtraucherschutz in Diskotheken nicht ebenfalls durch die Einrichtung separater Raucherräume (ggf. ohne Tanzflächen und unter Ausschluss minderjähriger Jugendlicher) verwirklicht werden konnte.⁷³ Am offenkundigsten gegen die ratio legis verstößt jedoch die baden-württembergische Ausnahme der Bier-, Wein- und Festzelte vom Rauchverbot, die lediglich mit deren temporä-

BVerfGE 24, 236 [251]; 34, 252 [256]; 105, 252 [265]; 106, 275 [299]; 110, 274 [288]; 116, 135 [152]). Besonderen Härtefällen könne durch Übergangsregelungen, etwa zur Amortisierung von Investitionen, Rechnung getragen werden. Tendenziell zustimmend Cornils, ZJS 2008, 660 (662) (in dieser Ausgabe), der die These vom abgesenkten Schutzniveau grundsätzlich bestreitet.
⁷² Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420).

73 So erschöpft sich die Begründung zum BadWürttNRSG, LT-Drs. 14/1359, S. 15 f., in folgenden Aussagen: "Absatz 2 eröffnet für Gaststättenbetreiber und Gaststättenbetreiberinnen die Möglichkeit, abgetrennte Raucherräume einzurichten"; "Satz 2 sieht ein ausnahmsloses Rauchverbot für Diskotheken vor. Dies dient vor allem dem Schutz der Jugendlichen vor den Gefahren des Passivrauchens und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch ist bei gleichzeitig körperlicher Aktivität der Gäste, was zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führt." Auch in der Begründung zum BerlNRSG, Abgeordnetenhaus-Drs. 16/0716, S. 13, findet sich keine Erklärung dafür, dass Diskotheken von der Raucherraum-Privilegierung ausgenommen werden sollen: "In Gaststätten und Vereinsgaststätten in Sporteinrichtungen können zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter der Voraussetzung, dass eine Gesundheitsgefährdung Dritter durch Tabakrauch ausgeschlossen ist, Ausnahmen vom Rauchverbot zulässig sein. Bei Vorhandensein entsprechender Raumkapazitäten können völlig vom Nichtraucherbereich separierte und geschlossene Nebenräume als Raucherräume eingerichtet werden"; "Für Diskotheken gelten die Ausnahmeregelungen nicht. Da Diskotheken größtenteils von Jugendlichen aufgesucht werden und aufgrund der in Diskotheken vorliegenden hohen Feinstaubbelastung muss hier der Schutzgedanke des Gesetzes strikter umgesetzt werden und ein generelles Rauchverbot bestehen."

Siehe nochmals Sondervotum Bryde, NJW 2008, 2409 (2420); Bäcker, DVB1 2008, 1180 (1183); Michael, JZ 2008, 875 (877).

⁷¹ Sondervotum *Masing*, NJW 2008, 2409 (2421). Auch die besonders starke Belastung sog. Eckkneipen mache die Regelung nicht unverhältnismäßig. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleiste "weder einen Anspruch auf gleichbleibende Wettbewerbsbedingungen noch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbschancen" (unter Hinweis

ren Charakter begründet wird⁷⁴ – denn der Besuch jeder Gaststätte ist vorübergehender Natur.

Letztlich stellen die Exemtion der Bier-, Wein- und Festzelte vom Rauchverbot und die Ausnahme der Diskotheken von der Privilegierung abgetrennter Raucherräume tatsächlich inkonsequente Systembrüche dar, die nicht nur am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen sind, sondern über das Gebot der Folgerichtigkeit auch zur Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit führen. Im Übrigen könnte sich das Rauchverbot in Einraumkneipen durchaus in ein stimmiges Konzept des Nichtraucherschutzes einfügen: Voraussetzung hierfür wäre zum einen eine hinreichende Abwägung der betroffenen Interessen und zum anderen – dieser Schritt ist unter dem Gesichtspunkt der Systemstimmigkeit bzw. Folgerichtigkeit nicht minder wichtig -, dass das Ergebnis dieser Abwägung und das zugrundeliegende Schutzkonzept (zumindest) in den Gesetzesbegründungen hinreichend zum Ausdruck gebracht wird. Beides haben die baden-württembergischen und berlinerischen Gesetzgeber versäumt. Insoweit resultiert die Verfassungswidrigkeit ihrer Nichtraucherschutzgesetze derzeit aus ihren Begründungsdefiziten.

IV. Ausblick

Im Ergebnis ist die Nichtraucherschutz-Entscheidung weniger für die Zukunft des Nichtraucherschutzes in Deutschland entscheidend; schon deuten sich neue Initiativen auf Bundesund Gemeinschaftsebene an. Wegweisend sind vielmehr die (Wieder-)Entdeckung des Gebotes der Folgerichtigkeit und der Versuch, es in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in Freiheitsgrundrechte zu implementieren. Trotz des dergestalt aufgeladenen Übermaßverbots verbleibt dem Gesetzgeber, entgegen der in der Literatur geäußerten Kritik, ein weiter, wenn auch nicht schrankenloser Gestaltungsspielraum. Während das Untermaßverbot weiterhin erst verletzt ist, wenn er gänzlich untätig bleibt oder völlig ungeeignete oder unzureichende Schutzvorkehrungen trifft, fordert ihm das Übermaßverbot in Verbindung mit dem Gebot der Systemstimmigkeit nach der hier vertretenen Auffassung vor

allem eine hinreichende Begründung ab. Selbstverständlich steht es der Legislative weiterhin offen, im Gesetzgebungsprozess nach Kompromisslösungen zu suchen. Sehr wohl aber ist auch und gerade vom demokratischen Gesetzgeber zu verlangen, sein einmal gewähltes Regelungskonzept hinreichend zu begründen, konsequent zu verfolgen und Durchbrechungen dieses Konzepts zu rechtfertigen. Die Nichtraucherschutz-Entscheidung ist nur ein erster Schritt in diese Richtung. Die weitere Rechtsprechung des BVerfG wird aufmerksam zu verfolgen sein.

⁷⁴ Vgl. BadWürttNRSG, LT-Drs. 14/1359, S. 15: "Ausgenommen sind nach Absatz 1 Satz 3 allerdings Bier-, Weinund Festzelte. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass diese Zelte nur temporäre Einrichtungen sind".

⁷⁵ Die EU-Kommission will im kommenden Jahr eine Richtlinie vorlegen, die das Rauchen am Arbeitsplatz und damit auch in Gaststätten verbietet. Da die Kompetenz für die Gesundheitspolitik bei den Mitgliedstaaten liegt, soll das Verbot nicht zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, sondern zum Schutz der Arbeitnehmer erlassen werden, vgl. SZ, Nr. 251 vom 28.10.2008, S. 1. Auf nationaler Ebene hat die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN am 24.9.2008 einen Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht, der einen umfassenden Nichtraucherschutz im Arbeitsschutzgesetz verankern will, BT-Drs. 16/10337. Einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes spricht indirekt auch *Bryde* in seinem Sondervotum, NJW 2008, 2409 (2420), das Wort.

US-American Company Law – An Overview

Von RA Dr. **Gero Pfeiffer**, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Dr. **Sven Timmerbeil**, LL.M. (Georgetown), Attorney-at-Law (New York), Frankfurt am Main

Fremdsprachenkenntnisse gehören mittlerweile zum Pflichtkatalog der juristischen Ausbildung. Der folgende Beitrag wendet sich an Studierende, Referendare und junge Praktiker, die sich mit der englischen Rechtssprache im Bereich des Unternehmens- bzw. Gesellschaftsrechts vertraut machen wollen. Wichtige Vokabeln sind daher in den Fußnoten erläutert. Zugleich vermittelt der Beitrag einen ersten Überblick über die in den USA verbreiteten Rechtsformen. Dabei wird deutlich, dass – wie auch im deutschen Gesellschaftsrecht – zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften differenziert wird und für die Auswahl der Rechtsform vor allem haftungsrechtliche und steuerliche Aspekte maßgebend sind.

A. Introduction

Company law comprises the creation, organization, and regulation of business associations. In the US, this area of law is commonly known as "corporate law". However, as shown below, a corporation is merely one legal form among others. The term "company law", therefore, might be more precise.

Since the US is a federal system, most company law issues retain by the states. Consequently, "the" US-American company law does not exist, but 50 more or less different types have to be taken into account. Company law can vary substantially from state to state. Players on the market are free to choose where to settle down in business and, thus, which state's law system will govern their affairs. The dominant state in attracting the incorporation of companies¹ is the small state of Delaware, which charges no tax² on activities outside the state and has courts experienced in commercial law as well as a computerized registration system. Today, more than 50% of all US companies have their legal home in Delaware (a fact that is known as "Delaware Effect").

In the face of regulatory competition between the states, efforts have been made to establish common standards of business law. In terms of company law, several model acts³ were created by the NCCUSL (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) and adopted by most of the states. The following text is based upon these model acts. But bear in mind that considerable distinctions between the states may remain as they are not bound to implement the uniform law literally. A few states, such as Louisiana, even decline to adopt the model acts at all.

B. Sole Proprietorship

The most simple way of running a business is the sole proprietorship⁴. A large part of the US-American economy is organized that way. A sole proprietorship is a business which

¹ Incorporation of a company = Gründung einer Gesellschaft.

has no separate legal existence from its owner. All debts⁵ of the business are personal debts of the proprietor⁶ since the business is just an "extension" of him/her and not a different legal entity⁷. Consequently, only the person who organized the business is subject to taxation and not the business as such. The sole proprietor may register a business name⁸ that allows him to do business with a name different from his individual name.

Given the fact that a sole proprietorship only consists of one owner, this legal structure is, strictly speaking, not part of "company" law.

C. General Partnership

A general partnership (GP) is a business organization established by at least two partners, which may be private individuals or entities such as other partnerships or corporations. Each partner is personally, jointly and severally liable for all of the partnership's debts and obligations. In turn, each partner is entitled to manage the business as a co-owner together with the other partners.

As a general rule, the partners share equally in profits and losses. However, the partners often agree upon other distribution procedures based on the amount of contribution ¹⁰ made by the respective partner. Such contribution may be provided in capital (money, property) or by means of rendering services or expertise (know-how) to the partnership.

Since the general partnership is characterized by the "spirit of cooperation" among the partners, it is dissolved¹¹ in case a partner leaves the partnership, for instance due to termination¹², withdrawal¹³ or death. For the same reason the transfer of a partner's interest¹⁴ to a third party is not permitted. The structure of membership may only change by way of admission of the new and withdrawal of the old partner.

Except for the unlimited liability of each partner, the partners are free to modify the aforementioned principles by the partnership agreement. Such agreement is not subject to any form requirements. A handshake or a nod of the head may make people partners.

D. Limited Partnership

The limited partnership (LP) constitutes a variation of the general partnership and is, to a certain extent, comparable to

² To charge tax = Eine Steuer erheben.

³ Model Act = Unverbindliches Mustergesetz (vergleichbar z.B. mit dem Musterentwurf für ein Polizeigesetz in Deutschland).

⁴ Sole proprietorship = Einzelfirma, Einzelunternehmen.

⁵ Debts = Schulden, Verbindlichkeiten.

⁶ Proprietor = Geschäftsinhaber, Eigentümer.

⁷ Legal entity = Rechtsträger, Rechtssubjekt, juristische Person

⁸ Business name = Firmenname (Firma).

⁹ Jointly and severally = gesamtschuldnerisch.

¹⁰ Contribution = Einlage.

¹¹ To dissolve = (eine Gesellschaft) auflösen.

¹² Termination = Kündigung.

¹³ Withdrawal = Austritt.

¹⁴ Interest in a partnership = Beteiligung.

the German KG. It consists of one ore more general partners plus one or more limited partners. As in a German GmbH & Co. KG the general partner may also be an LLC or a corporation which avoids the unlimited liability of a private individual. The rules relating to the general partners are basically the same as those relating to the partners of a general partnership (see above, C).

In contrast, the liability of limited partners is limited to their investment in the partnership. Limited partners do not participate in the management and are not entitled to act on behalf of the company¹⁵. Only in the event they, nevertheless, exercise control in the partnership, they face the risk of being personally liable without any limit.

Tax considerations have made limited partnerships very popular as vehicles for investments, particularly in real estate or "venture capital" companies. Many big investment funds are organized as limited partnerships.

E. Corporation

A corporation is a legal entity comparable to the German AG. It can easily be formed by filing the articles of incorporation to 17 with the respective state authority, which then issues the certificate of incorporation, a document evidencing the existence of the corporation. The articles of association 18 usually contain provisions regarding the name of the corporation, the registered office, and the jurisdiction of incorporation, its purpose, the classes of stock 19 and the rights related to such classes (e.g., common stock 20 and preferred stock 21). The business name has to include an addendum that discloses the limitation in liability, such as "Corp." (Corporation), "Inc." (Incorporated) or "Ltd." (Limited).

The stocks in a corporation are held by its stockholders. If the stocks of the corporation are traded on a stock exchange²², the corporation is a public corporation²³. Otherwise, the corporation is also referenced as a closely held corporation ("close corporation"²⁴). A stockholder can transfer its stocks to a third party based on a transfer agreement. As a principle, the consent of the remaining stockholders is not required for such transfer. However, the articles of association can provide for restrictions on the transfer of stocks such as the consent of the other stockholders.

¹⁵ On behalf of the company = im Namen der Gesellschaft.

The corporation is managed and represented²⁵ by its officers such as the chief executive officer (CEO)²⁶. The board of directors appoints the officers and monitors their management of the corporation. Both directors and officers owe a duty of care²⁷ and a duty of loyalty²⁸ to the corporation. However, business decisions of the directors and officers are protected by the business judgment rule²⁹ pursuant to which courts do not examine business decisions unless there is a conflict of interest.

As a general rule, stockholders cannot be held liable for the debts of the corporation. However, in rare circumstances the corporate veil may be pierced³⁰ and the stockholders may be held liable if they disregard that the corporation is a separate entity (e.g., by mingling³¹ corporate and personal assets) or if they use the corporation for fraudulent³² purposes.

The advantages of a corporation include the perpetual lifetime, i.e. the existence of the corporation does not depend on the life of its stockholders. Furthermore, as a principle, stockholders of a corporation do not face liability with respect to the corporation's debts. Finally, the corporation and its directors and officers are obliged to do business in the best interest of the stockholders; in particular, they are legally obliged to maximize the profit. A disadvantage of the corporation is taxation: A corporation has to pay taxes on its income and when the profits are distributed³³ to its stockholders, they have to pay taxes on the dividends, as well. This tax disadvantage led to the creation of the limited liability company.

F. Limited Liability Company

The limited liability company (LLC) is a relatively new type of legal entity, which was recently established by statutory law to provide the legal market with a flexible type of legal entity. It combines both the advantage of limited liability of a corporation and the tax status of a partnership, i.e. the avoidance of double corporate income tax.

The formation procedure is very similar to such of a corporation. It requires a written LLC agreement and a certificate of formation duly filed with the respective state authorities. However, in contrast to the corporation, an LLC can only have a limited term. Furthermore, a member of an LLC may transfer its interest in an LLC to a third party without the prior consent of the other members but may not transfer its voting rights³⁴ without their consent. As in a general partnership, the management of an LLC consists of its members who represent the company vis-à-vis third parties.

¹⁶ Venture capital investments = Investitionen in Risikokapital

¹⁷ Articles of incorporation = Gründungsurkunde.

¹⁸ Articles of association = Satzung, Gesellschaftsvertrag.

¹⁹ Stocks = Aktien.

²⁰ Common stock = Stammaktie.

²¹ Preferred stock = Vorzugsaktie, die bei Gewinnausschüttungen und Liquidation Vorrechte genießt, häufig aber keine Stimmrechte besitzt.

²² Stock exchange = Börse.

²³ Public corporation = Börsennotierte Aktiengesellschaft.

²⁴ Close corporation = Nicht börsennotierte Aktiengesell-schaft.

²⁵ To represent = vertreten.

²⁶ Chief executive officer = Vorstandsvorsitzender.

²⁷ Duty of care = Sorgfaltspflicht.

²⁸ Duty of loyalty = Treuepflicht.

²⁹ Business judgement rule = Grundsatz vom Managementermessen.

³⁰ Piercing (lifting) the corporate veil = Durchgriffshaftung.

³¹ To mingle = vermischen.

³² Fraudulent = arglistig, betrügerisch.

³³ To distribute = ausschütten.

³⁴ Voting rights = Stimmrechte.

G. Limited Liability Partnership

A limited liability partnership (LLP) is a general partnership in which the partners enjoy certain types of liability protection. The scope of such liability protection varies from state to state. The model act provides for a limited liability comparable to a corporation. Many states, however, limit the partners' liability protection to professional negligence or malpractice³⁵ committed by the other partners. In this case, each partner is solely responsible for his or her own professional acting. The LLP, therefore, is a popular legal form for professionals such as lawyers or tax advisors. Many big law firms are organized that way.

In contrast to the LLC, the LLP may have an unlimited term and a change of membership requires the consent of the other partners (by way of admission of the new and withdrawal of the old partner). As to formation and structure, please refer to C above.

H. Conclusion

The aforementioned provided you with a brief overview of the most popular legal forms for business organizations in the US. Similar to German law, the US company law distinguishes between two fundamental types of legal organizations: partnerships and corporations. However, in order to comply with the needs of market, further "hybrid" legal forms were introduced by US case and statutory law³⁶.

At the end of the day, choosing the appropriate legal form highly depends on liability risks and tax driven considerations, in both the US and Germany.

³⁶ Case law = Fallrecht; statutory law = kodifiziertes Recht.

_ .

³⁵ Malpractice = Fehlverhalten, Kunstfehler.

Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 2*

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

V. Die Kausalität des Unterlassens

1. Einleitung

Nach der h.L. gibt es keine Kausalität des Unterlassens, weil "etwas, was nicht ist", nicht teilhaben kann an den Strukturen dessen, was ist. 1 Deshalb soll der Zurechnungszusammenhang zwischen einer Unterlassung und einem Erfolg in einer sog. Quasi-Kausalität bestehen, die dann gegeben ist, wenn die gebotene Handlung des Täters nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele.² Aber eine Unterlassung ist nicht etwas, das nicht ist. Was nicht ist, ist die unterlassene Handlung, die Unterlassung selbst ist insofern, als die Tatsache, dass der Täter die Erfüllung eines Gebotes unterlassen hat, wahr ist. Es gibt also keinen Grund, die Beziehung zwischen Unterlassung und Erfolg nicht als Kausalität zu bezeichnen.³ Da aber auch die Lehre von der Quasi-Kausalität einen tatsächlichen Zusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Erfolg postuliert, den sie nur nicht Kausalität nennen will, handelt es sich um einen terminologischen Streit, der Sie in der Klausur nicht zu kümmern braucht.

Ein anderes Problem, das bei der Begründung von Kausalität, oder wenn Sie so wollen Quasi-Kausalität, einer Unterlassung auftreten kann, muss Sie dagegen sehr wohl kümmern. Wenn die pflichtwidrige Unterlassung des Täters darin besteht, eine andere Person nicht zur Hilfe hinzugezogen zu haben, so muss diese Unterlassung innerhalb des tatsächlich geschehenen Kausalverlaufs eine notwendige Bedingung sein. Als eine notwendige Bedingung ist sie aber nur dann ohne weiteres darzutun, wenn feststeht, dass der hinzuzuziehende Dritte tatsächlich geholfen, also den Kausalverlauf zum Erfolg verhindert hätte. Gibt es im Einzelfall keine Anhaltspunkte dafür, dass die hinzuzuziehende Hilfsperson die Rettungshandlung nicht vorgenommen hätte, so geht man

ohne weiteres davon aus, dass sie dies getan hätte⁴ und begründet damit die Kausalität der Unterlassung ihrer Beiziehung für den Erfolg. Wer nicht benachrichtigt ist, kann auch nicht helfen. Wie aber, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass die Hilfsperson die Hilfe verweigert oder dabei versagt hätte?

2. Der Fall

Bei einer am Blinddarm frisch operierten Patientin traten Anzeichen eines entzündlichen Prozesses, nämlich Rückenschmerzen und Fieber, auf. Es lag ein sog. subphrenischer Abszess vor. Der Stationsarzt, der mit diesem Krankheitsbild wenig vertraut war, nahm die Klagen der Patientin nicht ernst und wartete von Freitag bis Sonntag zu, statt pflichtgemäß den Oberarzt über den bedenklichen Zustand der Patientin zu informieren. Bei einer Visite am Sonntag stellte der Oberarzt diesen selbst fest, ordnete aber die zur Abklärung des Krankheitsbildes und der erforderlichen medizinischen Maßnahmen nötigen umfangreichen Laboruntersuchungen erst für den folgenden Montag an, weil das Labor am Sonntag nur Rufbereitschaft hatte. Am Montag war die Patientin nicht mehr zu retten.

Das Landgericht sprach nicht nur den Oberarzt, sondern auch den Stationsarzt wegen fahrlässiger Tötung der Patientin schuldig mit der Begründung, dass der Oberarzt die erforderlichen Maßnahmen sofort eingeleitet hätte, wenn er pflichtgemäß bereits am Freitag vom Stationsarzt über den Zustand der Patientin informiert worden wäre, weil am Freitag das Labor zur Verfügung stand. Diese Begründung der Kausalität der Unterlassung des Stationsarztes genügt dem BGH nicht, weil angesichts der Tatsache, dass dieser Oberarzt sich am Sonntag selbst als pflichtvergessen erwiesen hatte, nicht auszuschließen sei, dass er auch am Freitag die erforderlichen Maßnahmen nicht mit der gebotenen Eile betrieben hätte, etwa weil auch er die Klagen der Patientin nicht ernst genommen hätte. Es heißt dazu im Urteil des BGH: "Mit dieser Frage hat sich das LG nicht auseinandergesetzt. Daher lässt sich nicht ausschließen, dass es bei erschöpfender, alle nicht fernliegenden Möglichkeiten einbeziehender Würdigung des Sachverhalts zu dem Ergebnis gekommen wäre, es lasse sich nicht eindeutig feststellen, ob die Dr. D (dem Oberarzt) vorzuwerfende Pflichtwidrigkeit wochenendbedingt war oder nicht. Bliebe dies offen, so würde das nicht den Schuldspruch gegen ihn selbst berühren. Anders verhält es sich aber mit der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit des Angeklagten Dr. U (des Stationsarztes). Wäre nicht auszuschließen, dass sich Dr. D bei pflichtgemäßer Unterrichtung durch den Stationsarzt innerhalb der Woche ebenso untätig wie am 21.10. verhalten hätte, so bliebe kein Raum für die Annahme, der Angeklagte habe

^{*} Fortsetzung von ZJS 2008, 488.

¹ Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Rechtssystem, 1904, S. 140; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 8 Rn. 14; ders., in: Kaufmann (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 260 (261).

² BGHSt 6, 1; 7, 211 (214); 51, 127; *Lackner/Kühl*, Strafge-setzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 12; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, Vor § 13 Rn. 20; *Stree*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 13 Rn. 61; *Rudolphi*, in: ders./Horn/Günther/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 33. Lieferung, Stand: September 2000, Vor § 13 Rn. 15; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2005, § 11 Rn. 7; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 35; *Arzt*, JA 1980, 553 (556).

³ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Vor § 13 Rn. 54; *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 2, 2005, § 45 Rn. 3.

⁴ Vgl. BGHSt 21, 59 (60 f.); 34, 82 (83); BGH NStZ 1981, 218 (219); 2003, 252.

durch unterlassene Benachrichtigung des für die Station zuständigen Oberarztes den Tod der Patientin verursacht."⁵

Damit macht der BGH die Zurechnung des Erfolges zur Unterlassung der Benachrichtigung des Oberarztes von einer Feststellung abhängig, die prinzipiell unmöglich ist. Ist Dr. D kein durch Naturgesetze determinierter Automat, und als solchen behandelt der BGH ihn nicht, sonst könnte er ihn nicht für den Tod der Patientin verantwortlich machen, so steht objektiv nicht fest, wie er sich am Freitag verhalten hätte, als das Labor für weitere diagnostische Maßnahmen zur Verfügung stand, wenn er schon an diesem Tag vom Zustand der Patientin erfahren hätte. Auch für eine Beseitigung dieser Ungewissheit durch den Zweifelsgrundsatz ist kein Raum, denn die Behauptung, dass der Arzt sich richtig oder dass er sich falsch verhalten hätte, stellt keine Tatsache dar, weil das schon objektiv nicht feststeht. Der Zweifelsgrundsatz gilt aber nur für Tatsachen, also Behauptungen, von denen objektiv feststeht, dass sie wahr sind, mag das auch im Einzelfall nicht beweisbar sein.⁶ Außerdem würde die Lösung des Problems mit Hilfe des Zweifelsgrundsatzes dazu führen, dass niemand für die Folgen verantwortlich gemacht werden könnte, dessen Pflichtwidrigkeit darin bestand, eine weitere Hilfsperson nicht hinzuzuziehen - oder auch ihre Hinzuziehung durch Dritte zu verhindern, weshalb das Problem zwar typischerweise, aber nicht notwendig ein solches der Kausalität durch Unterlassen ist. Denn auch wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die hinzuzuziehende Person ihre Hilfe verweigert hätte, ist dies doch aus prinzipiellen Gründen niemals auszuschließen.

3. Die Lösung

Geht man davon aus, dass das Verhalten der Hilfsperson nicht durch allgemeine Kausalgesetze vollständig determiniert ist, so lässt sich in jedem Fall sagen, dass der Unterlassungstäter durch die Nichtbeiziehung der Hilfsperson eine objektiv tatsächlich bestehende Chance des Opfers vertan hat, durch die Hilfsperson gerettet zu werden. Das legt die Anwendung der Risikoerhöhungstheorie in diesen Fällen nahe.⁷ Notwendig ist ihre Anwendung aber nur dann, wenn die Hilfsperson zur Rettung nicht verpflichtet war. Bestand für sie eine Hilfspflicht, so gibt es einen anderen Weg die Zurechnung zu begründen, ohne sich mit den Gegnern der Risikoerhöhungstheorie auseinander setzen zu müssen. Erinnern wir uns daran, dass in der Zurechnungslehre der allgemeine Grundsatz gilt, dass sich niemand, der sich selbst sorgfaltswidrig verhalten hat, zu seiner Entlastung auf die Sorgfaltspflichtverletzung eines anderen berufen kann. Gilt das für eine reale Sorgfaltspflichtverletzung eines anderen, so gilt es für eine irreale, also bloß mögliche, erst recht. Würde sich unser Stationsarzt die Argumentation des BGH zu Eigen machen, so würde er sich zu seiner Entlastung auf nichts anderes berufen als auf eine irreale, nur mögliche Pflichtverletzung des Oberarztes am Freitag. Eine solche Entlastung ist aber nur dadurch zu verhindern, dass man bei der Prüfung der Frage, ob die Unterlassung der Zuziehung einer Hilfsperson ein notwendiger Bestandteil der Erklärung des Unglücks ist, unterstellt, dass die Hilfsperson im Fall ihrer Zuziehung ihre Pflicht erfüllt hätte.⁸ So verfährt inzwischen auch der BGH.⁹ Da diese Unterstellung rechtliche und nicht tatsächliche Gründe hat, kann und muss sie auch dann erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Hilfsperson versagt hätte. Nur wenn die Hilfsperson tatsächlich ihren Dienst versagt hat, etwa nachdem sie anderweitig von der Gefahrensituation erfahren hätte, ist für eine solche Unterstellung kein Raum mehr.

4. Was tun in der Klausur?

Vermutlich wird der Sachverhalt der Klausur den Hinweis ausdrücklich enthalten, dass nicht festzustellen war, ob die hinzuzuziehende Hilfsperson die gebotene Hilfe geleistet hätte, wenn sie hinzugezogen worden wäre. Möglicherweise erwartet der Aufgabensteller jetzt von Ihnen eine Auseinandersetzung mit dem Streit um die Risikoerhöhungstheorie. Da aber der BGH inzwischen die oben dargestellte Lösung des Problems anerkannt hat, brauchen Sie sich darauf nicht einzulassen. Sie stellen fest, dass zur Begründung der Kausalität die Annahme erforderlich ist, dass die Hilfsperson im Fall ihrer Zuziehung ihrer Pflicht nachgekommen wäre. Dies, so können Sie weiter fortfahren, ist aus rechtlichen Gründen zu unterstellen, weil nur so zu verhindern ist, dass sich der Angeklagte zu seiner Entlastung auf eine Pflichtverletzung der Hilfsperson beruft, die in Wirklichkeit gar nicht stattgefunden hat. Da die Gründe dieser Unterstellung rechtlicher und nicht tatsächlicher Art sind, steht dieser Unterstellung auch nicht entgegen, dass im Einzelfall Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Hilfsperson ihrer Pflicht nicht nachgekommen wäre.

VI. Der Schutzzweck einer Sorgfaltsnorm und seine Ermittlung

1. Das Problem

Auch wenn die Kausalität der Handlung des Täters, deren Sorgfaltswidrigkeit und auch die Kausalität der sorgfaltswidrigen Eigenschaften dieser Handlung für den Erfolg feststehen, soll dessen Zurechnung noch daran scheitern können, dass der Schutzzweck der Norm den Fall nicht deckt. Ähnlich wie die Formulierung, dass sich das unerlaubte Risiko im Erfolg realisiert haben muss, wird auch dies als eine Art Universalformel angewandt, mit der die verschiedensten Proble-

Zeitschrift für das Juristische Studium – www.zjs-online.com

⁵ BGH NStZ 1986, 217 mit Bespr. *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2002, § 2 Rn. 39; ähnlich BGH NJW 2000, 2754 (2767) mit Bespr. *Puppe*, AT/2 (Fn. 3), § 48 Rn. 13 ff.

⁶ *Puppe*, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 143 ff.; *Stratenwerth*, in: Lackner (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 227 (228 f.).

⁷ Sie wird zur Lösung dieses Problems angewandt von *Stratenwerth*, in: Gallas-FS (Fn. 6), S. 227 (233); *Rudolphi*, in: SK (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 16.

⁸ *Puppe*, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 134; *dies.*, AT/1 (Fn. 5), § 2 Rn. 36 ff. (40 f.); *dies.*, AT/2 (Fn. 3), § 48 Rn. 12 (16).

⁹ BGHSt 48, 77.

me der Zurechnung gelöst werden sollen, ¹⁰ von A wie atypischer Kausalverlauf bis Z wie Zweitschaden. Da beides Universalformeln sind, werden sie naturgemäß zur Lösung der gleichen Probleme verwendet, sind also gegeneinander austauschbar¹¹ und naturgemäß ist auch ihr systematisches Verhältnis zueinander nicht klar. Wir hatten schon in der Einleitung zum ersten Teil dieses Beitrags vor solchen Universalformeln gewarnt, die nur deshalb so universal sind, weil ihr Sinn nicht klar ist und weil sie deshalb nichts anderes darstellen als einen unbestimmten Appell an ein Gefühl des Unbehagens beim Gedanken an Zurechnung.

Warum also stellt sich, nachdem die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung für den Erfolg im Einzelfall festgestellt ist, noch die Frage, ob die Anwendung der Sorgfaltsnorm dem Schutzzweck entspricht, obwohl doch für diesen Einzelfall feststeht, dass ihre Einhaltung den Erfolg, bzw. den Kausalverlauf zum Erfolg verhindert hätte?

In den Lehrbüchern, vor allem in denjenigen, die das Erfordernis der Einschlägigkeit des Schutzzwecks der Norm als Universalformel verwenden, wird das so erklärt, dass zu fragen sei, ob eine Verhaltensnorm vor diesem Erfolg schützen "will"¹² oder "soll"¹³ (Fragen Sie eine Norm doch einmal, was sie denn will!). Was hier allenfalls gemeint sein könnte, ist ein Wille des Normgebers, der der Norm gewissermaßen zusätzlich als Anwendungsregel mitgegeben würde. Aber die Gründe, aus denen der Normgeber die Norm erlassen hat, schränken ihre Schutzfunktion nicht ein. Das lässt sich leicht an Beispielen aus dem Verkehrsrecht zeigen. Wenn das Stra-Benverkehrsamt eine Geschwindigkeitsbegrenzung durch ein Verkehrsschild nach Zeichen 325 (verkehrsberuhigter Bereich) erlassen hat, damit Kinder auf der Straße spielen können, so wird der Autofahrer, der 40 km/h gefahren ist, auch für die Verletzung eines alten Mannes verantwortlich gemacht, den er auf dieser Straße angefahren hat. Der Schutzzweck muss also aus der Norm selbst ermittelt werden, nicht aus irgendeinem, ihr mitgegebenen Willen, der ihren Anwendungsbereich einschränkt.

Zunächst ist klarzustellen, dass die Norm, deren Schutzzweck zu ermitteln ist, nicht der Straftatbestand ist. ¹⁴ Der Zweck des Verbots, fahrlässig einen Menschen zu töten, ist,

zu verhindern, dass durch Fahrlässigkeit ein Mensch umkommt, mehr ist dazu nicht zu sagen. Es kann sich also nur um den Zweck der Sorgfaltsnorm handeln, die der Täter übertreten hat. Der Schutzzweck einer Sorgfaltsnorm kann aber nicht auf den Erfolg allein bezogen werden. Denn es ist der Zweck einer jeden Sorgfaltsnorm, schädliche Erfolge zu verhindern, mehr ist dazu nicht zu sagen. Gegenstand der Schutzzweckprüfung kann allein die Beziehung zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolgseintritt sein, also die Kausalität der sorgfaltswidrigen Eigenschaften des Täterverhaltens für den Erfolgseintritt. Steht nun aber bereits fest, dass die sorgfaltswidrigen Eigenschaften des Täterverhaltens für den Erfolg ursächlich waren, er also den Erfolg, mindestens aber diesen Kausalverlauf zum Erfolg vermieden hätte, wenn er die Sorgfaltspflicht eingehalten hätte, so hätte doch anscheinend die Sorgfaltsnorm in diesem Fall ihren Schutzzweck erfüllt. Es ist nun aber möglich, dass eben diese Verhinderung des Kausalverlaufs durch Einhaltung der Sorgfaltsnorm bloß eine zufällige gewesen wäre. Das bedeutet, dass die Einhaltung dieser Sorgfaltsnorm zwar in diesem Einzelfall, nicht aber generell geeignet gewesen wäre, Kausalverläufe der vorliegenden Art zu verhindern. Eine bloß zufällige Erfolgsverhinderung liegt nicht im Schutzbereich einer Sorgfaltnorm. Dass die Verhinderung des Kausalverlaufs zum Erfolg durch Einhaltung der Sorgfaltsnorm im Einzelfall nur eine zufällige war, erkennt man daran, dass sie von Zufälligkeiten abhängig war, die nicht regelbar sind, dergestalt, dass bei einer Veränderung dieser zufälligen Kausalfaktoren gerade die Einhaltung der Sorgfaltsnorm den Erfolg herbeigeführt hätte.

2. Der Fall

Der Angeklagte fuhr kurz vor Ende einer Ortschaft eine wesentlich höhere Geschwindigkeit als 50 km/h. Jenseits des gelben Schildes, das das Ortsende anzeigt, wurde er von einem Radfahrer so knapp geschnitten, dass er trotz sofortigen Bremsens einen tödlichen Zusammenstoß mit diesem nicht mehr verhindern konnte. Er hatte in diesem Moment eine Geschwindigkeit von 83 km/h. Mit seinem VW-Bus hätte er diese Geschwindigkeit an dieser Stelle noch nicht erreichen können, wenn er beim Passieren des Ortsschildes nicht schneller als 50 km/h gefahren wäre. Es steht also fest, dass die Einhaltung der Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h im vorliegenden Fall den Zusammenstoß verhindert hätte, weil der vom Angeklagten gefahrene Wagen zu schwach war, um auf der kurzen Strecke bis zum Unfall von 50 km/h auf 83 km/h zu beschleunigen. Das BayObLG hat die Zurechnung des Erfolges mit der folgenden Begründung abgelehnt: "Es genügt nicht, dass die dem Angeklagten vorzuwerfende Geschwindigkeitsüberschreitung eine Bedingung für den später eingetretenen Erfolg gewesen ist, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch dieser entfiele. Es müsste vielmehr hinzukommen, dass sie sich im Rahmen des, mit der Festsetzung einer Höchstgeschwindigkeit im innerörtlichen Verkehr verfolgten Schutzzwecks nachteilig ausgewirkt hat. Diese Voraussetzung erfüllt jedoch ein sich außerhalb ereignender Verkehrsablauf nicht; denn die innerörtlich geltende Geschwindigkeitsbegrenzung soll lediglich den Verkehrsge-

¹⁰ Kühl, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 73 f.; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 182 (673 f.); Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 10 Rn. 27; Fischer (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 30.

¹¹ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 15 Rn. 41; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 15 Rn. 157 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 28 IV.; Kühl, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 61 ff.; Roxin, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 63 ff. (71).

¹² Kühl, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 74; Wessels/Beulke, AT (Fn. 10), Rn. 674; Roxin, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 85.

¹³ Otto, AT (Fn. 10), § 10 Rn. 27; Rudolphi, in: SK (Fn. 2), Vor § 1 Rn. 64; Walter, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 96 (97).

Anders etwa *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil,
 Aufl. 2004, § 11 Rn. 20 f.

fahren in geschlossenen Ortschaften begegnen. Sie schafft keine, über das gekennzeichnete Ortsende hinausgehende Schutzzone, innerhalb der nur mit einer allenfalls gesteigerten Geschwindigkeit gefahren werden darf. Auch wenn es aus technischen Gründen nicht möglich ist, nach Verlassen des Ortsendes die Geschwindigkeit eines Kraftfahrzeuges sofort auf die dann höchstzulässige Geschwindigkeit zu steigern, so hängt die Beschleunigung doch so sehr von der Motorstärke des jeweiligen Fahrzeugtyps und der Straßenbeschaffenheit ab, dass eine derartige Schutzzone auch nicht annähernd abgegrenzt und inhaltlich bestimmt werden könnte. "15

Die Entscheidung ist im Ergebnis und in der Begründung richtig, aber woran konnte das Gericht erkennen, dass Geschwindigkeitsbegrenzungen nur die im Bereich ihrer Geltung auftretenden Verkehrsgefahren reduzieren "sollen"? Sie sind nur dazu generell geeignet. Im vorliegenden Fall hätte die Einhaltung der Höchstgeschwindigkeit innerorts den Unfall dann nicht verhindert, wenn der Täter einen stärkeren Wagen gefahren hätte. Dass eine Geschwindigkeitsbegrenzung generell nicht geeignet ist, einen Unfall zu verhindern, der außerhalb ihres Geltungsbereichs stattfindet, liegt daran, dass diese Eignung im Einzelfall von Zufällen abhängt und dass es Fälle gibt, in denen die Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung einen Unfall außerhalb ihres Geltungsbereichs nicht verhindern, sondern gerade herbeiführen würde. Ob die Einhaltung einer Geschwindigkeit einen Zusammenstoß außerhalb von deren Geltungsbereich verhindert oder gerade herbeigeführt hätte, hängt von dem nicht geregelten also zufälligen - Verhalten der Beteiligten vor dem Unfallgeschehen ab, z.B. davon, wann sie ihre Fahrt angetreten haben, welche Pausen sie gemacht haben und welche Geschwindigkeiten sie im erlaubten Bereich eingehalten haben. Dass eine Verhaltensregel generell nur geeignet ist, Unfälle in ihrem unmittelbaren Geltungsbereich zu verhindern, gilt nicht nur für die Geschwindigkeitsbegrenzungen, an denen es in Lehrbüchern meistens demonstriert wird, 16 sondern für zahlreiche andere Verhaltensregeln im Straßenverkehr, z.B. für das Gebot, das Vorfahrtsrecht des anderen zu achten oder an einer roten Ampel zu halten. Wenn ein Kraftfahrer, nachdem er ein Rotlicht missachtet hat, ordnungsgemäß weiterfährt und trotzdem in einen Unfall verwickelt wird, so hätte er diesen Unfall verhindert, wenn er das Rotlicht respektiert hätte. In anderen Fällen hätte der sich im Moment des Unfalls richtig verhaltende Kraftfahrer den Unfall gerade dann verhindert, wenn er zuvor ein Rotlicht missachtet hätte, weil er dann dem anderen Unfallbeteiligten gar nicht begegnet wäre. Damit ist dargetan, dass die Beachtung eines Haltegebots generell nicht geeignet ist, spätere Unfälle zu verhindern.

3. Der Topos vom Versagen in der kritischen Situation als Fehlerquelle

Die Rechtsprechung hat aus dieser Erkenntnis die allgemeine Regel abgeleitet, dass es im Straßenverkehr nur auf das "Versagen in der kritischen Situation" ankomme.¹⁷ Zunächst gilt das durchaus nicht für alle Sorgfaltspflichtverletzungen im Straßenverkehr. Wenn der Kraftfahrer z.B. deshalb nicht erkannt hat, dass sein Fahrzeug nicht mehr verkehrssicher ist, weil er eine gebotene Hauptuntersuchung versäumt hat, so kann sich das erst in einer sehr viel späteren Situation verhängnisvoll auswirken. Vor allem aber ist diese Formulierung missverständlich und hat in der Rechtsprechung auch zu Missverständnissen geführt.¹⁸ Sie verführt nämlich dazu, die Sorgfaltspflichtverletzung, die der Täter tatsächlich begangen hat, die aber für den Erfolg nicht kausal war, durch eine andere zu ersetzen, die dann kausal für den Unfall gewesen wäre, für den Täter aber gar nicht galt.

So hat das OLG Köln einen Autofahrer, der wegen eines platten Reifens einen Unfall verursacht hatte mit der Verteidigung nicht gehört, der Reifen habe nicht deshalb Luft verloren, weil er zu alt gewesen sei, sondern deshalb, weil ein spitzer Gegenstand in ihn eingedrungen sei. Unterstellt man diese Einlassung nach dem Zweifelsgrundsatz als richtig, so war die Tatsache, dass der Reifen abgefahren war, für diesen Unfall nicht ursächlich. Mit der Begründung, dass es im Straßenverkehr nur auf das Versagen in der konkreten Situation ankomme, gründet das OLG die Zurechnung aber auf eine andere Sorgfaltspflichtverletzung, die es dem Täter vorwirft, nämlich darauf, dass er nicht, wie nach § 3 StVO geboten, seine Geschwindigkeit den Umständen angepasst hat, zu denen auch die Tatsache gehört habe, dass seine Reifen abgefahren waren. Wäre er aber langsamer gefahren, so hätte er bei der plötzlichen Entlüftung seines Reifens einen Unfall verhindern können.¹⁹ Aber es ist dem Autofahrer nicht vorzuwerfen, dass er zu schnell gefahren ist, sondern allein, dass er mit abgefahrenen Reifen gefahren ist. § 3 StVO ist auf diesen Fall schon deshalb nicht anwendbar, weil es keine zulässige Geschwindigkeit für das Fahren mit abgefahrenen Reifen gibt. Aber selbst wenn es eine Vorschrift des Inhalts gäbe, dass man mit abgefahrenen Reifen fahren darf, sofern man seine Geschwindigkeit diesem Umstand anpasst, wäre diese Norm nicht geeignet, die Zurechnung des Unfalls zu begründen. Denn auch diese Abschwächung des Verbots mit abgefahrenen Reifen zu fahren, würde nichts daran ändern, dass die Tatsache, dass die Reifen abgefahren waren, in der kausalen Erklärung des Unfalls vorkommen muss.²⁰ Das OLG Köln konnte sich über das Fehlen der Realisierung der Gefahr der abgefahrenen Reifen nur dadurch hinwegsetzen, dass es unter Berufung auf die Maßgeblichkeit des Versagens in der konkreten Situation die vom Angeklagten wirklich verletzte Sorgfaltspflicht durch eine andere ersetzt hat, die für

¹⁵ BayObLG VRS 57, 360 (360 f.).

Wessels/Beulke, AT (Fn. 10), Rn. 182, 674; Stratenwerth/ Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 8 Rn. 39; Roxin, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 75.

¹⁷ BGHSt 24, 31 (34); 33, 61 (63 ff.); VRS 20, 129 (131); 23, 369 (370); 24, 124 (126); 25, 262 (263 f.); 54, 436 (437); OLG Frankfurt/M. JR 1994, 77 (78); BayObLG VRS 87, 121 = NStZ 1997, 338; OLG Stuttgart VRS 87, 336 (337 f.); OLG Düsseldorf VRS 88, 268 (269).

¹⁸ So in BGHSt 24, 31; 33, 61; BayObLG VRS 87, 121 = NStZ 1997, 338 mit abl. Anm. *Puppe*; insgesamt dazu *Puppe*, AT/1 (Fn. 5), § 4 Rn. 29 ff.

¹⁹ OLG Köln VRS 64, 257 (258).

²⁰ Puppe, AT/1 (Fn. 5), § 3 Rn. 9 f., § 4 Rn. 31 f.

ihn gar nicht galt. Weil es dem Autofahrer mit abgefahrenen Reifen nicht möglich ist, in der konkreten Verkehrssituation seine Reifen von einem Augenblick auf den anderen zu erneuern, sah das Gericht davon ab, dass er mit diesen Reifen überhaupt nicht fahren durfte und verlangte stattdessen von ihm, scheinbar großzügig, langsamer zu fahren. Mit der daraus abgeleiteten Geschwindigkeitsüberhöhung begründete es dann die Realisierung der unerlaubten Gefahr ganz ohne die abgefahrenen Reifen. Aber wie das BayObLG in der zuvor besprochenen Entscheidung richtig dargetan hat, kommt es nicht darauf an, was der Täter in der konkreten Situation hätte tun können, sondern was er hätte tun dürfen. Deshalb ist der Topos von der Maßgeblichkeit des Versagens in der kritischen Situation irreführend und daher zu vermeiden.

4. Was tun in der Klausur?

Nehmen wir z.B. an, der Täter habe an einer Kreuzung das Vorfahrtsrecht eines anderen missachtet, wobei es nicht zu einem Unfall gekommen ist, so dass er unbehelligt weiterfuhr. Später wurde er bei ordnungsgemäßer Fahrweise in eine Kollision mit einem anderen Fahrer verwickelt, der dabei verletzt wurde. Nachdem Sie geprüft haben, ob das Verhalten des Täters an der Kreuzung den § 315c erfüllt, insbesondere ob er durch seine Vorfahrtsverletzung eine konkrete Gefahr verursacht hat, kommen Sie nun zu dem späteren Unfall. Hier stellen Sie zunächst fest, dass die Vorfahrtsmissachtung im Einzelfall tatsächlich kausal für den späteren Unfall war, weil der Angeklagte in dem Moment, als der andere Fahrer seine Fahrbahn kreuzte, noch gar nicht am Unfallort gewesen wäre, wenn er zuvor dass Vorfahrtsrecht geachtet hätte. Dann stellen Sie die Frage, ob das Gebot eine Vorfahrt zu achten, generell geeignet ist, Unfälle jenseits der Kreuzung zu verhindern. Sie können dazu feststellen, dass es vom zufälligen Verhalten der Beteiligten abhängt, ob die Einhaltung der Vorfahrt den späteren Unfall verhindern oder ihn im Gegenteil gerade herbeiführen würde. Das letztere wäre etwa dann der Fall gewesen, wenn der Angeklagte zwischen Kreuzung und Unfallstelle im Rahmen der erlaubten Geschwindigkeit etwas schneller gefahren wäre, als er gefahren ist. Es ist also nicht der Schutzzweck der Norm, ein Vorfahrtsrecht zu achten, Unfälle jenseits der bevorrechtigten Straße zu verhindern. So können Sie ohne weiteres die Ablehnung der Zurechnung des Unfalls zur Vorfahrtsmissachtung des Angeklagten begründen, ohne sich auf die zweifelhafte Formulierung einzulassen, es komme im Straßenverkehr nur auf das Versagen in der kritischen Situation an.

5. Das Durchgängigkeitserfordernis, ein weiteres Verfahren zur Bestimmung des Schutzzwecks einer Sorgfaltsnorm

An dem folgenden Beispiel wird in der Literatur vielfach demonstriert, dass die Anforderungen der objektiven Zurechnung nicht nur bei Fahrlässigkeit, sondern auch bei Vorsatz gelten, die Schaffung eines erlaubten Risikos, dessen Realisierung im Kausalverlauf und auch die Einschlägigkeit des Schutzzwecks der Sorgfaltsnorm also durch den Vorsatz keineswegs ersetzbar sind: Der Täter hat seinem Opfer in Tötungsabsicht einen lebensgefährlichen Messerstich beigebracht. Das Opfer nimmt ein Taxi zum Krankenhaus. Unterwegs begeht der Taxifahrer einen Fahrfehler, der zu einem für den Fahrgast tödlichen Unfall führt. Die Zurechnung des Todes zur vorsätzlichen Handlung des Messerstichs wird mit der Begründung abgelehnt, es habe sich in diesem Tod nur die Gefahr einer Taxifahrt, nicht die des Messerstichs realisiert.²¹ Aber woher weiß man das? Schließlich steht fest, dass das Opfer des Anschlags die Taxifahrt nur deshalb angetreten hat, weil der Täter es zuvor verletzt hatte, diese Verletzung also ein Bestandteil der kausalen Erklärung seines Todes ist.

Wiederum bringt eine genauere Betrachtung des Kausalverlaufs Klarheit. Der lebensgefährliche Messerstich ist zwar notwendig, um zu erklären, dass das Opfer gerade mit diesem Taxifahrer auf dieser Strecke mitgefahren ist. Aber von dem Moment an, in dem es das Taxi bestiegen hatte, wird zur weiteren Erklärung des Kausalverlaufs nur noch die Tatsache gebraucht, dass es eine Taxifahrt antreten musste. Das Risiko einer Taxifahrt ist generell erlaubt. Es hat sich nur dadurch erneut in ein unerlaubtes verkehrt, dass der Taxifahrer einen verhängnisvollen Fahrfehler beging. Dagegen hätte sich das unerlaubte Risiko der Stichverletzung im weiteren Kausalverlauf z.B. dann ausgewirkt, wenn der Unfall für den Fahrgast nur deshalb tödlich war, weil er ein Aufbrechen der Stichwunde und dadurch ein rasches Verbluten verursacht hat. Dieser Zusammenhang ist gemeint, wenn behauptet wird, es habe sich im Todeserfolg lediglich das Risiko einer Taxifahrt, nicht das eines lebensgefährlichen Messerstichs realisiert. Andere begründen den Ausschluss der Zurechnung damit, dass es nicht der Schutzzweck des Verbots von Messerstecherei ist, Taxifahrten zu verhindern.²³ Das ist sicherlich richtig, bedarf aber doch der Begründung. Es ist damit zu begründen, dass es grundsätzlich erlaubt ist, einen anderen zu einer Taxifahrt zu veranlassen. Gehört eine Taxifahrt aber zum generell erlaubten Risiko, so wird dieses Risiko auch nicht dadurch unerlaubt, dass es auf unerlaubte Weise herbeigeführt wird. Daraus erklärt sich das von mir sog. Durchgängigkeitserfordernis, wonach der Kausalverlauf zum Erfolg aus einer Kette unerlaubter Zustände bestehen muss.²⁴ Werden von einem bestimmten Punkt dieser Kette an nur erlaubte Folgen der Täterhandlung für die weitere Zurechnung gebraucht, so ist dieser Kausalverlauf nicht mehr vom Schutzzweck der vom Täter verletzten Sorgfaltsnorm gedeckt, weil deren Befolgung zur Verhinderung von Kausalverläufen der vorliegenden Art generell nicht geeignet ist.

Mit dem Durchgängigkeitserfordernis kann auch in den oben behandelten Verkehrsfällen, in denen der Täter nur einige Zeit vor dem Unfall verkehrswidrig gefahren ist, begründet werden, dass der Schutzzweck der von ihm verletzten Verkehrsnorm nicht darin bestehen kann, den späteren Verkehrsunfall zu verhindern. Denn zur Erklärung dieses Unfalls

²¹ Rudolphi, in: SK (Fn. 2), Vor § 1 Rn. 63; Kühl, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 61; Wessels/Beulke, AT (Fn. 10), Rn. 200.

²² Rudolphi, in: SK (Fn. 2), Vor § 1 Rn. 63; Kühl, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 61.

²³ Jescheck/Weigend, AT (Fn. 11), § 28 IV 3.

²⁴ Puppe, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 236 ff.; dies., AT/1 (Fn. 5), § 4 Rn. 4 ff.; zust. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 7/72 (Fn. 78).

wird die Tatsache, dass der Täter irgendwann zuvor eine Verkehrswidrigkeit begangen hat, indem er z.B. ein Haltegebot, ein Vorfahrtsrecht oder eine Geschwindigkeitsbegrenzung missachtet hat, nur insofern gebraucht, als es notwendig ist, zu erklären, dass er sich kurz vor dem Unfall gerade an diesem Ort befand. Dieser Zustand ist als solcher aber erlaubt und hätte vom Täter auf die verschiedenste erlaubte Weise ebenfalls herbeigeführt werden können. Mit Hilfe des Durchgängigkeitserfordernisses lässt sich also auf einfache Weise erklären, warum diese Fälle vom Schutzzweck der vom Täter zuvor übertretenen Sorgfaltsnorm nicht erfasst werden.

VII. Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers

1. Das Problem

Wenn alle bisher festgestellten Voraussetzungen der objektiven Zurechnung des Erfolges zum Täterhandeln erfüllt sind, wenn also die Handlung des Täters sorgfaltswidrig war, sie den Erfolg gerade durch ihre sorgfaltswidrigen Eigenschaften verursacht hat, so dass sich die Gefahr der Sorgfaltswidrigkeit im Kausalverlauf realisiert hat und die Einhaltung der vom Täter verletzten Sorgfaltsnorm auch generell geeignet war, Kausalverläufe dieser Art zu verhindern, so dass der Verlauf vom Schutzzweck der Norm erfasst wird, dann und erst dann kann sich die Frage stellen, ob der Täter sich zu seiner Entlastung auf eine freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers berufen kann. Dies sollte Sie eigentlich stutzig machen. Haben wir doch mehrfach den Grundsatz behandelt, dass sich niemand, der sich falsch verhalten hat, zu seiner Entlastung darauf berufen kann, dass dieser Fehler nur deshalb den Erfolg herbeigeführt hat, weil auch noch ein anderer sich falsch verhalten hat. Soll das nun anders sein, wenn dieser andere das Opfer selbst ist? Praktisch wäre das schon, denn das Opfer braucht man für die Verursachung seiner eigenen Verletzung nicht zu bestrafen, man könnte also den Fall ad acta legen. Aber gerecht wäre das sicher nicht. Soll das Opfer schlechter behandelt werden als ein Mittäter, indem man ihm die Verantwortung für sein Unglück allein zuweist, auch wenn es nur ein Mitverschulden daran trifft?

Dies wird jedenfalls dann angenommen, wenn der Täter sich nur an einer Selbstgefährdung des Opfers beteiligt hat. Diese sei von einer Fremdgefährdung des Opfers zu unterscheiden, auch wenn dieses mit seiner Gefährdung einverstanden war. Begründet wird das mit einem argumentum a majore ad minus aus der Straflosigkeit der Teilnahme am Selbstmord. Wenn es schon erlaubt ist, einem anderen dazu zu verhelfen, sich selbst zu töten, so muss es erst recht erlaubt sein, ihm dazu zu verhelfen, sich selbst zu gefährden. Aber das postulierte Stufenverhältnis zwischen den beiden Fällen besteht nicht, was sofort klar wird, wenn man erkennt, dass die Straflosigkeit der Beihilfe zum Selbstmord darauf beruht,

dass es eine Beihilfe zur vorsätzlichen Preisgabe eines Rechtsguts durch den Rechtsgutsträger ist. Sie ist aus den gleichen Gründen straflos, wie die Beihilfe zur Preisgabe jedes anderen Rechtsguts des Opfers. Wer sich selbst gefährdet, auch wenn er es bewusst tut, will sein Rechtsgut aber nicht verlieren. Beide an der Gefährdung Beteiligte, der Rechtsgutsträger ebenso wie der andere, hoffen darauf, dass die Gefahr sich nicht realisiert. Aus diesem Grunde ist die Parallele zur Teilnahme an einer Preisgabe eigener Rechtsgüter normativ verfehlt.²⁶ Aber sie ist auch theoretisch nicht durchführbar.²⁷ Die Unterscheidung zwischen Täter und Gehilfen setzt sowohl nach der sog. Animustheorie als auch nach der Tatherrschaftstheorie den Vorsatz der Erfolgsherbeiführung voraus. Der Fahrlässigkeitstäter will und kann den Kausalverlauf zum Erfolg nicht beherrschen, eben darin besteht seine Fahrlässigkeit. Deshalb herrscht bei Fahrlässigkeitsdelikten zu recht nach wie vor der sog. Einheitstäterbegriff.²⁸ Und doch kann es nicht richtig sein, dass jeder, der sich an der Selbstgefährdung eines anderen irgendwie beteiligt, für die Realisierung dieser Gefahr verantwortlich ist, sofern es nur eine generell verbotene ist. Soll der Bürger nicht das Recht haben, sich selbst und seine Rechtsgüter einer Gefahr auszusetzen, wenn er dies denn will, nur weil es verboten ist, einen anderen dieser Gefahr auszusetzen? Ein generelles Verbot, sich an fremder Selbstgefährdung zu beteiligten, würde darauf hinauslaufen, den einen Bürger zum Vormund des anderen zu machen.²⁹ Wenn der Einzelne auf den Schutz durch eine Sorgfaltsnorm in einem bestimmten Fall verzichtet, so darf die Rechtsordnung ihm diesen nicht aufdrängen.

2. Der Fall

Der Angeklagte hatte mit dem späteren Unfallopfer ein Motorradrennen ausgetragen, bei dem er diesem 300 m Vorsprung gewährt hatte, weil der andere die schwächere Maschine fuhr. Um ein Überholen zu verhindern, fuhr der Fahrer der schwächeren Maschine Schlangenlinien. Nachdem dem Angeklagten das Überholen dennoch gelungen war und er das Rennen gewonnen hatte, verlangte der andere mit Nachdruck eine Revanche. Der Angeklagte lehnte dies zunächst unter Hinweis auf die riskante Fahrweise des anderen beim ersten Rennen ab; er ließ sich dann aber doch dazu überreden und gewährte dem anderen einen noch größeren Vorsprung. Durch einen eigenen Fahrfehler kam der Fahrer der leichteren

Roxin, in: Gallas-FS (Fn. 6), S. 241 (246); ders., AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 107; Wessels/Beulke, AT (Fn. 10), Rn. 185 f.; Kühl, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 86; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 15 Rn. 165; vgl. auch Otto, AT (Fn. 10), § 6 Rn. 61.

²⁶ Herzberg, JA 1985, 265 (270); Schilling, JZ 1979, 159 (166); Frisch, NStZ 1992, 1 (5); Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 105 ff.; dies., in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 184 f.; dies., ZIS 2007, 247 (249).

²⁷ Puppe, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 179; Stratenwerth/Kuhlen, AT (Fn. 16), § 15 Rn. 74; vgl. Otto, AT (Fn. 10), § 6 Rn. 62.

²⁸ *Puppe*, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 179; *Roxin*, in: LK (Fn. 13), 11. Aufl. 1993, § 25 Rn. 217; *Hoyer*, in: SK (Fn. 2), § 25 Rn. 150; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT (Fn. 16), § 15 Rn. 79.

²⁹ Dach, NStZ 1984, 410; NStZ 1985, 24 (25); Frisch, NStZ 1992, 1 (5); Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2006, § 10 Rn. 15; Puppe, ZIS 2007, 247 (249 f.); dies., in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 192.

Maschine bei diesem Rennen zu Sturz und verletzte sich tödlich.

Der BGH hat damals den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung verurteilt mit der Begründung, dass die Einwilligung in die eigene Tötung nicht rechtfertigt.³⁰ Heute würde der BGH den Fall gewiss anders entscheiden, denn es ging nicht um die Einwilligung in eine Tötung durch den anderen, sondern um eine Selbstgefährdung des verunglückten Fahrers. Dabei hat der Angeklagte sich durchaus falsch verhalten, denn wilde Rennen auf öffentlichen Straßen sind nach § 29 Abs. 1 StVO verboten. Auch wenn der Angeklagte während des Rennens selbst keine Fahrfehler begangen hat, so wäre er doch mitverantwortlich gewesen, wenn sein Renngegner durch verkehrswidriges Verhalten nicht sich selbst, sondern einen dritten Verkehrsteilnehmer verletzt hätte, denn der Grund für das Verbot wilder Rennen besteht darin, dass Rennteilnehmer sich gegenseitig zu verkehrswidrigem und leichtfertigem Verhalten verführen können. Eine solche Verführung hat der Angeklagte für den anderen Rennteilnehmer geschaffen. Aber dieser hat sich im vollen Bewusstsein der Gefahr dieser Verführung selbst ausgesetzt und ist ihr dann erlegen. Würde man den Angeklagten dafür verantwortlich machen, so würde man ihm die Pflicht auferlegen, den Verunglückten in seinem Eigeninteresse vor einer Gefahr zu bewahren, die dieser unbedingt eingehen wollte. Man würde ihn also zu dessen Vormund machen.

Ein anderes Beispiel: Es ist nach § 14 Abs. 2 StVO verboten, sein Auto unabgeschlossen auf einem öffentlichen Platz abzustellen, damit es nicht von unkundigen Fahrern benutzt wird, die damit Dritte gefährden würden. Kommt aber der Autodieb ohne Fahrerlaubnis mit dem gestohlenen Wagen selbst zu schaden, so ist der Eigentümer nicht deshalb dafür verantwortlich, weil er einen Tatbeitrag dazu geleistet hat, indem er ihm Gelegenheit gegeben hat, das Auto an sich zu bringen und damit zu fahren.

Nun gibt es einige Sorgfaltspflichten, bei denen der Staat sich paternalistisch geriert und dem einen Bürger um der Gefahren für den anderen Willen verbietet, diesem Gelegenheit zu einer Selbstgefährdung zu bieten. Hierher gehört das Verbot ungenehmigten Glückspiels, vor allem aber das Verbot des Rauschgifthandels. Außer in staatlichen Spielkasinos und an der Börse soll der Bürger keine Gelegenheit erhalten, zu zocken, weil die Spielleidenschaft ihn ruinieren könnte. Weil Rauschgift schnell süchtig macht und die Gesundheit ruiniert, soll man keinem anderen Rauschgift liefern, auch nicht zum Eigenkonsum und auch dann nicht, wenn der Konsument sich des Risikos bewusst ist und es unbedingt eingehen will. Aber das sind Ausnahmen, die Regel ist, dass jeder mündige Bürger frei entscheiden darf,³¹ welchen Gefahren er sich aussetzt und wie er sich gegebenenfalls gegen sie schützt. Aber unter welchen Voraussetzungen liegt eine solche freie Entscheidung des Verletzten für die Selbstgefährdung vor?

3. Die Lösung

Wie gesagt hilft hier die Unterscheidung zwischen einer Beihilfe zur Selbstgefährdung und einer einverständlichen Fremdgefährdung nicht weiter. Sie läuft in der Praxis darauf hinaus, danach zu unterscheiden, ob als letzter der Täter oder das Opfer gehandelt hat. Hat als letzter das Opfer gehandelt, wie in unserem Beispielsfall, so spricht man von einer Beihilfe des Täters zu dessen Selbstgefährdung, die eo ipso keine Verantwortlichkeit des Täters für deren Folgen begründet.³² War es aber der Täter, der als letzter gehandelt hat, wie in dem Standardbeispiel, dass das Opfer sich von einem ersichtlich erheblich angetrunkenen Fahrer nach Hause bringen lässt, so spricht man von einer einverständlichen Fremdgefährdung und macht den Ausschluss der Zurechnung davon abhängig, dass die Einwilligung des Opfers in die Fremdgefährdung "wirksam" ist. 33 Aber von solchen Äußerlichkeiten kann die Entlastung des Täters nicht abhängen. Entscheidend ist vielmehr, ob das Opfer sich frei in eigener Verantwortung für die Selbstgefährdung entschieden hat. Das hat zwei Voraussetzungen: Erstens muss das Opfer die unerlaubten Eigenschaften der Gefahr kennen, der es sich aussetzt und zwar vollständig. Wenn der Täter dem Opfer ein Fahrzeug leiht, von dem dieses weiß, dass es abgefahrene Reifen, nicht aber, dass es auch noch defekte Bremsen hat, kann sich der Verleiher nicht auf freiverantwortliche Selbstgefährdung berufen, wenn das Opfer deshalb einen Unfall erleidet, weil erstens die Reifen abgefahren, zweitens die Bremsen defekt waren. Die zweite Voraussetzung ist, dass das Opfer sich wirklich frei ohne äußeren, aber auch ohne inneren Zwang für seine Selbstgefährdung entschieden hat, dergestalt, dass es eines Schutzes durch die Rechtsordnung vor dieser Gefährdung nicht bedarf, weil es auf seine eigene Vernunft verwiesen werden kann. Auch dies ist im vorliegenden Fall gegeben. Der Verunglückte wurde nicht nur in keiner Weise genötigt, sich den Gefahren eines wilden Rennens auf der Straße auszusetzen, er hatte dafür auch keinen Grund, der in irgendeinem Sinne als innerer Zwang verstanden werden kann, vor dem er von Rechts wegen hätte bewahrt werden sollen. Mit seinem unvernünftigen Ehrgeiz, um jeden Preis das Rennen gegen seinen Freund zu gewinnen, hätte er selbst fertig werden müssen. Er kann insoweit auf seine eigene Vernunft verwiesen werden.

4. Die Entscheidungsfreiheit des sich selbst Gefährdenden

Die Frage, ob der sich selbst Gefährdende in dem Sinne frei war, dass er allein für seine Gefährdung und deren Realisierung verantwortlich gemacht werden kann, ist sehr viel schwerer zu entscheiden als die, ob er das dafür notwendige Wissen hatte. Die Selbstgefährdung eines Retters, der ein Kind aus einem brennenden Haus holen wollte und dabei selbst im

³⁰ BGHSt 7, 112 (114).

³¹ *Puppe*, ZIS 2007, 247 (252); *dies.*, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 190.

³² Roxin, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 107 ff.; Wessels/Beulke, AT (Fn. 10), Rn. 185 ff.; Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 15 Rn. 165; Kühl, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 92.

³³ Roxin, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 121; Wessels/Beulke, AT (Fn. 10), Rn. 190 f.; Kühl, AT (Fn. 2), § 17 Rn. 83.

Rauch erstickte, mag äußerlich frei, sogar heldenhaft sein, sie ist gerade deshalb und solange kein Akt eigenverantwortlicher Selbstgefährdung, wie sie nach allgemeinen Maßstäben vernünftig erscheint.³⁴ Der verantwortungsbewusste Retter erlebt die Vorstellung, dass ein Kind im Hause verbrennen wird, wenn er es nicht rettet, als Zwang und er verdient es, vor solchem Zwang von Rechts wegen geschützt zu werden. Deshalb hat in einem derartigen Fall der BGH den Brandstifter mit vollem Recht für den Tod des Retters verantwortlich gemacht.³⁵

Auch wenn der Retter sich unter dem Stress der Notsituation verkalkuliert und eine Gefahr eingeht, die er vernünftigerweise nicht hätte eingehen sollen, verdient er den Schutz der Rechtsordnung. 36 Erinnern wir uns daran, dass ein bloßes Mitverschulden des Verunglückten an seinem Unglück den anderen Verursacher noch nicht entlastet. Erst wenn die Entscheidung des Retters mutwillig oder völlig unvernünftig war, z.B. eine Mutprobe, bei der er unter Lebensgefahr Sachen aus einem brennenden Haus holte, so braucht und verdient er den Schutz der Rechtsordnung vor dieser Motivation zur Selbstgefährdung nicht mehr. 37 Wenn aber z.B. der Fuhrunternehmer seinen LKW-Fahrern zwei Fahrtenschreiberblätter gibt, weil er von ihnen selbstverständlich erwartet, dass sie die Lenkzeiten krass überschreiten, um das Ladegut schneller ans Ziel zu bringen, so kann er sich nicht darauf berufen, dass der LKW-Fahrer, der wegen Übermüdung am Steuer einen tödlichen Unfall erlitten hat, sich freiverantwortlich selbst gefährdet habe, weil er doch genau gewusst habe, wie gefährlich das Fahren in übermüdetem Zustand ist. Er hat einen Druck auf ihn ausgeübt, sich und auch andere dieser Gefahr auszusetzen, der ihn für die Folgen mitverantwortlich macht, obwohl natürlich auch den Fahrer eine Verantwortung für seinen Unfall trifft. Wären bei dem Unfall außer dem LKW-Fahrer auch noch Dritte zu Schaden gekommen, so wären dafür sowohl der LKW-Fahrer als auch der Fuhrunternehmer verantwortlich.

VIII. Entlastung durch nachfolgendes überwiegendes Mitverschulden

Für Fälle, in denen zwei Beteiligte unabhängig voneinander und nacheinander durch sorgfaltswidriges Verhalten je eine Ursache des Erfolges gesetzt haben, werden in der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung verschiedene dogmatische Konzepte vertreten, durch die der Erstverursacher von der Verantwortung für den Erfolg entlastet werden soll, um diese allein demjenigen zuzuweisen, der als Letzter dafür

kausal geworden ist. 38 Die Rechtsprechung hat bisher keines dieser Konzepte aufgegriffen, aber der Gedanke, dass wenigstens bei grober Fahrlässigkeit des Letzthandelnden dieser allein die Verantwortung tragen soll, spielt doch unterschwellig auch in manchen Entscheidungen eine Rolle.³⁹ Eines dieser Konzepte, das dogmatisch einfachste und zugleich auf den ersten Blick plausibelste, sollten Sie kennen, die Entlastung durch überwiegendes nachfolgendes Mitverschulden. Auch der Protagonist dieses Konzepts, Burgstaller, geht von der "Universalformel" aus, "dass ein adäquat verursachter Erfolg seinem Urheber nur dann objektiv zurechenbar ist, wenn er sich als Verwirklichung gerade desjenigen Risikos erweist, dem die übertretene Verhaltensnorm gezielt entgegenwirken wollte."40 Mit dieser Formel meint aber Burgstaller weder das Erfordernis der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung noch das der generellen Geeignetheit der übertretenen Norm zur Verhinderung von Kausalverläufen der vorliegenden Art. Denn es geht nicht etwa um die Fälle, in denen die Sorgfaltspflichtverletzung des Zweithandelnden die Kausalkette zwischen der Ersthandlung und dem Erfolg oder wie im oben (VI. 5.) behandelten Taxifall den Schutzzweckzusammenhang unterbricht, sondern um solche, in denen beide Sorgfaltspflichtverletzungen in der kausalen Erklärung des Erfolges nacheinander vorkommen, sog. kumulative Kausalität. In diesen Fällen ist die Einhaltung der vom Ersthandelnden verletzten Sorgfaltsnorm auch generell geeignet, den Erfolg zu verhindern. Denn erst deren Übertretung schafft die Voraussetzungen dafür, dass den Zweithandelnden eine Sorgfaltspflicht trifft, die vom Ersthandelnden geschaffene Gefahr zu steuern. Als Zweitursachen sind nämlich vor allem ärztliche Kunstfehler sowie das Versagen von Rettern gemeint. "Bei grober Fahrlässigkeit des nachträglichen Fehlverhaltens eines Anderen erhält m.E. dieses Verhalten für den eingetretenen Enderfolg ein derart großes erlebnismäßiges Gewicht, dass es den Zusammenhang zwischen Enderfolg und Täterverhalten ganz in den Hintergrund treten lässt. Liegen die Dinge so, besteht aber von den Zwecken des Strafrechts her kein Bedürfnis mehr, den Enderfolg neben dem nachträglichen Fehlverhalten eines anderen zusätzlich auch noch dem

 ³⁴ BGHSt 39, 322 (325 f.) mit Bespr. *Sowada*, JZ 1994, 663;
 Bespr. *Puppe*, AT/1 (Fn. 5), § 6 Rn. 34 ff.; *Bernsmann/Zieschang*, JuS 1995, 775; *Günther*, StV 1995, 78 (80);
 vgl. auch *Frisch*, NStZ 1992, 62 (65); *Puppe*, in: NK (Fn. 3),
 Vor § 13 Rn. 186; so schon *Rudolphi*, JuS 1969, 549 (557).
 ³⁵ BGHSt 39, 322 (326).

³⁶ OLG Stuttgart NJW 2008, 1971 (1972).

³⁷ Die Literatur kennt dafür Beispiele wie *Kleists* Käthchen von Heilbronn, *Schillers* Taucher oder den Ritter de Lourge in *Schillers* Handschuh.

³⁸ Hier können nur die Stichworte genannt werden, unter denen diese Konzepte firmieren, sowie ihre maßgeblichen Vertreter: Abgrenzung von Verantwortungsbereichen: *Roxin*, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 137 ff.; Vertrauensgrundsatz: *Rudolphi*, in: SK (Fn. 2), Vor § 1 Rn. 73 f.; Selbstverantwortungsprinzip: *Lenckner*, in: Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 490 (505); *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 32 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 72 ff.

³⁹ OLG Stuttgart NJW 2008, 1971.

⁴⁰ Burgstaller, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 357 (362); Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 15 Rn. 169; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 162; Roxin, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 143.

Täter des Ausgangsdelikts zuzurechnen. "41 Das Bedürfnis, den Erstverursacher auch für den Erfolg verantwortlich zu machen, lässt also nach, weil man in Gestalt des Zweitverursachers schon einen Sündenbock hat, der auf jeden Fall dafür verantwortlich ist. Aber, ist das gerecht? Ist das erlebnismäßige Übergewicht eines groben Zweitverschuldens wirklich Grund genug, das Prinzip aufzugeben, dass sich niemand, der schuldhaft die Ursache eines Erfolges gesetzt hat, zu seiner Entlastung darauf berufen kann, dass auch ein anderer dies getan hat?

$Der Fall^{42}$

Der Angeklagte hatte bei einer Wirtshausschlägerei seinen erheblich alkoholisierten Gegner mit einem kräftigen Faustschlag ins Gesicht zu Boden gestreckt. Der Gegner, offenbar nicht mehr standfest, stürzte so heftig mit dem Kopf auf den Boden, dass er das Bewusstsein verlor. Er hatte sich einen Schädelbruch zugezogen, der bei der sofort veranlassten Untersuchung im Krankenhaus wegen Nachlässigkeit nicht erkannt wurde. Deshalb fand die zur Lebensrettung notwendige sofortige Operation nicht statt, sondern der Patient wurde nach Hause entlassen. Als er, nachdem er erneut das Bewusstsein verloren hatte, in das Krankenhaus zurückgebracht wurde, war es zu spät, sein Leben durch eine Operation zu retten.

Der tödliche Schädelbruch war von dem Angeklagten durch, wohl sogar grobe, Fahrlässigkeit verursacht worden und an diesem Schädelbruch ist das Opfer schließlich auch verstorben, so dass auch das Durchgängigkeitserfordernis erfüllt ist. Das Verbot, andere niederzuschlagen, ist auch generell geeignet, Kausalverläufe dieser Art zu verhindern. Auch das Versäumnis der Ärzte, einen Patienten, der heftig auf den Kopf gestürzt ist, und das Bewusstsein verloren hat, nicht gründlich auf einen Schädelbruch hin zu untersuchen, ist sicherlich ein grobes. Die Entscheidung, welche von beiden Sorgfaltspflichtverletzungen die gröbere war, fällt aber im vorliegenden Fall schon schwer. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten allein sollten aber kein Grund dafür sein, die vorgeschlagene Einschränkung der Zurechnung abzulehnen, sofern sie gerecht ist.

Aber ist sie gerecht? Soll der Zweitverursacher am Ende nur deshalb allein für den Erfolg verantwortlich sein, weil er eben der Zweite bzw. der Letzte war, der einen fahrlässigen Beitrag zu dessen Eintritt geleistet hat? Gewiss kann der Erstverursacher, hier also der Wirtshausschläger geltend machen, dass die Ärzte ihn durch ihre Nachlässigkeit tiefer in die Strafbarkeit hineingeritten haben. Aber mit dem selben Recht kann der nachlässige Arzt geltend machen, dass der Wirtshausschläger durch den rücksichtslosen Gebrauch, den er von seiner Faust gemacht hatte, ihn erst in die Situation manövriert hat, Sorgfalt anwenden zu müssen, um das Leben von dessen Gegner zu retten. Sicherlich war die Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes bei der Untersuchung des Schädelverletzten einigermaßen ungewöhnlich. Über ihre Vorhersehbarkeit mag man sich streiten. Aber das Kriterium der Vorher-

⁴¹ Burgstaller, in: Jescheck-FS (Fn. 40), S. 357 (365); ähnlich Roxin, AT/1 (Fn. 1), § 11 Rn. 142 f.; Kühl (Fn. 2), § 4 Rn. 68.
 ⁴² Nach Burgstaller, in: Jescheck-FS (Fn. 40), S. 357 (358).

sehbarkeit ist allzu unsicher und es ist in der Lehre von der objektiven Zurechnung durch differenziertere und klarere Kriterien ersetzt worden. ⁴³ Auch ein nachträglich hinzutretender unglücklicher Zufall entlastet den fahrlässigen Verursacher ja grundsätzlich nicht.

Eine andere Überlegung spricht vollends gegen die Gerechtigkeit dieser Lösung: Das erlebnismäßige Übergewicht des Mitverschuldens eines Dritten wird stets nur zugunsten des Ersthandelnden, niemals zugunsten des Zweithandelnden geltend gemacht. Stellen Sie sich vor, der Arzt im Krankenhaus hätte bei der sehr schwierigen und gefährlichen Schädel-Hirn-Operation, die aufgrund des Niederschlagens des Patienten durch den Ersthandelnden notwendig geworden war, einen kleinen Kunstfehler gemacht. Niemand würde ihn mit der Verteidigung hören, die grobe Fahrlässigkeit des Wirtshausschlägers habe gegenüber seiner leichten ein derartiges erlebnismäßiges Übergewicht, dass der Tod des Patienten nur dem Wirtshausschläger zugerechnet werden dürfe. Das ist nicht von ungefähr so. Die Entlastung des Erstschädigers durch Mitverschulden des Zweitschädigers kann man sich nur deshalb leisten, weil der Erstschädiger sie nicht voraussehen kann. Deshalb kann er nicht im Hinblick auf das künftige Mitverschulden des anderen seine Sorgfaltspflichten vernachlässigen. Würde man aber die Entlastung durch überwiegendes Mitverschulden auch dem Zweitverursacher gewähren, so könnte dieser genau dies tun. Denn das Verschulden des Erstverursachers steht in seinem Ausmaß ja bereits fest und ist dem Zweitverursacher womöglich auch bekannt. Je gröber also die Fahrlässigkeit des Erstverursachers ist, eine umso gröbere Fahrlässigkeit könnte sich der Zweitverursacher leisten, ohne eine Verantwortung für die Folgen fürchten zu müssen. Das ist der Grund dafür, dass das Argument des überwiegenden Mitverschuldens stets nur zugunsten des Zweitverursachers ins Feld geführt wird. Aber die Regel, den Letzten beißen die Hunde, ist kein Prinzip gerechter Zurechnung. Die Idee, dass ein geringes Mitverschulden gegenüber einem großen derart zurücktreten soll, dass es keine Zurechnung mehr begründet, ist also trotz ihrer Plausibilität auf den ersten Blick abzulehnen, weil sie nicht konsequent durchführbar ist.44

IX. Zusammenfassung, das System der Lehre von der objektiven Zurechnung

Der Lehre von der objektiven Zurechnung wird nachgesagt, sie besitze kein System und sei nichts anderes als ein Sammelsurium von Topoi. 45 So, wie diese Lehre in Lehrbüchern

⁴³ Otto, AT (Fn. 10), § 10 Rn. 13 ff.; Jakobs, AT (Fn. 24), 9/13; Stratenwerth/Kuhlen, AT (Fn. 16), § 8 Rn. 22 ff.; Puppe, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 255.

⁴⁴ *Puppe*, in: NK (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 253.

⁴⁵ Armin Kaufmann, in: Jescheck-FS (Fn. 40), S. 251 (271); im Anschluss an Armin Kaufmann: Hettinger, JuS 1991, L 33; vgl auch Hirsch, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 403 ff.; Maiwald, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 465 (481); Frisch, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Ge-

oft dargestellt wird, ist das auch richtig. Aber man kann die Topoi, also Redensarten, nur dann durch klare Kriterien ersetzen, wenn man sie in eine sinnvolle Reihenfolge bringt. Denn bei genauem Zusehen erweist sich, dass die Bedingungen der objektiven Zurechnung dergestalt logisch aufeinander aufbauen, dass über die logisch nachrangige erst entschieden werden kann, wenn die logisch vorrangige festgestellt ist. Deshalb sei hier als Zusammenfassung des Vorstehenden das System der Lehre von der objektiven Zurechnung kurz dargestellt.

Die Prüfung beginnt mit der Handlung des Täters und ihrer Kausalität für den Erfolg. Dann stellt sich die Frage, ob die Handlung des Täters sorgfaltswidrig war, er also das verletzte Rechtsgut einem unerlaubten Risiko ausgesetzt hat. Dieses unerlaubte Risiko hat sich genau dann im Erfolg realisiert, wenn diejenigen Eigenschaften der Täterhandlung, die es ausmachen, also sorgfaltswidrig sind, in demjenigen Kausalverlauf als notwendiger Bestandteil vorkommen, der den Erfolg tatsächlich erklärt. Das ist dadurch festzustellen, dass man versucht, den Kausalverlauf zu erklären, ohne Aussagen über die sorgfaltswidrigen Eigenschaften der Handlung zu machen. Dieser Kausalverlauf ist nun daraufhin zu prüfen, ob die Einhaltung der Sorgfaltsnorm generell geeignet ist, Verläufe dieser Art zu verhindern. Ist das nicht der Fall, so unterfällt der Kausalverlauf nicht dem Schutzzweck der Norm. Schließlich kann sich noch die Frage stellen, ob der Verletzte sich in einer Weise an dem Schadensverlauf beteiligt hat, die eine freiverantwortliche Selbstgefährdung darstellt.

In jedem Fall von Fahrlässigkeit unabdingbar ist nur die Prüfung der ersten drei Voraussetzungen, also die Kausalität der Handlung, deren Sorgfaltswidrigkeit und die Kausalität der sorgfaltswidrigen Eigenschaften der Handlung für den Erfolg, sog. Realisierung der unerlaubten Gefahr. Die Problematik des Schutzzwecks oder der Selbstgefährdung ist nur dann anzusprechen, wenn der Sachverhalt dafür Anhaltspunkte liefert. Beim Vorsatzdelikt genügt in aller Regel die Feststellung von Handlung und Kausalität, weil bei den meisten Vorsatztaten die Unerlaubtheit des Risikos, dem der Täter sein Opfer ausgesetzt hat, so offensichtlich ist, dass deren Feststellung sowie die Feststellung der Realisierung dieses Risikos keiner weiteren Erörterung bedarf. Es würde einigermaßen befremdlich wirken, wenn in einem Fall, in dem der Täter in Verletzungsabsicht auf sein Opfer geschossen oder eingestochen hat, Ausführungen darüber gemacht würden, dass es nicht erlaubt ist auf andere zu schießen oder einzustechen und dass sich in den Verletzungen des Opfers dieses unerlaubte Risiko auch realisiert hat. Das ändert allerdings nichts daran, dass theoretisch diese Voraussetzungen auch für das Vorsatzdelikt gelten, wie wir am Taxibeispiel gesehen haben. Sie müssen sich von der Vorstellung freima-

burtstag, 2001, S. 213 (231); *Kühl*, AT (Fn. 2), § 4 Rn. 97; insb. zum Schutzzweck der Norm *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, § 15 Rn. 181; *Weber*, in: Baumann/ders./Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 14 Rn. 100; *Degener*, Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001, S. 54 (62, 511).

chen, dass es im Strafrecht gilt, in jedem Fall ein bestimmtes festes Programm abzuspulen. In anderen Fächern erwartet man dies ja auch nicht.

Wiederholung und Vertiefung im Schwerpunktbereich – Wirtschaftsstrafrecht: Untreue durch Vorstandsmitglieder einer AG zum Nachteil einer abhängigen GmbH BGHSt 49, 147 ("Bremer Vulkan")

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

Amtliche Leitsätze:

- 1. Investitionsbeihilfen begründen grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, es sei denn, der Empfänger hat zugleich über den Subventionszweck hinausgehende Vermögensinteressen des Subventionsgebers zu beachten.
- 2. In einem Konzern verletzen die Vorstandsmitglieder der beherrschenden Aktiengesellschaft jedenfalls dann ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer abhängigen GmbH, wenn deren Vermögenswerte in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass im Fall ihres Verlustes die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft oder deren Existenz gefährdet wäre.

[...]

StGB § 266 Abs. 1

BGH, Urt. v. 13.5.2004 - 5 StR 73/03

Sachverhalt (vereinfacht):

Der Angeklagte H war Vorstandsvorsitzender der BVV-AG, eines Werftenverbundes, die über zwei Tochter-GmbHs (MTW und VWS) Werften in Ostdeutschland betrieb. Diese Werften hatte die BVV-AG zuvor von der damaligen Treuhandanstalt erworben. In den Erwerbsverträgen wurden sowohl für die MTW wie auch die VWS zum Zweck der Standort- und Arbeitsplatzsicherung erhebliche Investitionsbeihilfen durch die Treuhandanstalt zugesichert und schließlich auch ausgezahlt. Bedingt durch die allgemeinen wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Schiffbau befand die BVV-AG sich in der Folgezeit ständig in einer angespannten finanziellen Situation. Da die beiden Ostwerften aufgrund der gewährten Investitionsbeihilfen über erhebliche Liquiditätsreserven verfügten, wurden sie von der Konzernspitze in ein konzernweites "Cash-Management-System" einbezogen. Damit sollte gewährleistet werden, dass finanzielle Reserven der beiden Tochter-GmbHs dem gesamten Konzern zugute kommen. Nach anfänglichen Erfolgen bei der Konsolidierung der finanziellen Situation des Gesamtkonzerns kam es immer wieder zu Rückschlägen aufgrund von Forderungsausfällen, bis schließlich das Konkursverfahren eröffnet werden musste. Bis dahin waren rund 850 Millionen DM aus den beiden Ostwerften abgeflossen.

Zur Veranschaulichung des Sachverhaltes siehe Schaubild 1, unten S. 614.

Das Landgericht verurteilte H jeweils wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB zum Nachteil der beiden Ostwerften. Der 5. Strafsenat des BGH schließt sich dem im Ergebnis, nicht aber in der Begründung an.

I. Einführung

Der Tatbestand der Untreue ist in der Praxis wie in der Lehre unbeliebt. Das hat seinen Grund unter anderem in dem problematischen Verhältnis der beiden Tatvarianten der Untreue zueinander. Im vorliegenden Fall kommt die Verquickung mit dem Gesellschaftsrecht - es geht um einen Fall der sog. "Konzernuntreue" - hinzu. Will man sich den Inhalt und die Bedeutung der Entscheidung des BGH klar machen, bietet es sich an, in mehreren Schritten vorzugehen. Zunächst sind noch einmal die grundsätzlichen Voraussetzungen des Untreuetatbestandes zu klären (unter II.). Dabei wird sich zeigen, dass das Verhältnis von § 266 Abs. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB und damit der Untreuetatbestand sich insgesamt nur verstehen lässt, wenn man die Tathandlungen der beiden Varianten zueinander ins rechte Verhältnis setzt (vgl. Schaubild 2). Erst im Anschluss daran lässt sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft wegen Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH beantworten (unter III.). Schließlich soll unter IV. - die Bedeutung des Urteils und seine Relevanz für das Studium kurz bewertet werden. Unter V. finden sich sodann weiterführende Literaturhinweise. Dabei ist wichtige und unbedingt lesenswerte Literatur zum Tatbestand der Untreue insgesamt (unter 1.), zu der vorliegenden Entscheidung des BGH (unter 2.), zur weiteren Vertiefung (unter 3.) und schließlich zur Einübung der Fallbearbeitung (unter 4.) genannt.

II. Die Voraussetzungen der Untreue im Sinne des § 266 StGB

§ 266 StGB ist Sonderdelikt. Damit kann sich als Täter der Untreue nur derjenige strafbar machen, der selbst vermögensbetreuungspflichtig ist. Gerade an diesem Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht entzündet sich aber Streit: So behauptet ein beachtlicher Teil der Literatur, dass diese zwar in Var. 2 – der sog. Treubruchsvariante –, nicht aber in Var. 1 – dem Missbrauchstatbestand – vorausgesetzt sei. Die mittlerweile herrschende Meinung geht aber zu Recht davon aus, dass grundsätzliche Strafbarkeitsvoraussetzung in beiden Varianten des Untreuetatbestandes die Vermögensbetreuungspflicht ist. Legt man diese Ansicht zugrunde, lässt der

¹ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 781.

² Vertreten etwa von *Schünemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 266 Rn. 11 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 7 ff.

³ BGHSt 24, 386 (387); 33, 244 (250); BGH wistra 1991, 305 (307); *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 22 Rn. 68; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 266 Rn. 6, 18; *Lackner/Kühl*, Straf-

Tatbestand der Untreue sich jedenfalls grundsätzlich recht einfach systematisieren: Der speziellere⁴ Missbrauchstatbestand unterscheidet sich vom Treubruchstatbestand zunächst einmal dadurch, dass zwar hier wie dort *Tathandlung* die *Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht* ist, diese Verletzung zur Erfüllung des Missbrauchstatbestandes aber gerade im Wege des Missbrauchs der dem Täter eingeräumten Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis stattfinden muss.⁵ Für die Verwirklichung des Treubruchstatbestandes hingegen genügt jedes – auch faktische – Verhalten.⁶ Die auf die eine oder andere Weise verwirklichte Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht muss dann den tatbestandlichen Erfolg Vermögensnachteil herbeigeführt haben, der grundsätzlich dem aus dem Betrugstatbestand bekannten Vermögensschaden entspricht.

Im Überblick lässt sich dies wie folgt darstellen:

Zum Prüfungsaufbau des § 266 StGB siehe Schaubild 2, unten S. 615.

III. BGHSt 49, 147: Die Entscheidung des 5. Senats vom 13.5.2004

1. Das Urteil: Inhalt und Analyse

Der BGH beantwortet in seiner Entscheidung in erster Linie die Frage nach der strafrechtlichen Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft wegen Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH. Mit der Bejahung der Strafbarkeit wegen Untreue legt er die Reichweite des strafrechtlichen Schutzes des Gesellschaftsvermögens großzügig fest. Dreh- und Angelpunkt des Urteils ist dabei die Bejahung der Vermögensbetreuungspflicht. Darüber hinaus birgt das Urteil einige weitere spannende Fragen, von denen freilich nur die genannte im Fokus des wissenschaftlichen Interesses steht. Sie bildet daher auch hier den Schwerpunkt der Betrachtung (unter a). Im Anschluss hieran soll aber zumindest noch kurz auf ein etwas verstecktes Problem im Zusammenhang mit dem von den Richtern ohne großes Aufheben bejahten Vermögensnachteil eingegangen werden (unter b).

a) Die Frage nach dem Bestehen der Vermögensbetreuungspflicht

Für den BGH stellt die entscheidende Frage bei der Begründung der Strafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft wegen Untreue die Existenz der Vermögensbetreu-

gesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 45 Rn. 18; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 18 Rn. 2, 8. Vgl. auch *Kindhäuser*, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 34.

⁴ BGH JR 1983, 515; *Samson/Günther*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 39. Lieferung, Stand: Dezember 1996, § 266 Rn. 3 ff

ungspflicht dar. Zwar wäre Adressat einer solchen Pflicht zur Fürsorge über fremdes Vermögen zunächst die AG selbst; gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB ließe sie sich jedoch auf den Vorstandsvorsitzenden H erstrecken, der damit selbst Täter einer Untreue sein kann.

aa) Anders als noch das Landgericht meinen die Richter des 5. Senats die Vermögensbetreuungspflicht nicht bereits aus den mit der Treuhandanstalt geschlossenen Erwerbsverträgen herleiten zu können.

bb) Richtig erkennt der BGH auch, dass eine Vermögensbetreuungspflicht sich auch nicht aus den in den Erwerbsverträgen enthaltenen Subventionszusagen ergeben kann, denn eine solche "[...] setzt regelmäßig ein Rechtsverhältnis voraus, das auf die Betreuung fremder Vermögensangelegenheiten gerichtet ist [...]. Eine solche Treuebeziehung wird sich prinzipiell bei fremdnützigen Schuldverhältnissen ergeben. Deshalb wird die Treupflicht auch als ,fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis' verstanden (vgl. Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. § 266 Rdn. 23a). Es wird sogar verlangt, dass die Treupflicht eine Art Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (vgl. BGH GA 1977, 18, 19). Anders ist dies beim Subventionsempfänger. Dieser wird nicht fremdnützig tätig. Vielmehr wird nach der Zielsetzung der Subventionsleistung die eigene Wertschöpfung des Empfängers gefördert. Insoweit nimmt er kein fremdes, sondern letztlich ein eigenes Geschäft wahr."

Ein Fall, in dem eine vom BGH für möglich gehaltene Ausnahme von diesem Grundsatz zu machen sei – wenn nämlich der Subventionsempfänger zugleich Vermögensinteressen seines Treugebers zu beachten habe⁸ – liegt hier nicht vor.

cc) Nach Ansicht des BGH kommt nach den Feststellungen des Landgerichts aber eine Vermögensbetreuungspflicht unter dem Gesichtspunkt des sog. "existenzgefährdenden Eingriffs" in Frage. Dem Angeklagten als Organ der Alleingesellschafterin BVV-AG "kann nämlich gegenüber dem beherrschten Unternehmen insoweit eine Treupflicht zukommen, als [er] dem beherrschten Unternehmen nicht Vermögenswerte in einem Umfang entziehen [durfte], welcher die Existenzfähigkeit des Unternehmens gefährdete."

Dabei stellen die Richter – in Übereinstimmung mit der bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung 10 – zunächst klar, dass der Gesellschaft mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zwar grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden könnten, weil die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälerten Bestand habe. Daher seien solche Verfügungen, die in Übereinstimmung mit dem Vermögensinhaber erfolgten, grundsätzlich nicht pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB. 11 Allerdings gebe es einen Bereich, der der Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter entzogen sei, weil Interes-

⁵ Deutlich und richtig *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Tb. 1, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 15.

⁶ *Mitsch* (Fn. 5), § 8 Rn. 46.

⁷ BGHSt 49, 147 (155).

⁸ BGHSt 49, 156 unter Hinweis auf BGH GA 1977, 18 (19).

⁹ BGHSt 49, 157.

¹⁰ Vgl. BGHZ 151, 181 (186 f.).

¹¹ Ebenso auch bereits BGH wistra 2003, 344 (346 f.); NJW 2003, 2996 (2998).

sen anderer oder öffentliche Interessen betroffen seien. 12 Ein solcher Fall liegt nach Auffassung des BGH hier vor: "Der Zweck einer Kapitalgesellschaft erschöpft sich nämlich nicht in einer bloßen Vermögensanlage für die Gesellschafter. Jedenfalls wenn die Gesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit aufgenommen hat, handelt sie unter eigener Rechtspersönlichkeit als Wirtschaftssubjekt im Geschäftsverkehr und wird Träger von Rechten und Pflichten. Dies läßt gleichzeitig Schutzerfordernisse entstehen, die sicherstellen, daß die Gesellschaft die Essentialien einhält, die für das Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs unerläßlich sind und auf die der Rechtsverkehr vertrauen können muß. Dementsprechend hat die Rechtsprechung eine Vermögensverfügung dann gegenüber der Gesellschaft als treuwidrig und wirkungslos angesehen, wenn die Verfügung geeignet ist, das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen [...]. Eine entsprechende Pflicht, die Gesellschaft nicht existenzbedrohend zu beeinträchtigen, trifft nicht nur den Geschäftsführer als das vertretungsberechtigte Organ, sondern in gleicher Weise den beherrschenden Alleingesellschafter [...]."1

Zwar lässt der BGH letztlich offen, ob eine solche - zivilrechtliche – Existenzerhaltungspflicht für sich hinreicht, eine strafrechtliche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB annehmen zu können. 14 Jedenfalls im konkreten Fall sieht der BGH weitere Besonderheiten, die für ihn zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht führen: "Die Vermögenswerte der Ostwerften befanden sich innerhalb des Konzerns. Diese standen entweder als Festgeldanlagen dem Konzern bzw. seinen Tochtergesellschaften zur Verfügung oder waren in das Cash-Management-System einbezogen, was materiell die Gewährung eines Darlehens bedeutete [...]. Damit befanden sich die Gelder in der ausschließlichen Einflußsphäre des Konzerns. Insoweit war die BVV-AG, die als Alleingesellschafterin über die Gelder nur in den oben gesteckten Schranken verfügen durfte, rechtlich gehalten, eine andauernde Sicherung der Gelder zu gewährleisten. [...] Erreicht der Vermögenstransfer ein solches Ausmaß, daß die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten des einlegenden Konzernmitglieds im Falle eines Verlusts der Gelder gefährdet wäre, dann trifft die Muttergesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht, die Rückzahlung der Gelder etwa durch ausreichende Besicherung - zu gewährleisten."

Die für die Konzernmutter auf diesem Wege begründete Vermögensbetreuungspflicht wird sodann H nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugerechnet. Nach Ansicht des BGH hat er sich daher wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

b) Die Frage nach dem Eintritt des Vermögensnachteils

Für offenbar völlig unproblematisch halten der BGH und offensichtlich auch die im Anschluss an die Entscheidung ergangene Literatur die Frage nach der – von der Prüfung der Vermögensbetreuungspflicht zu unterscheidenden – Begründung des Vermögensnachteils. In Wahrheit ist diese Frage so

einfach und ohne weiteres nicht zu beantworten. Insoweit in Übereinstimmung mit dem Landgericht¹⁵ geht der BGH wenn auch im Rahmen der Begründung des Merkmals der Vermögensbetreuungspflicht¹⁶ – davon aus, dass spätestens ab dem Zeitpunkt, zu dem die Gelder der Ostwerften nicht mehr gesichert gewesen seien, ein Nachteil im Sinne einer "schadensgleichen Vermögensgefährdung" vorgelegen habe (vgl. auch die Formulierung des 2. Leitsatzes, oben S. 610). Ein solcher Gefährdungsschaden¹⁷ wird von der ganz herrschenden Meinung im Rahmen des Betruges wie auch im Rahmen der Untreue auf dem Boden einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu Recht dann für ausreichend gehalten, wenn er "hinreichend konkret" ist. 18 Damit ist gemeint, dass unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein Schaden bzw. Nachteil im Sinne der §§ 263, 266 StGB bereits dann vorliegt, wenn der in Frage stehende Vermögensgegenstand zwar noch nicht endgültig verloren ist, die Gefährdung des Vermögens aber praktisch schon einer wirtschaftlichen Wertminderung gleichkommt. 19 In strafrechtsdogmatischer Hinsicht soll so gewährleistet sein, dass das Erfolgsdelikt als konkretes Gefährdungsdelikt Erfolgsdelikt bleibt und nicht über die Zulassung einer nur abstrakten – also wirtschaftlich gesehen noch weit entfernten - Gefahr des Verlustes zum abstrakten Gefährdungsdelikt und damit zum reinen Tätigkeitsdelikt wird.20

Es fragt sich, ob der BGH dieser sonst auch von ihm mitgetragenen Restriktion im vorliegenden Urteil noch gerecht wird. Denn wenn die Vermögensbetreuungspflicht für den Zeitpunkt der "schadensgleichen Vermögensgefährdung" im gerade beschriebenen Sinne begründet wird, so scheint der BGH auch den Eintritt des Tatbestandserfolgs des Vermögensnachteils auf diesen Zeitpunkt zu beziehen. Wie beim sog. Eingehungsbetrug liegt dann auch bei der Untreue bereits vor Eintritt des endgültigen Vermögensverlusts eine vollendete Tat vor. Ob freilich eine in wirtschaftlicher Hinsicht hinreichend konkrete Vermögensgefährdung bereits dann eingetreten ist, wenn die Vermögenswerte der abhängigen GmbH "in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass [erst!] im Falle ihres Verlusts die Existenz der Tochtergesellschaft gefährdet wäre" (oben S. 610, 2. Leitsatz am Ende), erscheint doch fraglich. Denn wenn vor den Eintritt der Gefährdung der Existenz der GmbHs der Verlust ihrer liquiden Mittel gesetzt wird, dann ist die (hinreichend konkrete) Gefährdung gerade noch nicht eingetreten. Jedenfalls im vorliegenden Fall gerät die Auslegung des

¹² BGHSt 49, 158.

¹³ BGHSt 49, 158.

¹⁴ BGHSt 49, 160. In diesem Sinne zuvor BGHZ 149, 10 (17 f.).

¹⁵ Vgl. die Schilderung in BGHSt 49, 153.

¹⁶ BGHSt 49, 161.

¹⁷ Zur Terminologie vgl. *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 586 ("Gefahr minderwertiger Kompensation"). Ebenso jetzt *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 385.

¹⁸ *Küper* (Fn. 17), S. 384 m.w.N.

¹⁹ Noch immer lesenswert *Eser*, Strafrecht IV, 4. Aufl. 1983, S. 138 A 34.

²⁰ Zum Unterschied zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikt einerseits und Gefährdungs- sowie Verletzungsdelikt andererseits vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 102 ff.; § 10 Rn. 123 f.

Untreuetatbestandes damit in gefährliche Nähe zur Konstruktion eines abstrakten Gefährdungsdelikts.

Davon abgesehen vermengt der BGH auf diese Weise die Begründung der Vermögensbetreuungspflicht als konstitutives Element der Sonderdeliktseigenschaft der Untreue mit der Frage nach der Begründung des Vermögensnachteils, also dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges.²¹

2. Einwände der Literatur

Die Literatur hat die Auffassung des BGH, auch im Konzern habe der herrschende Gesellschafter die Eigeninteressen einer abhängigen GmbH zu achten und dürfe gebundenes Vermögen nicht beeinträchtigen, im Wesentlichen mitgetragen. Freilich wird insbesondere eingewandt, dass in dem vom BGH entschiedenen Fall in Wahrheit nicht die Besonderheiten des Cash-Management-Systems im Rahmen der Begründung der Vermögensbetreuungspflicht ausschlaggebend seien, sondern es schlicht um die Gesellschafterstellung gehe. Das ändert freilich nichts daran, dass auch diese Literaturansicht im Ergebnis zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht und damit zur Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB gelangt. 4

Grundlegender ist der in der Literatur geäußerte Einwand, dass mit der Ansicht des BGH letztlich nicht der Schutz der GmbH um ihrer selbst willen vor dem Zugriff ihrer Gesellschafter, sondern vielmehr Gläubigerschutz gewährleistet werde. Die Interessen der Gläubiger fielen aber nach einhelliger Ansicht nicht unter den Schutzbereich des § 266 StGB. Eine Strafbarkeit wegen Untreue lässt sich nach dieser Ansicht nur in den Fällen begründen, in denen dem Eingriff in das GmbH-Vermögen nicht sämtliche Gesellschafter zugestimmt haben. Der strafrechtliche Schutz vor existenzgefährdenden Eingriffen, die mit Zustimmung der Gesellschafter erfolgen, sei vielmehr über § 283 StGB zu gewährleisten. Diese Ansicht hat in der Tat für sich, dass die Gefahr besteht, über den Schutz der Gläubigerinteressen den Tatbestand des § 266 StGB in ein abstraktes Gefährdungsdelikt umzudeuten (s.o.).

IV. Bedeutung des Urteils, Relevanz für das Studium

Bei dem vorliegenden Urteil handelt es sich um die strafrechtliche Bestätigung und Fortentwicklung der zivilrechtlichen Parallelentscheidung BGHZ 149, 10 ("Bremer Vulkan"), die sich ihrerseits auf die vorangegangene strafrechtliche Judikatur (BGHSt 35, 333) bezieht. Die Anwendungs-

voraussetzungen des zivilrechtlichen Rechtsinstituts des "existenzvernichtenden Eingriffs" (hierzu auch insbes. BGHZ 151, 61; 151, 181) werden in das Strafrecht übertragen und unter dem Stichwort des "existenzgefährdenden Eingriffs" zur Begründung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB herangezogen. Die terminologische Abweichung erklärt der BGH mit dem Umstand, dass für den strafrechtlichen Schadens- bzw. Nachteilsbegriff die "schadensgleiche Gefährdung" ausreicht.²⁹

Für die Strafbarkeit wegen Untreue in gesellschaftsrechtlichem Zusammenhang ist zunächst zweierlei wichtig: Zum einen wird die Pflicht, die Gesellschaft nicht existenzbedrohend zu beeinträchtigen, auf den Alleingesellschafter erstreckt. Zum anderen werden über die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht mittelbar die Gläubiger der Gesellschaft geschützt. Denn wenn über die Annahme einer Strafbarkeit wegen Untreue der Entzug der Haftungsmasse der Gesellschaft sanktioniert wird, kommt dieser Schutz letztlich auch den Gläubigern der Gesellschaft zugute. Das muss man nicht gutheißen, wird auf diese Weise doch der Anwendungsbereich des § 266 Abs. 1 StGB auch auf solche Personen erstreckt, denen gegenüber regelmäßig gerade keine Vermögensbetreuungspflicht besteht.

Mittlerweile hat freilich der *II. Zivilsenat* des BGH in der sog. "Trihotel"-Entscheidung die zivilrechtliche "Existenzvernichtungshaftung" auf eine neue Grundlage gestellt.³¹ Nunmehr wird die Haftung des Gesellschafters ausdrücklich über § 826 BGB als *Innen*haftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet.³² Soweit eine solche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB eine Untreue gem. § 266 StGB begründen kann, bleibt abzuwarten, wie die strafrechtliche Diskussion sich im Anschluss hieran entwickelt.

V. Literaturhinweise

- 1. Zum Tatbestand der Untreue: *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Tb. 1, 2. Aufl. 2002, § 8.
- 2. Zur Entscheidung des BGH: *Kasiske*, wistra 2005, 81; *Kutzner*, NStZ 2005, 271; *Pfeiffer*, JA 2005, 95; *Ransiek*, wistra 2005, 121.
- 3. Zur Vertiefung: *Kindhäuser*, in: Dölling u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 709; *Radtke*, GmbHR 1998, 311 (1. Teil), 361 (2. Teil); *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113. Vgl. auch die Nachweise bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, § 18 Rn. 756 in Fn. 32.
- 4. Zur Fallbearbeitung: *Seier*, JuS 2002, 237; *Kudlich*, PdW Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, Fälle 192-

²¹ Ebenso geht der BGH im sog. "Kanther"-Urteil vor, vgl. BGH NJW 2004, 1760. Unkritisch insoweit *Ransiek*, NJW 2004, 1727 (1728).

²² Vgl. insbes. *Ransiek*, wistra 2005, 121; *Tiedemann*, JZ 2005, 45.

²³ So ausdrücklich *Ransiek*, wistra 2005, 124. Vgl. auch *Radtke*, GmbHR 1998, 361 (367).

²⁴ *Ransiek*, wistra 2005, 125.

²⁵ *Kasiske*, wistra 2005, 83.

²⁶ Kasiske, wistra 2005, 85 mit Nachweisen in Fn. 47.

²⁷ *Kasiske*, wistra 2005, 85.

²⁸ Vgl. auch *Radtke*, GmbHR 1998, 364.

²⁹ BGHSt 49, 159.

³⁰ *Kudlich*, JuS 2004, 1119. Weiterhin konsequent in dieser Richtung aber der BGH, vgl. BGH wistra 2006, 265; BGH JR 2008, 384.

³¹ BGH, Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 = BGHZ 173, 246.

 ³² BGHZ 173, 246 (252 Rn. 17); Witt, DNotZ 2008, 219 (223); a.A. schon für das Zivilrecht z.B. Schanze, NZG 2007, 681 (685); Rubner, Konzern 2007, 635 (644 f.).

Schaubild 1 **Zur Veranschaulichung: Der Sachverhalt im Überblick**

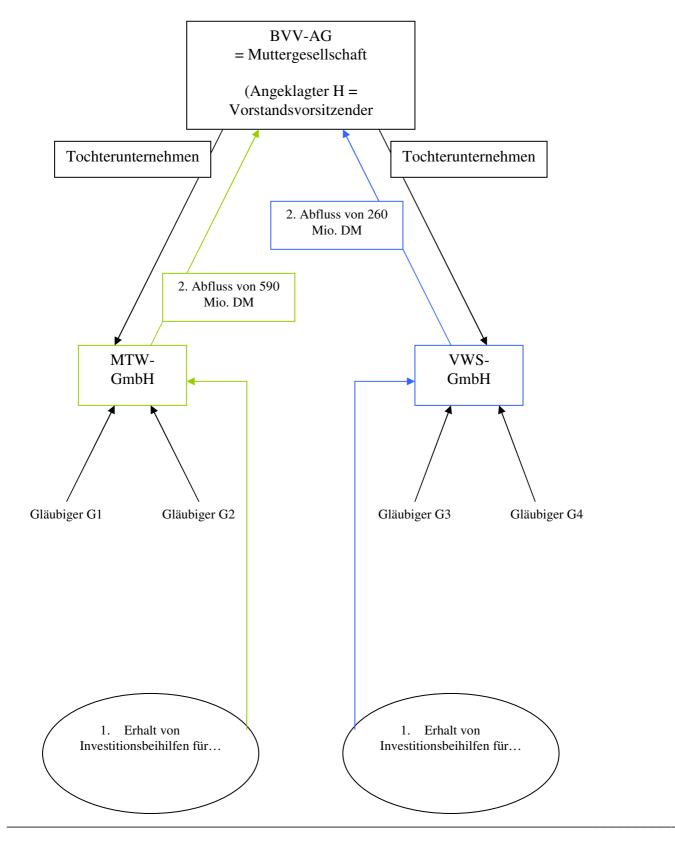


Schaubild 2

Prüfungsaufbau § 266 StGB – Untreue

- I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Missbrauchstatbestand: § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB (h. M.: lex specialis)
 - aa) Tathandlung: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch

Missbrauch der erteilten Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis

- (1) Vermögensbetreuungspflicht (nach h. A. erforderlich)
 - H. M.: Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit mit einem Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad von Verantwortlichkeit
- (2) Verletzung der VBP durch Missbrauch der Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis
 - Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis bzgl. fremden Vermögens
 - → durch Gesetz, behördlichen Auftrag, Rechtsgeschäft
 - Missbrauch
 - → Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens
- bb) Taterfolg: Vermögensnachteil (≈ Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB)
- b) Treubruchstatbestand: § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB
 - aa) Tathandlung: Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch

jedes – auch faktische – Verhalten

- (1) Vermögensbetreuungspflicht
- (2) Verletzung der VBP
 - → durch rechtliches oder faktisches Verhalten
- bb) Taterfolg: Vermögensnachteil
- 2. Subjektiver Tatbestand
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

Übungsfall: Der verzogene Golf

Von Prof. Dr. iur. Christian Katzenmeier, stud. iur. Martin Metz, LL.M., Köln

Der Übungsfall für Studierende mittlerer und höherer Semester ist eine Abwandlung der Entscheidung BGHZ 168, 64 = BGH NJW 2006, 2839 = BGH JZ 2007, 98 m. Anm. Faust = BGH JuS 2006, 1015 m. Besprechungsaufsatz Gsell, JuS 2007, 97. Schwerpunkte der Klausur sind schuldrechtliche Probleme. Vor allem war die Wertersatz- und Schadensersatzpflicht im Rückgewährschuldverhältnis zu thematisieren.

Grundfall

Gebrauchtwarenhändler Alf (A) bietet auf seinem Verkaufsgelände einen VW Golf zum Kaufpreis von 7.000 € an. Dort entdeckt Pitt (P), der auf der Suche nach einem Pkw für den Privatgebrauch ist, am 10.10.2004 das Fahrzeug. Der Golf gefällt P sofort und er erkundigt sich bei A über den Zustand des Wagens. A hat das Fahrzeug selbst am Vortag erworben und noch nicht eingehend untersucht, sagt aber: "Der Wagen ist in einem Top-Zustand und praktisch wie neu!". In Wirklichkeit hatte der Vorbesitzer mit dem Fahrzeug – was A nicht wusste – einen schweren Unfall erlitten, bei dem sich der Rahmen des Pkw irreparabel verzogen hat.

Nach einer kurzen Probefahrt werden A und P sich schnell einig und füllen ein Vertragsformular des A aus, in welches A nur noch den Namen des P, den Kaufpreis in Höhe von 7.000 € und die Eckdaten zum Fahrzeug einträgt. In die Zeile "Schäden laut Vorbesitzer" trägt A "keine" ein. Außerdem enthält das Vertragsformular die Passage "Gekauft wie besichtigt unter Ausschluss jeder Gewährleistung". P zahlt den Kaufpreis in bar und nimmt das Fahrzeug direkt mit.

Im Winter 2005 fährt P mit dem Golf zu seiner Tante, die in der Eifel, weitab von befestigten Straßen wohnt. Ihr Haus ist nur über einen steinigen Feldweg zu erreichen, der tiefe Schlaglöcher aufweist und zu dessen Beginn ein Schild warnend auf das Schadenspotential hinweist. Den Weg hatte P mit seinem bisherigen Fahrzeug auch immer befahren. Bei der Fahrt über den Feldweg erleidet der Unterboden des Golf Risse, deren Reparatur 2.000 € kosten würde, die die Gebrauchstauglichkeit aber nicht weiter beeinträchtigen.

Erst bei einer Inspektion im Mai 2007 stellt ein Kfz-Meister den verzogenen Rahmen am Fahrzeug fest und teilt dies dem P mit. Da P jedoch zunächst davon ausgeht, dass ihm keine Rechte gegen A zustehen, unternimmt er nichts und benutzt das Fahrzeug weiterhin. Erst als P in dem Internetportal "Glücklicher Golfer" erfährt, dass ihm doch Ansprüche zustehen könnten, nimmt er im Juni 2008 Kontakt mit A auf und schildert diesem die Geschehnisse. A bietet dem P einen anderen VW Golf mit identischen Leistungsmerkmalen und gleicher Ausstattung an, den er einige Tage zuvor angekauft hatte. Der Wagen hat jedoch eine grelle Farbe, die dem P nicht gefällt, und eine höhere Kilometerlaufleistung. Zugleich verlangt A, dass P im Gegenzug für die Schäden am Unterboden aufkommt. Hiermit ist P nicht einverstanden. Er teilt dem A im Juli 2008 schließlich mit, dass er dessen Angebot nicht annehme.

P erklärt nun, dass er sich aufgrund des Unfallschadens nicht mehr an den Vertrag gebunden fühle und verlangt den Kaufpreis in Höhe von 7.000 € zurück. A ist der Meinung, dass P

keine Gewährleistungsansprüche geltend machen kann. Diese seien im Vertrag ausgeschlossen, im Übrigen ohnehin verjährt. Außerdem hätte P sich mit dem anderen VW Golf zufrieden geben müssen. Sollte er den Wagen dennoch zurücknehmen müssen, dann schulde P ihm 2.000 € für den Schaden am Unterboden und 1.000 € Nutzungsersatz, was der Höhe nach zutreffend ist.

Fallfrage:

Kann P die 7.000 € von A zurückverlangen? Stehen A die genannten Ansprüche zu?

Variante 1

Welche Ansprüche stehen dem A zu, wenn P erst nach Kenntnis vom Unfallschaden seine Tante besucht und auf dem Weg dorthin den Unterboden beschädigt.

Variante 2

Stehen dem A Ansprüche gegen P zu, wenn dieser erst nach der Erklärung, den Kaufpreis erstattet haben zu wollen, seine Tante besucht und auf dem Weg dorthin den Unterboden beschädigt?

Lösung Ausgangsfall

1. Teil: Ansprüche des P

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

P könnte zunächst einen Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung in Höhe von 7.000 € gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB gegen A haben.

Hinweis: Grundsätzlich sind vertragliche Ansprüche vorrangig zu prüfen. Wenn aber eine Anfechtung vorliegt oder in Betracht kommt, dann ist die Prüfung mit einem bereicherungsrechtlichen Anspruch (wegen der Rückwirkung des § 142 Abs. 1 BGB mit § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB) zu beginnen. Diese Vorgehensweise führt zu einem klaren Prüfungsaufbau. Greift die Anfechtung nicht, kann diese auch inzident im Rahmen des Anspruchs aus §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB geprüft werden.

I. Etwas erlangt

A muss etwas erlangt haben. Der Bereicherungsgegenstand umfasst alle vermögenswerte Rechtspositionen. A hat hier Eigentum und Besitz an den Geldscheinen im Wert von 7.000 € erlangt.

II. Durch Leistung

Eigentum und Besitz an den Geldscheinen müssen durch Leistung des P erlangt worden sein. Leistung ist jede bewusste und zielgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Hier hat

, 6

¹ Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 7 ff.

P mit der Kaufpreiszahlung bewusst und gewollt das Vermögen des A gemehrt.

III. Ohne Rechtsgrund

Fraglich ist, ob die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Rechtsgrund kann hier ein wirksamer Kaufvertrag sein. P und A haben einen Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB geschlossen. Dieser könnte aber gemäß § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig zu betrachten sein. Das ist der Fall, wenn P den Kaufvertrag wirksam angefochten hat.

1. Anfechtungserklärung

P müsste eine Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1 BGB) abgegeben haben. Die Anfechtungserklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und als solche nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen (§§ 133, 157 BGB). Für das Vorliegen einer Anfechtungserklärung ist der Gebrauch des Wortes "anfechten" nicht erforderlich; ausreichend ist, dass der Empfänger erkennen kann, dass der Geschäftspartner das Geschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will.² Hier ist der Äußerung des P, er fühle sich an den Vertrag nicht mehr gebunden, sowie den die Äußerung begleitenden Umständen zu entnehmen, dass P den Kauf nicht gelten lassen will, weil A ihm verschwiegen hat, dass der Rahmen des Fahrzeugs verzogen war.

Fraglich ist aber, ob die Erklärung des P nicht vorrangig als Rücktrittserklärung auszulegen ist. Da P hier beide Gestaltungsrechte ausüben könnte, ist das durch die Erklärung Gewollte im Wege der Auslegung zu ermitteln. Für das Vorliegen einer Rücktrittserklärung spricht, dass der Erklärende im Fall einer Anfechtung nach § 119 Abs. 1, 2 BGB grundsätzlich schadensersatzpflichtig ist (§ 122 BGB). Es ist jedoch zu bedenken, dass der Erklärende im Fall eines Rücktritts den Pflichten eines vertraglichen Rückgewährschuldverhältnisses (§§ 346 ff.) ausgesetzt ist. Zudem bezieht sich die Schadensersatzpflicht im Falle der Anfechtung nicht auf die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 1. Alt. BGB). Hier kommt wegen des Verschweigens des Unfalls eine Arglistanfechtung in Betracht. Damit ist es für P günstiger, wenn man seine Erklärung vorrangig als Anfechtungserklärung auslegt. Also kann die Erklärung des P als Anfechtung verstanden werden.

2. Anfechtungsgrund

Ein Anfechtungsgrund müsste vorliegen.

a) Eigenschaftsirrtum

Es könnte ein Eigenschaftsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB vorliegen. Fraglich ist, ob der Anfechtungsgrund des § 119 Abs. 2 BGB hier anwendbar ist. Dies könnte durch die Regeln der Mängelgewährleistung (§§ 434 ff. BGB) ausgeschlossen sein. Bei Anwendung der Anfechtung wegen des Vorliegens eines Eigenschaftsirrtums droht die Umgehung

der spezielleren Regeln der Mängelhaftung. Dem Käufer würde über § 119 Abs. 2 BGB eine mit § 439 BGB unvereinbare sofortige Lösung vom Kaufvertrag ermöglicht.³ Damit sind die Sachmängelvorschriften als spezielleres Recht vorrangig zu beachten. Der Anfechtungsgrund des § 119 Abs. 2 BGB ist nicht anwendbar.

b) Arglistige Täuschung

In Betracht kommt aber ein Anfechtungsgrund nach \S 123 Abs. 1 1. Alt. BGB.

aa) Anwendbarkeit

§ 123 Abs. 1 1. Alt. BGB ist neben der kaufrechtlichen Mängelhaftung anwendbar. Dies ergibt sich daraus, dass die Arglistanfechtung und die Mängelgewährleistung unterschiedliche Schutzrichtungen haben. Im Gegensatz zu § 119 Abs. 2 BGB und zu den Regeln der Mängelgewähr schützt § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB nicht das Äquivalenzinteresse des Vertragspartners sondern dessen freie Willensbildung.⁴

bb) Täuschungshandlung

Es muss eine Täuschungshandlung des A vorliegen. Eine Täuschung ist jedes Verhalten, Tun oder Unterlassen, das auf die Erregung eines Irrtums gerichtet ist. Dabei muss sich die Täuschung auf die Vorspiegelung oder Entstellung von objektiv nachprüfbaren Tatsachen beziehen.⁵ Hier bestätigt A dem P, der Wagen sei praktisch wie neu, obwohl der Wagen tatsächlich beim Vorbesitzer einen schweren Unfall erlitten hat. Also liegt objektiv eine Täuschungshandlung des A vor.

Fraglich ist aber, ob A die im Verhandlungsgespräch mündlich gemachte Angabe über die Unfallfreiheit nicht durch die Angaben im Vertragsformular zumindest teilweise widerrufen hat. So wurde in das Formular eingefügt, dass der Wagen laut Vorbesitzer keine Schäden aufweise. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass auch die Erklärungen des Formularvertrages nach den §§ 133, 157 BGB auszulegen sind. Insoweit besagen Standardformeln nicht, dass weitergehende Erklärungen im Vorfeld des Vertrages unrichtig sind.

Mithin liegt eine Täuschungshandlung des A vor.

cc) Arglist

A müsste auch arglistig gehandelt haben. Arglist ist bei vorsätzlichem Handeln gegeben. Der Handelnde muss die Un-

² BGHZ 88, 240 (245) = BGH NJW 1984, 230 = BGH JZ 1984, 149; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 32. Aufl. 2008, S. 210.

³ *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 119 Rn. 29.

⁴ Heinrichs (Fn. 3), § 123 Rn. 1.

⁵ *Heinrichs* (Fn. 3), § 123 Rn. 3.

⁶ So BGHZ 168, 64 = BGH NJW 2006, 2839 = BGH JZ 2006, 98 = BGH JuS 2006, 1015. Dieser Gedanke ist in der Klausurlösung nicht unbedingt zu erwarten, wurde aber vom BGH in der Originalentscheidung erörtert. Zu denken war hier auch an § 305 b BGB, der den Vorrang individueller Vertragsabreden vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen statuiert. Da A das Formular handschriftlich in Anwesenheit des P ausgefüllt und ergänzt hat, liegt aber keine Allgemeine Geschäftsbedingung vor.

richtigkeit seiner Angaben kennen oder für möglich halten. Bedingter Vorsatz genügt für die Annahme von Arglist. Dieser liegt auch dann vor, wenn der Handelnde, obwohl er mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet, "ins Blaue hinein" unrichtige Behauptungen aufstellt.⁷ Hier wusste A zwar nichts von dem Unfall des Fahrzeugs, er hatte den einwandfreien Zustand jedoch ohne eine eingehende Untersuchung zugesichert. Mithin handelte A mit bedingten Vorsatz und folglich arglistig.

dd) Kausaler Irrtum

Die Täuschung war für die Willenserklärung des K, den Kaufvertrag abzuschließen, ursächlich.

ee) Zwischenergebnis

Mithin liegen die Voraussetzungen des Anfechtungsgrunds der arglistigen Täuschung (§ 123 Abs. 1 1. Alt. BGB) vor.

3. Anfechtungsfrist

Fraglich ist, ob die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1, 2 BGB eingehalten wurde. Die Regelfrist für die Anfechtung einer nach § 123 Abs. 1 BGB anfechtbaren Willenserklärung beträgt ein Jahr (§ 124 Abs. 1 BGB). Fristauslösendes Ereignis ist die Kenntniserlangung von der Täuschung (§ 124 Abs. 2 S. 1 BGB). P hat im Mai 2007 erfahren, dass der VW Golf nicht unfallfrei gewesen ist. Folglich ist die Jahresfrist im Mai 2008 abgelaufen. Damit hat P mit der Anfechtungserklärung im Juli 2008 die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1, 2 BGB nicht mehr eingehalten.

4. Zwischenergebnis

Mangels Einhaltung der Anfechtungsfrist ist der Kaufvertrag nicht gemäß §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB nichtig. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor.

IV. Ergebnis

Die Leistung des P erfolgte in Erfüllung des wirksamen Kaufvertrages und folglich nicht rechtsgrundlos. P hat keinen Anspruch gegen A gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB auf Kaufpreisrückzahlung in Höhe von 7.000 €.

B. Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 437 Nr. 2, 434, 433 BGB

Ein Kaufpreisrückzahlungsanspruch des P gegen A in Höhe von 7.000 € könnte sich gemäß §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 437 Nr. 2, 434, 433 BGB ergeben. Dazu müsste P wirksam vom Vertag zurückgetreten sein.

I. Rücktrittserklärung

Dann muss eine Rücktrittserklärung vorliegen (§ 349 BGB). Auch die Rücktrittserklärung ist eine einseitige, empfangbe-

⁷ BGHZ 63, 382 (386) = BGH NJW 1975, 642; BGHZ 168, 64 = BGH NJW 2006, 2839; siehe zur "Behauptung ins Blaue hinein" *Faust*, JZ 2007, 101 (102).

dürftige Willenserklärung, die nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen ist (§§ 133, 157 BGB). Phat deutlich gemacht, dass er sich an den Vertrag nicht mehr gebunden fühlt. Da die Anfechtung nicht wirksam ausgeübt werden kann, ist die Erklärung des Phier auch als Rücktrittserklärung zu verstehen.

II. Rücktrittsgrund

Ein Rücktrittsgrund besteht gemäß § 323 Abs. 1 BGB bei nicht oder nicht vertragsgemäßer Leistung.

1. Gegenseitiger Vertrag

Zunächst muss ein gegenseitiger Vertrag vorliegen. P und A haben hier einen wirksamen Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB geschlossen (s.o.).

2. Sachmangel bei Gefahrübergang

A muss eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht haben. Das ist der Fall, wenn ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB vorliegt. In Betracht kommt hier das Nichtvorliegen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). A und P haben hier vereinbart, dass der Wagen in einem einwandfreien Zustand und praktisch wie neu ist. Da der VW Golf aber tatsächlich ein Unfallwagen ist, hat dieser nicht die vereinbarte Beschaffenheit. Ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor. A hat eine fällige Leistung nicht vertragsgemäß erbracht.

3. Erfolglose Nachfristsetzung

Weitere Voraussetzung ist die erfolglose Nachfristsetzung durch P. Zwar hat P dem A die Geschehnisse geschildert. Da hierin aber keine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung zu sehen ist, liegt in dieser Mitteilung keine Nachfristsetzung.

Die Nachfristsetzung könnte aber entbehrlich sein. Eine Entbehrlichkeit nach den §§ 323 Abs. 2 und 440 BGB ist nicht ersichtlich. Die Fristsetzung könnte aber gemäß § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich sein. Dann muss die Pflicht des A zur Nacherfüllung nach § 275 BGB ausgeschlossen gewesen sein. Das ist der Fall, wenn es für A dauerhaft unmöglich gewesen ist, den Mangel zu beseitigen oder eine mangelhafte Sache zu liefern (vgl. § 439 Abs. 1 BGB).

a) Unmöglichkeit der Nachbesserung

Die Nachbesserung ist hier gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. A kann den Mangel, der darin liegt, dass der Golf ein Unfallwagen ist, nicht im Wege der Reparatur beseitigen.

b) Unmöglichkeit der Nachlieferung

Auch die Nachlieferung muss unmöglich sein.

⁸ § 326 Abs. 5 BGB ist Spezialnorm zu § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB und folglich vorrangig zu prüfen, *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 323 Rn. 7.

aa) Nachlieferung grundsätzlich unmöglich

Einer Ansicht zufolge ist beim Stückkauf die Nachlieferung grundsätzlich ausgeschlossen. Dies folge daraus, dass sich die Parteien auf die Lieferung einer speziellen Sache geeinigt haben und sich die Leistungspflicht des Verkäufers von vorneherein nur auf die verkaufte Sache bezieht.⁹

Gegen eine grundsätzliche Unmöglichkeit der Nachlieferung im Fall des Stückkaufs spricht aber der Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB, der nicht nach Gattungs- und Stückkauf differenziert. Auch Sinn und Zweck des § 439 Abs. 1 BGB sprechen gegen eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB. So hat der Käufer in erster Linie nicht ein Interesse an der Rückgängigmachung des Kaufs, sondern an dem Erhalt einer mangelfreien Sache. Eine Begrenzung der Nachlieferung auf den Fall des Gattungskaufs würde dazu führen, dass der den §§ 437 ff. BGB zu Grunde liegende Vorrang des Anspruchs auf Nacherfüllung bei nicht möglicher Nachbesserung beim Stückkauf von vornherein entfällt. Letztlich spricht auch der erklärte Wille des Gesetzgebers für die Möglichkeit der Befriedigung des Gläubigerinteresses durch Nachlieferung beim Stückkauf. 10 Nach der Gesetzesbegründung kann das Interesse an der Lieferung einer mangelfreien Sache auch beim Stückkauf durch Lieferung einer anderen gleichartigen Sache befriedigt werden.¹¹

Die besseren Argumente sprechen dafür, dass eine Nacherfüllung auch beim Stückkauf nicht grundsätzlich unmöglich ist.

bb) Nachlieferung im Einzelfall unmöglich

Die Nachlieferung kann aber im Einzelfall unmöglich sein. Dies ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien zu beurteilen. Es kommt darauf an, ob die Sache nach Vorstellung der Parteien durch eine gleichartige oder gleichwertige Sache soll ersetzt werden können. ¹² Fraglich ist also, ob der A den gekauften Golf durch den anderen Golf mit identischen Leistungsmerkmalen und gleicher Ausstattung soll ersetzten können.

Im Fall des Gebrauchtwagenkaufs ist zu berücksichtigen, dass für den Käufer regelmäßig erst der bei einer persönlichen Besichtigung gewonnene Gesamteindruck von den technischen Eigenschaften und dem äußeren Erscheinungsbild des individuellen Fahrzeugs für die Kaufentscheidung ausschlaggebend ist. Angesichts der vielfältigen Unterschiede im Abnutzungsgrad gebrauchter Sachen ist bei der Annahme Vorsicht geboten, dass beim Kauf auch die Lieferung einer

⁹ Vgl. z.B. Ackermann, JZ 2002, 378; Faust, ZGS 2004, 252; Lorenz, JZ 2001, 742 (744); anders aber derselbe in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, Vorb. § 474 Rn. 17.

anderen Sache dem Parteiwillen entspricht. ¹³ Hier kann A dem P zwar ein Modell mit identischer Leistungsausstattung und gleicher Ausstattung anbieten. Da der Wagen aber eine andere, dazu grelle Farbe und eine höhere Kilometerlaufleistung hat, ist nicht davon auszugehen, dass nach dem Parteiwillen der verkaufte Golf durch den anderen Golf ersetzt werden kann.

Da auch nicht ersichtlich ist, dass der A einen komplett identischen Golf beschaffen kann, ist die Nachlieferung im konkreten Fall unmöglich.

c) Zwischenergebnis

Mithin ist sowohl eine Nachbesserung als auch eine Nachlieferung unmöglich. Die Nachfristsetzung ist gemäß § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich.

III. Kein Ausschluss des Rücktritts

Das Rücktrittsrecht könnte ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Ausschluss durch die zwischen P und A individualvertraglich vereinbarte Klausel, nach der der Wagen "wie besichtigt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung" verkauft worden ist. Fraglich ist, ob der Ausschluss wirksam ist. Der Wirksamkeit des Ausschlusses kann zunächst § 475 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstehen. § 475 Abs. 1 S. 1 BGB ist hier anwendbar, da A Unternehmer (§ 14 BGB) und P Verbraucher (§ 13 BGB) ist. Mit dem vertraglichen Ausschluss der Mängelgewährleistung liegt auch eine Vereinbarung vor, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 BGB abweicht. Damit kann sich A gemäß § 475 Abs. 1 S. 1 BGB nicht auf den individualvertraglich vereinbarten Ausschluss berufen. Der Rücktritt ist nicht ausgeschlossen. ¹⁴

IV. Unwirksamkeit des Rücktritts

Der Rücktritt muss wirksam ausgeübt worden sein. Das ist gemäß §§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 BGB dann nicht der Fall, wenn der Anspruch auf die Leistung verjährt ist. Der Nacherfüllungsanspruch des P verjährt gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB in zwei Jahren. Fristauslösendes Ereignis (vgl. § 187 Abs. 1 BGB) ist gemäß § 438 Abs. 2 BGB die Ablieferung der Sache. Da die Sache hier am 10.10.2004 übergeben wurde, endete die Frist für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche grundsätzlich mit Ablauf des 10.10.2006 (vgl. § 188 Abs. 2 BGB). Eine abweichende Regelung sieht jedoch § 438 Abs. 3 BGB vor. Demnach gilt in Fällen, in denen der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, die regelmäßige Verjährungsfrist. Hier hat A den Mangel arglistig verschwiegen (s.o.). Demnach beträgt die Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB drei Jahre. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch be-

¹⁰ BGHZ 168, 64 = BGH NJW 2006, 2839; vgl. auch *Canaris*, JZ 2003, 831; *Gsell*, JuS 2007, 97; *Roth*, NJW 2006, 2053

¹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 89, 220, 230.

¹² *Putzo*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 439 Rn. 15; vgl. zum Problemkomplex *Sachtleber*, ZJS 2008, 271 (275).

¹³ BGHZ 168, 64 = BGH NJW 2006, 2839.

¹⁴ § 475 Abs. 1 S. 1 ist als Spezialnorm vorrangig vor dem ebenfalls einschlägigen § 444 BGB zu prüfen. Ebenso gehen § 475 Abs. 1 S. 1 BGB und § 444 BGB einer AGB-Kontrolle vor.

gründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat (§ 199 Abs. 1 BGB). Hier hat P erst im Mai 2007 erfahren, dass der gekaufte Golf ein Unfallwagen ist. Also endet die Verjährungsfrist erst am 31. Dezember 2010. Damit ist der Anspruch des P noch nicht verjährt. P hat den Rücktritt wirksam ausgeübt.

V. Ergebnis

P hat einen Anspruch gegen A auf Kaufpreisrückzahlung in Höhe von 7.000 € gemäß §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 437 Nr. 2, 434, 433 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw.

2. Teil: Ansprüche des A

A. Anspruch aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

A könnte einen Gegenanspruch gegen P in Höhe von 2.000 € für den Schaden des Wagens am Unterboden gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB haben.

I. Rückgewährschuldverhältnis

Ein Rückgewährschuldverhältnis zwischen A und P liegt vor (s.o.). Aus diesem ist P zur Rückgewähr des gekauften VW Golf verpflichtet.

II. Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 2 S.1 Nr. 3 BGB

Die Voraussetzungen des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB müssen vorliegen. Nach dieser Vorschrift ist verschuldensunabhängig Wertersatz zu leisten, wenn sich der empfangene Gegenstand verschlechtert hat. Eine Verschlechterung liegt bei jeder nachteiligen Veränderung der Substanz oder der Funktionstüchtigkeit der zurückzugewährenden Sache vor. 15 Hier hat der Unterboden des Fahrzeugs Risse erlitten, deren Reparatur 2.000 € kosten würde. Mithin liegt eine nachteilige Veränderung der Sachsubstanz und folglich eine Verschlechterung der zurückzugewährenden Sache vor. Die Verschlechterung darf nicht durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstanden sein (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 2. HS BGB). Dieser Ausschlussgrund bezieht sich aber nur auf die durch den Akt der Ingebrauchnahme erfolgte Wertminderung und findet damit vorliegend keine Anwendung. 16 Die Voraussetzungen der Wertersatzpflicht sind gegeben.

III. Ausschluss der Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB

Die Wertersatzpflicht darf nicht ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Ausschluss der Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Demnach entfällt die Pflicht zum Wertersatz, wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Dabei gilt wegen des Hinweises auf die Eigenüblichkeit abweichend von § 276 BGB kein objektiver sondern

ein subjektiver, auf die Veranlagung und das gewohnheitsmäßige Verhalten des Handelnden abstellender Maßstab. Der Schuldner darf mit der Sache nicht nachlässiger umgehen als mit vergleichbaren eigenen Sachen. 17 Grenze der Privilegierung ist stets die grobe Fahrlässigkeit (vgl. § 277 BGB). Grob fahrlässig handelt, wer außer Acht lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Auch dabei darf nicht von einem rein objektiven Maßstab ausgegangen werden, vielmehr müssen subjektive, in der Individualität des Handelnden begründetet Umstände berücksichtigt werden. Hier ist P mit dem Fahrzeug über einen steinigen Feldweg mit tiefen Schlaglöchern gefahren, an dessen Beginn ein Schild warnend auf das Schadenspotential hinwies. Jedoch hat P den Weg auch mit seinem bisherigen Fahrzeug immer befahren, ohne dass dieses Schaden erlitten hat. Und die Benutzung des Feldweges war für ihn die einzige Möglichkeit, seine Tante in der Eifel zu besuchen. Somit hat P durch Benutzung des Feldweges nicht die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten missachtet. Mithin liegen die Voraussetzungen des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB vor. Die Wertersatzpflicht ist danach ausgeschlossen.18

IV. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Wertersatz gegen P gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

B. Anspruch aus §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB

A könnte einen Anspruch auf Zahlung von 2.000 € gemäß §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB gegen P haben.

I. Anwendbarkeit

Dann muss die Vorschrift anwendbar sein. Die verschuldensabhängige Haftung für Pflichtverletzungen nach § 346 Abs. 4 in Verbindung mit den §§ 280 ff BGB kann grundsätzlich neben die verschuldensunabhängige Wertersatzpflicht aus § 346 Abs. 2 BGB treten. Die Anwendbarkeit ist vorliegend aber deswegen problematisch, weil die Handlung des P vor Erklärung des Rücktritts erfolgte. Es ist fraglich, ob durch eine solche Handlung eine Pflicht aus dem Rückgewährschuldverhältnis verletzt werden kann.

Dies wird teilweise mit dem Argument verneint, dass die von § 346 Abs. 4 BGB geforderte Pflicht, die Sache zurückzugewähren, erst mit der Rücktrittserklärung entstehe. Außerdem

ZJS 6/2008

620

¹⁵ Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 9.

¹⁶ Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 9.

¹⁷ *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 346 Rn. 56.

¹⁸ Entgegen dem Wortlaut ist der Ausschlussgrund des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB auch auf das vertragliche Rücktrittsrecht anzuwenden. Auch im Falle des vertraglichen Rücktrittsrechts darf der kraft Gesetzes zum Rücktritt Berechtigte davon ausgehen, dass der übertragene Gegenstand endgültiger Bestandteil seines Vermögens geworden ist, über den er wie mit einem eigenen verfahren darf. Ebenfalls ist § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB auf die in § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 genannten Gründe, die zur Wertersatzpflicht führen können, anzuwenden (Verbrauch, Veräußerung und Belastung), Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 13 b.

werde bei einer Anwendung des § 346 Abs. 4 BGB das differenzierte Modell der Wertersatzhaftung nach den § 346 Abs. 2, 3 BGB umgangen. 19

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Schuldner seine Pflicht zur Rückgewähr grundsätzlich verletzen kann, indem er die empfangene Leistung nicht oder verschlechtert zurückgibt. Damit kann dem Schuldner aber auch eine Verschlechterung der Sache durch eine Handlung vor Abgabe der Rücktrittserklärung zur Last gelegt werden.²⁰

II. Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB

Dann müssen die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB erfüllt sein. Ein Schuldverhältnis ist in Form des Rückgewährschuldverhältnisses gegeben (s.o.). Eine Pflichtverletzung in Form einer Schlechtleistung liegt vor, da P dem A nur ein beschädigtes Auto zurückgewähren kann. Fraglich ist aber, ob P die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Grundsätzlich hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Aufgrund des Vorliegens eines Rückgewährschuldverhältnisses könnte aber der Haftungsmaßstab modifiziert sein. P hatte zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses keine Kenntnis vom Rücktrittsgrund. Bei Unkenntnis vom Rücktrittsgrund kann der Rückgewährschuldner davon ausgehen, dass die empfangene Leistung Teil seines Vermögens geworden ist. Damit trifft ihn gegenüber dem Gläubiger keine Verpflichtung zur Sorgfalt.²¹ Also hat P die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB liegen nicht vor.

²⁰ Gaier (Fn. 17), § 346 Rn. 60; Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 15. Hier ist zu erkennen, dass bei der Rückabwicklung von Verträgen nach den §§ 346 ff. BGB drei relevante Phasen zu unterscheiden sind. Die erste Phase beginnt mit Übergabe der Kaufsache und endet mit Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Rücktrittsgrundes. Die zweite Phase beginnt mit Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Rücktrittsgrundes und endet mit Ausübung des Rücktritts. Die dritte und letzte Phase setzt mit erfolgreicher Ausübung des Rücktritts ein und endet mit Rückgabe der Kaufsache. Folgt man der voranstehenden Meinung, dass auch Handlungen vor Ausübung des Rücktritts Pflichtverletzungen im Sinne des § 346 Abs. 4 BGB begründen können, so sind für die verschiedenen Rückabwicklungsphasen unterschiedliche Anforderungen an das Vertretenmüssen des Rücktrittsberechtigten zu stellen. Dazu sogleich.

Folgt man hingegen der ersten Ansicht und erklärt § 346 Abs. 4 BGB für Handlungen, die vor Erklärung des Rücktrittsrechts erfolgt sind, für nicht anwendbar, ist eine vertragliche Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (vorgreifliche Rücksichtnahmepflichten) zu prüfen. Auch in diesem Rahmen stellt sich das Folgeproblem des Haftungsmaßstabes vor und nach Kenntnis des Rücktrittsgrundes, vgl. Kaiser (Fn. 19), § 345 Rn. 195.

²¹ Gaier (Fn. 17), § 346 Rn. 61.

III. Ergebnis

Damit hat A keinen Anspruch gegen P gemäß §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB.

C. Anspruch aus § 346 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB

A könnte aber einen Anspruch gegen P auf Wertersatz für die gezogenen Nutzungen gemäß § 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB in Höhe von 1.000 € haben.

I. Rückgewährschuldverhältnis

Ein Rückgewährschuldverhältnis, aus dem P zur Herausgabe des Wagens verpflichtet ist, liegt vor (s.o.).

II. Voraussetzungen des §§ 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB

P hat laut Sachverhalt Nutzungen in Höhe von 1.000 € durch den Gebrauch des Wagens gezogen. Die Herausgabe dieser Nutzungen ist der Sache nach unmöglich, da P das Fahren mit dem Wagen nicht herausgeben kann. Demzufolge muss P dem A Wertersatz für die gezogenen Nutzungen gemäß § 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB leisten.

III. Kein Ausschluss

Der Anspruch ist nicht ausgeschlossen. Während im Fall der Nachlieferung die Zubilligung von Nutzungsersatz das Prinzip der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung bedroht, besteht diese Gefahr beim Rücktritt nicht.²²

IV. Ergebnis

Also hat A einen Anspruch gegen P auf Nutzungsersatz in Höhe von 1.000 € gemäß § 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB.

Variante 1

A. Anspruch aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

A kann zusätzlich zu dem jedenfalls gegebenen Anspruch auf Nutzungsersatz (s.o.) einen Anspruch auf Wertersatz in Höhe von 2.000 € gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB haben. Die Voraussetzungen des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB liegen vor (s.o.).

Fraglich ist alleine, ob der Wertersatzanspruch gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen ist. Dies ist problematisch, wenn die Verschlechterung der Sache im Zeitraum zwischen Kenntniserlangung vom Rücktrittsgrund und Ausübung der Rücktrittserklärung eingetreten ist.

Einer Ansicht zufolge ist § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB teleologisch zu reduzieren mit der Folge, dass der Berechtigte im Zeitraum zwischen Kenntniserlangung vom Rücktrittsgrund und Ausübung des Rücktritts für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit einzustehen. ²³ P ist mit dem Wagen über den steinigen Feldweg mit tiefen Schlaglöchern gefahren und hat

¹⁹ *Röthel*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 346 Rn. 40; *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 345 Rn. 194.

Deswegen ist eine Auseinandersetzung mit BGH NJW 2006, 3200 und EuGH NJW 2008, 1433 hier nicht angezeigt. Vgl. zur Problematik des Nutzungsersatzes im Fall der Nachlieferung Sachtleber, ZJS 2008, 271 (276).

²³ *Hager*, in: Anwaltkommentar zum BGB, 1. Aufl. 2005, § 346 Rn. 59; *Gaier* (Fn. 17), § 346 Rn. 57.

somit fahrlässig im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB gehandelt. Ein Wertersatzanspruch des A wäre damit gegeben.

Nach der Gegenauffassung ist § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB auch auf den Zeitraum zwischen Kenntniserlangung vom Rücktrittsgrund und Ausübung des Rücktritts anwendbar.²⁴ Weil dem P kein Verschulden gegen sich selbst zur Last fällt (s.o.), wäre er nicht zum Wertersatz verpflichtet.

Für die erste Ansicht scheint Sinn und Zweck der Vorschrift zu sprechen. Die Haftungsprivilegierung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB soll nur dann eingreifen, wenn der Berechtigte von seinem Rücktrittsrecht nichts weiß, sondern darauf vertraut, dass der Vertrag planmäßig durchgeführt wird. Demgegenüber müsse der Rücktrittsberechtigte in dem Zeitraum zwischen Kenntniserlangung und Ausübung des Rücktritts damit rechnen, dass er den Gegenstand zurückzugewähren hat. Deswegen bestehe für die Privilegierung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB kein Anlass mehr. Der Berechtigte habe für jede Art der Fahrlässigkeit einzustehen.²⁵

Die zweite Ansicht beruft sich zunächst auf den klaren Wortlaut der Vorschrift, die nicht nach dem Zeitpunkt des Rücktritts differenziert. Zudem gibt sie zu bedenken, dass der Rückgewährschuldner vor Ausübung des Rücktritts unter Umständen nicht auf den Gebrauch der Sache verzichten kann und deswegen mit der Sache verfahren dürfe, wie es seiner eigenüblichen Sorgfalt entspricht. Auch verkenne die Gegenansicht gerade Sinn und Zweck der Vorschrift. Dem Gesetzgeber sei es bei der Regel des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB nicht vorrangig darum gegangen, denjenigen zu schützen, der keine Kenntnis von seinem Rücktrittsrecht hat, sondern darum, das vertragswidrige Verhalten des Rücktrittsgegners zu sanktionieren. Der Rücktrittsberechtigte gelangt gegen seinen Willen wegen einer Pflichtverletzung des anderen Teils in eine schwierige Situation, in der er die Privilegierung des § 277 BGB verdient.²⁶

Die besseren Argumente sprechen für die letztgenannte Ansicht. Der Wertersatzanspruch des A ist danach gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen. 27 Damit hat A keinen Anspruch gegen P auf Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

B. Anspruch aus §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB

A könnte aber einen Schadensersatzanspruch gemäß § 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB haben. Fraglich ist alleine, in welchem Umfang P eine eintretende Verschlechterung zwischen Kenntnis vom Rücktrittsgrund und Ausübung des Rücktritts zu vertreten hat.

Eine Ansicht vertritt, dass der Schuldner von dem Zeitpunkt der Kenntnis des Rücktrittsgrundes für die im Verkehr

Nach der Gegenansicht greift aus systematischen Gründen auch für den Anspruch auf Schadensersatz die Haftungsprivilegierung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB²⁹. Da P nicht gegen die eigenübliche Sorgfalt verstoßen hat (s.o.), hätte er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

Für die erste Ansicht spricht, dass der Rückgewährschuldner ab Kenntniserlangung mit der Möglichkeit des Scheiterns des Vertrages und seiner Verpflichtung zur Rückgewähr rechnen muss. Der Rückgewährschuldner befindet sich in einer mit § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB vergleichbaren Situation, in der gesteigerte Schutz- und Rücksichtnahmepflichten bestehen.³⁰ Für die zweite Ansicht spricht hingegen, dass die Freistellung von der Wertersatzpflicht jede Bedeutung verlöre, wenn der Rücktrittsberechtigte für das gleiche Verhalten, das nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB keine Haftung begründet, in Ansehung des § 346 Abs. 4 BGB Schadensersatz leisten müsste. So soll der Schadensersatzanspruch erst recht ausgeschlossen sein, wenn schon der "schwächere" Wertersatzanspruch ausgeschlossen ist.³¹

Die besseren Argumente streiten für die letztgenannte Ansicht. Folglich ist ein modifizierter Haftungsmaßstab anzuwenden. Die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. A hat keinen Anspruch gegen P gemäß §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB.³²

Variante 2

A. Anspruch aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB

A könnte neben dem Anspruch auf Nutzungsersatz einen Anspruch gegen P auf Wertersatz in Höhe von 2.000 € gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB haben. Fraglich ist wiederum nur, ob die Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen ist. In der Zeit nach der Rücktrittserklärung kommt dem Rückgewährschuldner die Privilegierung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB nicht mehr zu Gute. Der Rückgewährschuldner weiß, dass er die Sache zurückgeben muss. Deswegen hat er mit der Sache pfleglich umzugehen, sowie die erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um die Sache vor Schäden zu bewahren. 33 Folglich ist die Wertersatzpflicht nicht gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen. A hat gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 einen Wertersatzanspruch gegen P in Höhe von 2.000 €.

²⁸ Gaier (Fn. 17), § 346 Rn. 61.

ZJS 6/2008

622

erforderliche Sorgfalt haftet (§ 276 Abs. 2 BGB)²⁸. Da P hier fahrlässig gehandelt hat (s.o.), hätte er die Pflichtverletzung zu vertreten.

²⁴ Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 13 b; Röthel (Fn. 19), § 346

²⁵ Hager (Fn. 23), § 346 Rn. 59; Gaier (Fn. 17), § 346

²⁶ Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 13; Röthel (Fn. 19), § 346 Rn. 29; Kamanabrou, NJW 2003, 30 (31).

²⁷ Die Gegenansicht ist mit entsprechender Argumentation gut vertretbar.

²⁹ Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 18.

³⁰ Gaier (Fn. 17), § 346 Rn. 61.

³¹ Grüneberg (Fn. 8), § 346 Rn. 18; Hager (Fn. 23), § 346 Rn. 68.

³² Wird eine teleologische Reduktion des § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB in der zweiten Phase bejaht, muss auch der Schadensersatzanspruch bejaht werden.

³³ Gaier (Fn. 17), § 346 Rn. 61.

B. Anspruch aus §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB

A könnte zudem einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 2.000 € gemäß §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB haben. Dann muss P die Beschädigung des Wagens zu vertreten haben. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn der Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB auch in der Zeit nach Ausübung des Rücktritts zu modifizieren ist. Da der Rückgewährschuldner weiß, dass er die Sache zurückzugewähren hat, ist für eine Modifikation des Verschuldensmaßstabs im Rahmen des § 346 Abs. 4 BGB kein Raum. A hat einen Schadensersatzanspruch gegen P in Höhe von 2.000 € gemäß §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1 BGB.

Übungsfall: Die Videoüberwachung

Von Wiss. Mitarbeiter Holger Greve, Berlin*

Sachverhalt

Die Stadt R ließ 2006 über den Resten der ehemaligen mittelalterlichen Synagoge auf dem N-Platz ein Bodenrelief herstellen, das den Grundriss der ehemaligen Synagoge andeutet und als Begegnungsstätte für die Bevölkerung konzipiert ist. Nach der Übergabe des Bodenkunstwerks an die Allgemeinheit kam es im Bereich des Kunstwerks zu mehreren Vorfällen, aufgrund derer die R eine Videoüberwachung des Ortes für erforderlich hielt. So wurde das Bodenrelief mehrfach beschädigt und mit aufgesprayten Graffiti-Parolen verunstaltet. R plant, die Überwachung in eigener Zuständigkeit auf der Grundlage der §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes des Landes (LDSG) durchzuführen, um so weitere Beschädigungen und Straftaten zu verhindern. Dazu sollen vier Überwachungskameras installiert werden, mittels derer das Bodenrelief über Monitore von einer Aufsichtsperson ständig beobachtet werden kann. Die so gewonnenen Daten werden technisch gespeichert, um so eine Auswertung und Bearbeitung der Daten zu ermöglichen. Gut sichtbare Schilder sollen jedermann auf die vorhandenen Kameras hinweisen.

B hält sich öfter im Bereich des Bodenreliefs auf und fühlt sich durch die Videoüberwachung in starkem Maße in seinen persönlichen Rechten beeinträchtigt. Er ist der Ansicht, dass die Daten sich dazu eignen, über ihn ein Profil anzufertigen. R wiederum hält die Maßnahme für unabdingbar, da nur so der Schutz des Bodenreliefs weiter gesichert sei. Zudem sei § 16 Abs. 1 LDSG hinreichend bestimmt. Außerdem stehe es dem B frei, den überwachten Platz zu meiden, er begebe sich doch freiwillig zu dem Platz, so dass er insofern nicht schützenswert sei. Nachdem das Verwaltungsgericht A am 20.2.2006 die vorbeugende Unterlassungsklage gegen die geplante Videoüberwachung als unbegründet abwies, blieb auch der Instanzenzug bis zum Verwaltungsgerichtshof (VGH) mit dessen Urteil vom 19.3.2008 erfolglos. B hat somit den Rechtsweg erschöpft, er legt nunmehr am 11.4.2008 gegen das Urteil des VGH Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG)

Aufgabe

Prüfen Sie Zulässigkeit und Begründetheit der Verfassungsbeschwerde des B.

§ 16 LDSG – Erhebung

(1) Das Erheben personenbezogener Daten ist zulässig, wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der erhebenden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist.

§ 17 LDSG – Verarbeitung und Nutzung

- (1) Das Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten ist zulässig, wenn
- 1. es zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der speichernden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist und

2. es für die Zwecke erfolgt, für die die Daten erhoben worden sind; ist keine Erhebung vorausgegangen, dürfen die Daten nur für die Zwecke geändert oder genutzt werden, für die sie gespeichert worden sind.

Lösungshinweise¹

Die Verfassungsbeschwerde ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG erfüllt sind.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des BVerfG für die Verfassungsbeschwerde ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG. Die Rechtswegeröffnung zum BVerfG ist enumerativ gestaltet, durch Art. 93 GG werden die Zuständigkeiten des BVerfG abschließend aufgezählt.²

II. Beschwerdeberechtigung

B ist als natürliche Person "jedermann" i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG und somit beschwerdeberechtigt.

III. Beschwerdegegenstand

B müsste sich gegen einen Akt der öffentlichen Gewalt wenden. Fraglich ist, ob von dem Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG nur Akte der Exekutive oder auch solche der Judikative (und Legislative) erfasst sind. An anderen Stellen des Grundgesetzes, so insbesondere bei Art. 19 Abs. 4 GG³, ist darunter nur die Exekutive zu verstehen. Jedoch können gleiche Begriffe an unterschiedlichen Stellen verschiedene Bedeutungen haben. Eine systematische Auslegung von Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG ergibt, dass bei Art. 93

^{*} Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. *Dr. Michael Kloepfer* an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Der Klausur liegt maßgeblich die Entscheidung BVerfG NJW 2007, 2320 = NVwZ 2007, 688 = DVBl 2007, 497; DÖV 2007, 606 zugrunde; Besprechung von *Fetzer/Zöller*, NVwZ 2007, 775 ff. und *Saurer*, DÖV 2008, 17 ff.; vgl. aber ebenso VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498; VG Karlsruhe NVwZ 2002, 117; *Zöller*, NVwZ 2005, 1235 ff.; *Roggan*, NVwZ 2001, 134 ff.; *Kloepfer/Breitkreuz*, DVBl 1998, 1149 ff.; zur betrieblichen Videoüberwachung von Arbeitnehmern BAG NZA 2008, 1187.

² BVerfGE 1, 396 (408); 13, 174 (176); 63, 73 (76).

³ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 42-45.

Abs. 1 Nr. 4a GG nicht nur Akte der Exekutive, sondern auch solche der Judikative und Legislative erfasst sind.⁴

Gemeint sind folglich alle Maßnahmen (Tun oder Unterlassen) von vollziehender, gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt. Bei mehreren Akten der öffentlichen Gewalt in der gleichen Sache kann der Beschwerdeführer wählen, ob er nur gegen das letztinstanzliche Urteil oder auch gegen vorausgehenden Urteile und den zu Grunde liegenden Akt mit der Verfassungsbeschwerde vorgehen will. Es bleibt jedenfalls bei nur einer Verfassungsbeschwerde.⁵

Vorliegend wendet sich B ausschließlich gegen das Urteil des VGH, also gegen das letztinstanzliche Gerichtsurteil. Dieses Urteil ist ein "Akt der öffentlichen Gewalt" i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und damit tauglicher Beschwerdegegenstand.

IV. Beschwerdebefugnis

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG müsste B auch beschwerdebefugt sein. Dies ist der Fall, wenn durch die Äußerung und/oder das letztinstanzliche Urteil die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung besteht und er auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert ist.⁶

Der VGH könnte die Bedeutung und Tragweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG⁷ in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung bei der Anwendung der §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 LDSG verkannt haben.

Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung⁸ erscheint daher als möglich.

V. Erschöpfung des Rechtswegs und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Da ausweislich des Sachverhalts gegen das Urteil des VGH ein weiterer Rechtsbehelf nicht gegeben ist, ist auch der Rechtsweg gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft.

Der Zulässigkeit könnte jedoch der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde entgegenstehen: Diesen Grundsatz, den das BVerfG in Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG verfassungsrechtlich verankert sieht, entnimmt es dem Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs aus § 90 Abs. 2 S.1 BVerfGG. Danach hat der Beschwerdeführer neben der Erschöpfung des Rechtswegs alle anderweitig bestehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, die geeignet sind, die Grundrechtsverletzung zu beseitigen oder zu verhindern, oder ohne Inanspruchnahme des BVerfG eine Grundrechtsverletzung zu vermeiden. 9

Eine andere Möglichkeit die Grundrechtsverletzung zu beseitigen erscheint vorliegend nicht erkennbar.

VI. Form (§ 23 BVerfGG) Frist (§ 93 Abs. 1 BVerfGG)

Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist die Einhaltung der Form des § 23 BVerfGG zu unterstellen. Die Verfassungsbeschwerde müsste innerhalb der Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG (ein Monat) eingelegt worden sein. Dabei bewirkt § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, dass die Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG – anders, als der Wortlaut dies nahe legt – erst mit Zustellung, Verkündung oder Bekanntgabe der letztinstanzlichen Entscheidung zu laufen beginnt¹⁰, so dass – auch für die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des VGH – die Frist erst mit Verkündung der Entscheidung des VGH beginnt.¹¹ Diese Monatsfrist wurde nach dem Sachverhalt eingehalten.

Die Verfassungsbeschwerde ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn B durch das Urteil des VGH tatsächlich in seinen Grundrechten verletzt ist. Dies ist dann der Fall, wenn der VGH bei der Prüfung des LDSG die Bedeutung und Reichweite der Grundrechte verkannt hat. Denn das BVerfG ist gerade keine "Superrevisionsinstanz". ¹² Es ist nicht seine Aufgabe, die Rechtsprechung der zuständigen Fachgerichte bei der Auslegung des soge-

mung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, zum Schutz des Einzelnen über die Verwendung und Preisgabe seiner Daten selbst zu entscheiden, als spezielle Ausformung entwickelt. Die neueste Ausprägung stellt das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme dar. Vgl. hierzu BVerfG NJW 2008, 822; *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481 ff.; *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 ff.

⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 23. Aufl. 2007, Rn. 1125; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 475.

⁵ Vgl. hierzu instruktiv *Stelkens*, DVBl 2004, 403 ff.

⁶ Die Voraussetzung der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Vorschriften beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird, vgl. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307). Unmittelbare Betroffenheit ist schließlich gegeben, wenn die angegriffenen Bestimmungen, ohne eines weiteren Vollzugsakts zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändern, vgl. BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207). Das ist auch dann anzunehmen, wenn dieser gegen einen denkbaren Vollzugsakt nicht oder nicht in zumutbarer Weise vorgehen kann, vgl. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (306).

⁷ Anknüpfend an die zivilrechtliche Rechtsprechung hat das BVerfG das allgemeine Persönlichkeitsrecht, abgeleitet aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, entwickelt, um den Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten. Vgl. hierzu statt aller *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 2 Rn. 60 ff.

⁸ Im sog. Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 (41) hat das BVerfG das Grundrecht auf informationelle Selbstbestim-

⁹ Sperlich, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG,
2. Aufl. 2005, § 90 Rn. 127; BVerfGE 81, 22 (27).

Heusch/Sennekamp, in: Umbach/Clemens/Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 93 Rn. 9.

¹¹ Vgl. hierzu *Stelkens*, DVB1 2004, 403 (410).

¹² BVerfGE 18, 85 (92).

nannten "einfachen Rechts" auf ihre Richtigkeit zu überprüfen oder gar zu vereinheitlichen. ¹³ Es kann vielmehr erst dann tätig werden, wenn die Entscheidung eines Gerichts Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von *der Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts* beruhen, oder wenn das Auslegungsergebnis mit den Grundrechtsnormen nicht vereinbar ist. Es überprüft mithin eine Verletzung von "spezifischem Verfassungsrecht".

I. Schutzbereich - Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen, also auf ihn bezogenen, individualisierten oder individualisierbaren Daten voraus. 14 Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. 15 Vom Schutzbereich umfasst sind dabei nicht allein personenbezogene Informationen, die die Privat- oder Intimsphäre des Einzelnen betreffen. Unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kann auch das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, also auch der Aufenthalt und das Verhalten an einem bestimmten öffentlichen Platz zu einer bestimmten Zeit eine vom Schutzbereich des Grundrechts grundsätzlich erfasste personenbezogene Information sein. 16 Der Schutzbereich ist folglich eröffnet.

II. Eingriff

Ein Eingriff ist jede staatliche Maßnahme, die dem Einzelnen die Ausübung seiner Grundrechte ganz oder teilweise unmöglich macht bzw. erschwert, egal ob die Wirkung mittelbar oder unmittelbar, final oder unbeabsichtigt, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang ist (moderner Eingriffsbegriff).¹⁷

Die Frage, ob auch die bloße Videoüberwachung ohne Aufzeichnung einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Überwachten darstellt¹⁸, ist vorliegend nicht zu erörtern, da eine Videoüberwachungsanlage mit Aufzeichnungsoption genutzt wird.

Durch die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials werden die beobachteten Lebensvorgänge technisch fixiert und können in der Folge abgerufen, aufbereitet und ausgewertet sowie mit anderen Daten verknüpft werden. So kann eine Vielzahl von Informationen über bestimmte identifizierbare Betroffene gewonnen werden, die sich im Extremfall zu Profilen des Verhaltens der betroffenen Personen in dem überwachten Raum verdichten lassen. ¹⁹ Dementsprechend ist hier von einem Eingriff auszugehen. ²⁰

1. Ausschluss wegen Öffentlichkeitsbezug?

Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich um eine Aufzeichnung im öffentlichen Raum handelt, denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet nicht allein den Schutz der Privat- und Intimsphäre, sondern trägt in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch den informationellen Schutzinteressen des Einzelnen, der sich in die Öffentlichkeit begibt, Rechnung.²¹

2. Konkludente Einwilligung?

Ein Grundrechtseingriff wäre ferner ausgeschlossen, wenn der B in das staatliche Verhalten eingewilligt hätte. Eine konkludente Einwilligung in die Überwachung mit Videokameras könnte darin zu sehen sein, dass der B den Bereich um das Bodenrelief – trotz Kenntnis von den Überwachungskameras und deren sichtbarer Ausschilderung – weiterhin betreten will.

Jedoch von einer, einen Eingriff ausschließenden, Einwilligung in die Informationserhebung kann selbst dann nicht generell ausgegangen werden, wenn die Betroffenen aufgrund einer entsprechenden Beschilderung wissen, dass sie im räumlichen Bereich der Begegnungsstätte gefilmt werden. Das Unterlassen eines ausdrücklichen Protests kann nicht stets mit einer Einverständniserklärung gleichgesetzt werden.²²

Demzufolge stellt die Videoüberwachung einen Eingriff dar.

III. Rechtfertigung/Schranke

Der Eingriff wäre verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist. Als Er-

ZJS 6/2008

626

¹³ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 654.

¹⁴ Vgl. VGH Mannheim NVwZ 2004, 498 (499).

Vgl. zum Ganzen BVerfGE 65, 1 (42) – Volkszählung; vgl. auch BVerfGE 67, 100 (143); BVerfG NJW 2001, 879 (880).
 Vgl. VGH Mannheim NVwZ 2004, 498 (499).

¹⁷ Vgl. dazu *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Vorb. vor Art. 1 Rn. 26 ff.; vertiefend zu Grundrechtseingriffen bei Videoüberwachung *Büllesfeld*, Polizeiliche Videoüberwachung, 2002, S. 130 ff.

¹⁸ Vgl. hierzu die Streitdarstellung bei *Büllesfeld*, Polizeiliche Videoüberwachung, 2002, S. 134 ff.

¹⁹ BVerfG NVwZ 2007, 688 (690).

Vgl. für ähnliche Fallkonstellationen VGH Mannheim NVwZ 2004, 498 (500); VerfGH des Freistaates Sachsen, Urt. v. 10.7.2003 – Vf.43-II-00, abrufbar unter http://www.justiz.sachsen.de/esaver/internet/2000_043_II/20_00_043_II.pdf; VG Halle LKV 2000, 164; Büllesfeld, Polizeiliche Videoüberwachung, 2002, S. 139 f. m.w.N.; Kloepfer/Breitkreuz, DVBI 1998, 1149 (1152).

²¹ BVerfG NVwZ 2007, 688 (690).

²² BVerfG NVwZ 2007, 688 (690) mit Verweis auf VGH Mannheim NVwZ 2004, 498 (500); VerfGH des Freistaates Sachsen, Urt. v. 10.7.2003 – Vf.43-II-00, S. 86 des Umdrucks.

mächtigungsgrundlage zur Videoüberwachung und Speicherung der Daten kommt vorliegend § 16 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 LDSG in Betracht.

Fraglich ist, ob § 16 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 LDSG formell und materiell verfassungsmäßig sind.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die Gesetzgebungskompetenz bezüglich der Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze richtet sich nach dem vom Gesetzgeber intendierten Zweck der Maßnahme. Dieser Zweck besteht vorliegend zum einen in der Verhütung krimineller Handlungen, zum anderen in der Erleichterung künftiger Strafverfolgungsmaßnahmen. Da die Verhinderungsvorsorge dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen ist, steht den Ländern gemäß Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz zu.²³

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unterliegt grds. der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG. Danach kommen die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz als Schranken in Betracht. Zur verfassungsmäßigen Ordnung in diesem Sinne gehört zunächst jeder Rechtssatz, also vor allem Gesetze, aber auch Rechtsverordnungen, Satzungen oder Gewohnheitsrecht. Für einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, wie er hier vorliegt, verlangt das BVerfG jedoch in st. Rspr. eine gesetzliche Grundlage. Wegen des besonderen Gewichts solcher Eingriffe "verdichtet" sich die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG also zu einem Gesetzesvorbehalt. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist der Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse zugänglich. Diese bedarf jedoch einer gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht und verhältnismäßig ist.²⁴

Der aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG entwickelte Bestimmtheitsgrundsatz verlangt grundsätzlich, dass eine Norm dergestalt präzise und klar formuliert sein muss, dass der betroffene Bürger erkennen kann, was von ihm gefordert wird. Das staatliche Verhalten soll voraussehbar und berechenbar sein, so dass sich der Bürger darauf einstellen und entsprechend disponieren kann.²⁵

Fraglich ist aber, ob §§ 16, 17 LDSG tatsächlich als taugliche Schranke einen Grundrechtseingriff rechtfertigen können. Die Notwendigkeit eines rechtfertigenden Gesetzes ist nämlich kein Selbstzweck, sondern soll gewährleisten, dass der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber der nur mittelbar demokratisch legitimierten Verwaltung die wesentlichen Handlungsvoraussetzungen vorgibt. Diese wesentlichen Handlungsvoraussetzungen müssen für den

Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und der Schwere des Eingriffs. Diese ergeben sich aus der Art der vorgesehenen Maßnahme und der von ihr für den Betroffenen ausgehenden Wirkungen. Welchem Ziel die Maßnahme dient, etwa der Gefahrenabwehr oder der Gefahrenverhütung, ist für die Beurteilung ihrer Schwere für den Betroffenen ohne Belang. Allerdings findet der Gesetzgeber je nach der zu erfüllenden Aufgabe zur Rechtfertigung der Eingriffsvoraussetzungen und zu ihrer Umsetzung unterschiedliche Möglichkeiten vor. Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes richten sich auch nach diesen Regelungsmöglichkeiten.³¹ Die Anforderungen der Normenbestimmtheit und Normenklarheit hat in erster Linie der Gesetzgeber zu beachten, der die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs abstraktgenerell festlegt. So ist der Gesetzgeber gehalten die wesentlichen Entscheidungen im Bereich der Grundrechtsausübung selbst zu treffen (sog. Wesentlichkeitstheorie).³² Die Träger öffentlicher Verwaltung und die sie kontrollierenden Gerichte müssen diese Anforderungen insofern beachten, als ein staatlicher Eingriff nicht auf eine Rechtsgrundlage gestützt werden darf, die dem Bestimmtheitsgebot nicht entspricht.

Die geplante Videoüberwachung des Bodenkunstwerks mit Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials bewirkt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von erheblichem Gewicht. Maßgebend für die rechtliche Beurteilung der Intensität eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist die Art der Beeinträchtigung. Insofern kann auch von Belang sein, ob die betroffenen Personen für die Maßnahme einen Anlass geben und wie dieser

Rechtsanwender (Behörden und Gerichte) wie für die Betroffenen (Bürger) hinreichend klar erkennbar sein.

[&]quot;²⁶Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig auf das Ermessen der Verwaltung gestellt sein.²⁷ Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates gewährleisten und dadurch auch die Freiheit der Bürger schützen soll.²⁸ Dementsprechend soll der Grundsatz der Normenbestimmtheit und Normenklarheit sicherstellen, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können; ferner ermöglichen die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann.²⁹ Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.³⁰

²³ Vgl. hierzu vertiefend *Büllesfeld*, Polizeiliche Videoüberwachung, 2002, S. 92 ff.

²⁴ BVerfG NVwZ 2007, 688 (690); BVerfGE 65, 1 (43).

²⁵ Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, 4. Aufl. 2005, § 8 Rn. 46 ff.; dazu jüngst BVerfG NJW 2008, 1505 (1509).

²⁶ Die folgende Begründung entstammt BVerfG NVwZ 2007, 688 (690 f.). Auslassungen sind nicht gekennzeichnet.

²⁷ Vgl. BVerfGE 78, 214 (226).

²⁸ BVerfGE 113, 348 (376).

²⁹ Vgl. BVerfGE 110, 33 (52).

³⁰ Vgl. BVerfGE 65, 1 (44); 100, 313 (359, 372); 110, 33 (52); 113, 348 (375).

³¹ Vgl. BVerfGE 110, 33 (55).

³² BVerfGE 77, 170 (230); 98, 218 (251); 101, 1 (34).

beschaffen ist.³³ Verdachtslose Eingriffe mit großer Streubreite, bei denen zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, weisen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf. 34 Die geplante Videoüberwachung ist ein intensiver Eingriff. Sie beeinträchtigt alle, die den betroffenen Raum betreten. Sie dient dazu, belastende hoheitliche Maßnahmen vorzubereiten und das Verhalten der den Raum nutzenden Personen zu lenken. Das Gewicht dieser Maßnahme wird dadurch erhöht, dass infolge der Aufzeichnung das gewonnene Bildmaterial in vielfältiger Weise ausgewertet, bearbeitet und mit anderen Informationen verknüpft werden kann. Von den Personen, die die Begegnungsstätte betreten, dürfte nur eine Minderheit gegen die Benutzungssatzung oder andere rechtliche Vorgaben, die sich aus der allgemeinen Rechtsordnung für die Benutzung der Begegnungsstätte ergeben, verstoßen. Die Videoüberwachung und die Aufzeichnung des gewonnenen Bildmaterials erfassen daher - wie bei solchen Maßnahmen stets - überwiegend Personen, die selbst keinen Anlass schaffen, dessentwegen die Überwachung vorgenommen wird.

Angesichts des erheblichen Gewichts der Grundrechtsbeeinträchtigung kann die geplante Videoüberwachung nicht auf die §§ 16 Abs. 1 und 17 Abs. 1 LDSG gestützt werden. Diese Ermächtigungsgrundlage enthält keine hinreichenden Vorgaben für eine Videoüberwachung öffentlicher Plätze. 35.4 Es fehlt mithin an einer ausreichend bereichsspezifischen Regelung, die die Videoüberwachung rechtfertigen könnte.

Auch die Möglichkeit der Normerhaltung durch verfassungskonforme Auslegung kommt vorliegend nicht in Betracht, da es im Normtext an einem hinreichenden Anknüpfungspunkt fehlt.³⁶

Die §§ 16 Abs. 1 und 17 Abs. 1 LDSG verstoßen somit gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.³⁷

IV. Ergebnis

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet.

³³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376); 107, 299 (318); 109, 279 (353); BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, NJW 2006, 1939 (1942).

³⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376, 392); 107, 299 (320); 109, 279 (353); 113, 348 (383); BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, NJW 2006, 1939 (1944).

³⁵ BVerfG NVwZ 2007, 688 (691).

³⁶ Vgl. hierzu *Saurer*, DÖV 2008, 17 (20).

³⁷ Eine Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist demnach nicht mehr angezeigt.

Übungsfall: Schwerpunktklausur Strafrecht

Strafprozessrecht, Europäisches und Internationales Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht

Von Prof. Dr. Robert Esser, Passau

Sachverhalt

Teil I¹

Der seit mehreren Jahren in Deutschland lebende und fließend Deutsch sprechende türkische Staatsbürger A wird wegen des Verdachts des Raubes festgenommen; unmittelbar im Anschluss an die Festnahme werden ihm der Tatvorwurf und die Gründe seiner Festnahme durch die Polizei eröffnet. A wird am nächsten Tag dem Haftrichter vorgeführt, der ihn förmlich gem. § 136 Abs. 1 StPO belehrt und zusätzlich darauf hinweist, dass es ihm (A) freistehe, mit dem für ihn zuständigen Konsulat Kontakt aufzunehmen. A schweigt, verzichtet aber auf die Kontaktaufnahme mit dem Konsulat. Auch in der Hauptverhandlung am 3.6.2008 macht A umfassend von seinem Schweigerecht Gebrauch; sein mittlerweile bestellter Verteidiger widerspricht der Verwertung einer Aussage des A anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung drei Stunden nach der Festnahme, in der A – nach förmlicher Belehrung gem. § 136 Abs. 1 StPO – nicht nur sich selbst, sondern auch B schwer belastet hat. Das LG verurteilt A und B wegen gemeinschaftlichen Raubes zu mehrjährigen Freiheitsstrafen, wobei es die Feststellung der Schuld jeweils maßgeblich auf die Einlassung des A stützt. Nach Verlesung der Urteilsformel fängt A aus Wut an zu randalieren und wird aus dem Sitzungssaal entfernt.

Am 11.6.2008 wird den Verteidigern von A und B das vollständige Urteil zusammen mit dem Protokoll der Hauptverhandlung zugestellt. Noch am selben Tag legt der Verteidiger des A formgerecht Revision ein. Die Revisionsanträge und ihre Begründung gehen formgerecht am 21.7.2008 beim LG ein.

- 1. Hat die Revision des A Aussicht auf Erfolg? Es ist zu allen in Betracht kommenden Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachtlich, Stellung zu nehmen.
- 2. Der Mitbeschuldigte B sieht ebenfalls einen Verfahrensmangel. Wäre seine Revision begründet?
- 3. Unterstellt, der EGMR entscheidet aufgrund einer Individualbeschwerde des A, dass dieser aufgrund des oben beschriebenen Sachverhaltes nicht in den Genuss eines fairen Verfahrens gekommen ist. Kann B der nach erfolgloser Verfassungsbeschwerde auf eine Anrufung des EGMR zunächst verzichtet hat nun ebenfalls noch eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK einlegen oder wenigstens eine Wiederaufnahme seines Strafverfahrens betreiben?

Gehen Sie nur auf die jeweiligen Kernprobleme ein; eine vollständige Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung der beiden Rechtsbehelfe wird nicht erwartet.

Art. 36 WÜK²Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaats

- (1) Um die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben in Bezug auf Angehörige des Entsendestaats zu erleichtern, gilt folgendes:
- a) Den Konsularbeamten steht es frei, mit Angehörigen des Entsendestaats zu verkehren und sie aufzusuchen. Angehörigen des Entsendestaats steht es in gleicher Weise frei, mit den Konsularbeamten ihres Staates zu verkehren und sie aufzusuchen;
- b) die zuständigen Behörden des Empfangsstaats haben die konsularische Vertretung des Entsendestaats 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. Jede von dem Betroffenen an die konsularische Vertretung gerichtete Mitteilung haben die genannten Behörden ebenfalls unverzüglich weiterzuleiten. Diese Behörden haben den Betroffenen unverzüglich über seine Rechte auf Grund dieser Bestimmung zu unterrichten;
- c) Konsularbeamte sind berechtigt, einen Angehörigen des Entsendestaats aufzusuchen, der sich in Straf- oder Untersuchungshaft befindet oder dem anderweitig die Freiheit entzogen ist, mit ihm zu sprechen und zu korrespondieren, sowie für seine Vertretung in rechtlicher Hinsicht zu sorgen.
- [...] Jedoch dürfen Konsularbeamte nicht für einen Staatsangehörigen tätig werden, der in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder dem anderweitig die Freiheit entzogen ist, wenn er ausdrücklich Einspruch dagegen erhebt.
- (2) Die in Absatz 1 genannten Rechte sind nach Maßgabe der Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften des Empfangsstaats auszuüben; hierbei wird jedoch vorausgesetzt, dass diese Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften es ermöglichen müssen, die Zwecke vollständig zu verwirklichen, für welche die in diesem Artikel vorgesehenen Rechte eingeräumt werden.

Hinweis: Sowohl die Türkei als auch die BR Deutschland sind Vertragsstaaten des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK) von 1963.

¹ Die auf 180-Minuten Bearbeitungszeit angelegte Klausur wurde im SS 2008 an der Universität Passau im Rahmen der Juristischen Universitätsprüfung (JUP) im Schwerpunktbereich 13 (Kriminalrechtspflege) angeboten.

² Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963 (BGBl. II 1969, S. 1585).

Teil II

Der Freistaat Bayern gewährt gem. § 1 des Gesetzes zur Wirtschaftsförderung Leistungen aus Landesmitteln an Betriebe oder Unternehmen. Die Leistungen werden ohne Gegenleistung gewährt und sollen der Förderung der regionalen Wirtschaft dienen.

G ist Alleingeschäftsführer der XY-GmbH, die ein Unternehmen betreibt. G will eine solche Wirtschaftsförderung auf unredliche Weise für die XY-GmbH erschleichen und macht gegenüber der zuständigen Behörde unrichtige Angaben über Tatsachen, die für die Leistungsgewährung erheblich und für die XY-GmbH vorteilhaft sind.

Der Beamte (B), der als Sachbearbeiter in der zuständigen Behörde beschäftigt ist, hat die Aufgabe, die gestellten Anträge einschließlich der Richtigkeit der Angaben zu überprüfen. B ist nicht entscheidungsbefugt. B erkennt, dass die Angaben des G nicht der Wahrheit entsprechen, teilt seinem Abteilungsleiter (A) aber dennoch mit, er habe Antrag und Angaben geprüft, die richtig und vollständig seien. B will erreichen, dass die XY-GmbH die Förderung erhält, obwohl er weiß, dass die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen.

A erkennt, dass G und B falsche Angaben machen, und lehnt den Leistungsantrag des G ab.

Da der erhoffte Geldsegen nun ausbleibt und G nicht möchte, dass der Gewinn der XY-GmbH geschmälert wird, zahlt er zum nächsten Fälligkeitstermin der Sozialversicherungsbeiträge nur die Arbeitgeberbeiträge, nicht aber die Arbeitnehmerbeiträge der GmbH-Beschäftigten an die zuständige Stelle. G hofft, dass dies nicht bemerkt werden wird.

Wie haben sich G und B nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösung:

Teil I

A. Erfolgsaussichten der Revision des A

Die Revision des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit, § 333 StPO

Das Rechtsmittel der Revision ist statthaft gegen alle Urteile des Landgerichts, § 333 StPO.

2. Rechtsmittelberechtigung

Die Rechtsmittelberechtigung des A bzw. seines Verteidigers ergibt sich aus den §§ 296 Abs. 1, 297 StPO.

3. Beschwer

Der A müsste als Rechtsmittelführer geltend machen, durch das Urteil beschwert zu sein, wobei sich die Beschwer aus dem Tenor der Entscheidung ergeben muss. A ist vom Landgericht zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden, also durch das Urteil beschwert.

4. Einlegungsform und -frist

Die Revision muss bei dem Gericht, dessen Urteil angefochten wird, binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden, § 341 Abs. 1 StPO. Vorliegend wurde das Urteil gegen A am 3.6.2008 verkündet. Die Einlegungsfrist beginnt hier also grundsätzlich am 3.6. (Berechnungsbeginn: 4.6., 0.00 Uhr), sie endet am 10.6., 24.00 Uhr (vgl. § 43 Abs. 1 StPO), so dass die Einlegung am 11.06. verfristet wäre.

Hat jedoch die Verkündung nicht in Anwesenheit des Angeklagten stattgefunden, so beginnt für diesen die Frist mit der Zustellung, §§ 341 Abs. 2, 43 Abs. 1 StPO.³ Das Urteil wird durch Verlesung der Urteilsformel und Eröffnung der Urteilsgründe verkündet (§ 268 Abs. 2 S. 1 StPO). Der A wurde nach Verlesung der Urteilsformel aus dem Sitzungssaal entfernt, war also bei Verkündung der Urteilsgründe abwesend. Insofern kommen hier §§ 341 Abs. 2, 43 Abs. 1 StPO zur Anwendung. Die Revisionseinlegungsfrist begann daher erst am 11.6. (Berechnungsbeginn: 12.6., 0.00 Uhr) mit der Zustellung des vollständigen Urteils an die Verteidiger von A und B. Die Frist endete folglich am 18.6., 24.00 Uhr, so dass die Einlegung am 11.6. durch den Verteidiger des A fristgerecht war.

Die Revisionseinlegung erfolgte auch formgerecht.

5. Begründungsform und -frist

Die Revisionsanträge und ihre Begründung sind spätestens binnen eines Monats nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels anzubringen (§§ 345 Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 1 StPO). Die Begründungsfrist begann daher am 19.6.2008, 0.00 Uhr. Fristende wäre folglich an sich am 19.7.2008, 24.00 Uhr. Hierbei handelt es sich jedoch um einem Samstag, so dass die Begründungsfrist erst mit Ablauf des nächsten Werktages endete, also am Montag, dem 21.7., 24 Uhr (§ 43 Abs. 2 StPO). Die Anbringung der Revisionsanträge und ihrer Begründung am 21.7. war somit noch fristgerecht.

A bzw. sein Verteidiger müssten den möglichen Mangel in Form einer Verfahrensrüge⁵ nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO geltend gemacht haben, also unter Angabe der den Mangel

³ Der in § 341 Abs. 2 StPO geregelte Ausnahmefall des § 234

StPO liegt hier nicht vor, da dem Verteidiger eine spezielle Vollmacht fehlte. Vgl. hierzu Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, § 234 Rn. 5.

^{§ 188} Abs. 2 Alt. 2 BGB ist hier gerade nicht anwendbar, vgl. *Meyer-Goβner* (Fn. 3), § 43 Rn. 1.

⁵ Ob für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK eine Verfahrens- oder Sachrüge einschlägig ist, hängt maßgeblich davon, auf welcher Ebene die Bearbeiter den Ausgleich (Rechtsfolge) für einen solchen Verstoß suchen. Soweit ein Ausgleich auf der Rechtsfolgenebene favorisiert wird (Strafzumessung oder Vollstreckungsmodell), ist die Annahme einer Sachrüge zumindest vertretbar.

enthaltenden Tatsachen.⁶ Von der Einhaltung dieser Voraussetzung ist nach dem Sachverhalt auszugehen.

6. Zwischenergebnis

Die Revision des A ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Revision ist begründet, wenn eine Gesetzesverletzung vorliegt und das Urteil auf dieser Verletzung beruht.

1. Entfernung aus dem Saal, § 338 Nr. 5 StPO

Ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO liegt vor, wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten stattgefunden hat, ohne dass dafür ein vom Gesetz anerkannter Grund vorlag. A ist wegen eines ordnungswidrigen Benehmens aus dem Sitzungssaal entfernt worden; § 231b StPO regelt diesen Fall. Bei der Verkündung der Urteilsgründe war die Anwesenheit des A nicht unerlässlich; es war außerdem zu befürchten, dass die Anwesenheit des A den Ablauf der Verhandlung in schwerwiegender Weise beeinträchtigen würde. Die Entfernung und dadurch bedingte Abwesenheit des A bei der Verlesung der Urteilsgründe waren somit von § 231b StPO gedeckt. Ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO liegt demnach nicht vor.

2. Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK

Möglicherweise ist jedoch eine Gesetzesverletzung in Form eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK⁸ gegeben. Danach haben die zuständigen Behörden des Empfangsstaates einen Festgenommenen unverzüglich über seine Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 1 WÜK (unverzügliche Unterrichtung der konsularischen Vertretung des Entsendestaats) und Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 2 WÜK (Weiterleitung von Mitteilungen an die konsularische Vertretung) zu unterrichten.

Dazu müsste A unter den Schutzbereich des WÜK fallen. Sowohl die Türkei⁹ als auch die BR Deutschland sind Vertragsstaaten. Das WÜK hat in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes und ist deshalb für deutsche Strafverfolgungsbehörden gegenüber A unmittelbar anwendbar. A unterfällt also dem Schutzbereich des WÜK.

Zudem müsste Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK dem A ein subjektives Recht gewähren. Der BGH lehnte früher die Annahme eines subjektiven Rechts mit dem Argument ab, es handele sich beim WÜK um einen nur zwischen Staaten relevant werdenden völkerrechtlichen Vertrag. Nach Urteilen des IGH und des BVerfG ist heute allerdings anerkannt, dass Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK nicht nur eine Pflicht des Empfangsstaates zur Unterrichtung der konsularischen Vertretung über eine Festnahme und ein entsprechendes Recht des Entsendestaates normiert, sondern auch ein subjektives Recht des Beschuldigten begründet, über das er von den zuständigen Behörden zu belehren ist. Die Belehrungspflicht knüpft rein formal allein an der fremden Staatsangehörigkeit an und besteht unabhängig von einer ausländerspezifischen oder situationsbedingten Hilflosigkeit. Insofern spielt es keine Rolle, dass A fließend Deutsch spricht, also bei ihm gerade keine ausländerspezifische Hilflosigkeit vorliegt. A wurde in Deutschland festgenommen; er hat die türkische Staatsangehörigkeit. Nach Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK war A also berechtigt, mit der konsularischen Vertretung der Türkei Kontakt aufzunehmen. Hierüber war er unverzüglich zu unterrichten. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK gewährt dem A also ein subjektives Recht, das er mit Hilfe der Revision rügen kann.

Problematisch ist, ob die Belehrung des A durch den Haftrichter noch "unverzüglich" erfolgte. Die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b. S. 3 WÜK obliegt nicht erst dem Richter, sondern bereits den festnehmenden staatlichen Stellen, sobald diesen die fremde Staatsangehörigkeit des Festgenommenen bewusst wird oder diesbezügliche Anhaltspunkte vorliegen. Danach hätte der A bereits durch die Polizei belehrt werden müssen; die Belehrung erst am auf die Festnahme folgenden Tag durch den Ermittlungsrichter erfolgte jedenfalls nicht mehr unverzüglich.

Der Verstoß ist auch unabhängig von der Frage, ob der Beschuldigte von seinem Recht auf konsularische Unterstützung Gebrauch machen will. Insofern spielt es keine Rolle, dass A auf die Kontaktaufnahme mit dem Konsulat verzichtet hat

Ein Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK ist also zu bejahen. Fraglich ist jedoch, welche Folgen dieser Verstoß hat.

a) Absoluter Revisionsgrund

Möglicherweise handelt es sich hierbei um einen absoluten Revisionsgrund. Allerdings ist keiner der in § 338 Nr. 1-8 StPO genannten Verfahrensfehler ausdrücklich einschlägig.

gig) als staatliche Konsularrechte interpretiert, nicht aber, wenn man den individualrechtsschützenden Charakter der Vorschrift in den Vordergrund rückt bzw. den Regelungsgehalt des Art. 36 WÜK zu den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts zählt.

¹⁰ IGH, Urt. v. 31.3.2004 (Avena), IGH-Reports 2004, 12; BVerfG NJW 2007, 499 (503).

⁶ Es handelt sich hierbei um eine Zulässigkeitsvoraussetzung, vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 562, 613. Lediglich die Frage, ob tatsächlich ein Verfahrensverstoß vorliegt, ist in der Begründetheit zu prüfen.

⁷ Dies ergibt sich schon aus der Regelung des § 341 Abs. 2 StPO.

⁸ Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK normiert drei separate Rechte des Festgenommenen. Zentraler revisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt im Falle der unterbliebenen Belehrung ist dabei das Belehrungs-("Unterrichtungs-")recht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK. Denkbar ist allerdings auch eine Fallkonstellation, in der – nach/trotz Belehrung des Beschuldigten und dessen Verlangen – eine Unterrichtung der konsularischen Vertretung entgegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 1 WÜK durch den Empfangsstaat unterbleibt.

⁹ Ob der Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Festgenommene besitzt, Vertragsstaat des WÜK ist, spielt bei der strafprozessualen Revision nur dann eine Rolle, wenn man (auch in dieser Konstellation) die Rechte aus Art. 36 WÜK (vorran-

Insbesondere ist die Anwesenheit des Konsularbeamten in der Hauptverhandlung nicht i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO gesetzlich vorgeschrieben, da ein Tätigwerden des Konsularbeamten gegen den Willen des Beschuldigten nach dem Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 lit. c WÜK nicht zulässig ist.

Die Annahme eines absoluten Revisionsgrundes könnte jedoch – über den an sich abschließenden Katalog des § 338 StPO hinaus – verfassungsrechtlich oder völkerrechtlich geboten sein. Indes verlangen sowohl der IGH als auch das BVerfG die Aufhebung eines Urteils lediglich, wenn sich der Verfahrensmangel kausal zum Nachteil des Beschuldigten ausgewirkt hat. Die unwiderlegliche Vermutung der Kausalität der fehlenden Belehrung für das Verhalten des Beschuldigten, für die Effektivität seiner Verteidigung und letztlich für das Beruhen des Urteils hierauf ist dagegen rechtlich weder erforderlich noch geboten. Ein absoluter Revisionsgrund ist folglich nicht gegeben.

b) Relativer Revisionsgrund, Verfahrensrüge: Verstoß gegen ein Verwertungsverbot

(1) Es könnte jedoch ein relativer Revisionsgrund vorliegen. Denkbar ist, dass das LG durch die Verwertung der Aussage des A gegen § 261 StPO verstoßen hat. Die Aussage des A anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung hätte nämlich nicht in die Beweiswürdigung einbezogen werden dürfen, wenn der Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK ein Beweisverwertungsverbot begründet.

Aus dem Wortlaut des Art. 36 WÜK ergibt sich nicht, dass der Verstoß gegen die Belehrungspflicht stets zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Auch gebieten weder die Rspr. des IGH noch die des BVerfG die zwingende Annahme eines Verwertungsverbotes als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob der eingetretene Verfahrensverstoß durch ein Beweisverwertungsverbot zu kompensieren ist.

Nach der Abwägungslehre des BGH ist insoweit das Interesse des Staates an der Tataufklärung gegen das Interesse des A an der Bewahrung seiner Rechtsgüter, insbesondere der Sicherung der Grundlagen seiner verfahrensrechtlichen Stellung durch Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK, abzuwägen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, inwieweit einerseits Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK individualschützenden Charakter besitzt und andererseits Grundrechtspositionen des A tangiert sind. Man könnte hier einen Vergleich zur Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO heranziehen, deren grundlegende Bedeutung anerkannt ist. Allerdings soll § 136 StPO nach herrschender Ansicht gerade die Aussagefreiheit des Beschuldigten garantieren, ist also unmittelbare und spezielle Ausprägung des nemo-tenetur-Grundsatzes. Demgegenüber stellt Art 36 WÜK nicht allein auf die Vernehmungssituation ab, sondern betrifft das allgemeine Gebot effektiver Verteidigung (Schutzzweck). Diesem Gebot kann aber auch auf andere Weise als durch die Benachrichtigung der konsularischen Vertretung entsprochen werden, beispielsweise durch die Bestellung eines Verteidigers oder Dolmetschers. Eine Vernehmung des Beschuldigten ist hier zudem - anders als bei § 136 Abs. 1 2 StPO – möglich, ohne dass erst die Reaktion der Konsularbehörde abgewartet werden muss.

Nach allem ist das Interesse des A an der Sicherung der Grundlagen seiner verfahrensrechtlichen Stellung nicht so bedeutsam, dass es das staatliche Aufklärungsinteresse überwiegt. Folglich ist im Ergebnis ein Verwertungsverbot abzulehnen.¹¹ Die Verwertung der polizeilichen Aussage des A verstieß somit nicht gegen § 261 StPO.

(2) Lehnt man ein Beweisverwertungsverbot als prozessuale Rechtsfolge einer unterbliebenen WÜK-Belehrung ab, so stellt sich das Problem, dass Verfahrensfehler nur dann revisibel sind, wenn sie dem Instanzgericht (einschließlich gerichtlicher Vorentscheidungen, § 336 StPO) unterlaufen sind oder wenigstens in die gerichtliche Hauptverhandlung *hineinwirken*; dies ist beim polizeilichen WÜK-Verstoß selbst nicht der Fall. Es stellt sich hier – ähnlich wie bei § 141 Abs. 3 S. 1 StPO – die grundsätzliche Frage, ob und in welchem Umfang vorprozessuale Verteidigungsmängel überhaupt eine Revision begründen können. ¹²

Selbst wenn man von einem Hineinwirken des Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK in die Hauptverhandlung ausginge, könnte dieser einen relativen Revisionsgrund nur begründen, wenn das Urteil gerade auf diesem Verstoß beruht, vgl. § 337 Abs. 1 StPO. Dies ist zu bejahen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil ohne den Verstoß anders ausgefallen wäre. Indes ist hier zu bedenken, dass A nach erfolgter Belehrung durch den Ermittlungsrichter auf die Kontaktaufnahme mit dem Konsulat verzichtet hat. Man kann deswegen – ohne konkrete Hinweise – nicht davon ausgehen, dass die rechtzeitige Belehrung bereits durch die Polizei den A von seiner Aussage abgehalten hätte. Es ist also auszuschließen, dass das Urteil bei ordnungsgemäßer Belehrung anders ausgefallen wäre. Mithin beruht das Urteil des LG nicht auf dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK.

Es liegt also auch kein relativer Revisionsgrund vor.

3. Zwischenergebnis

Die Revision des A ist unbegründet.

¹¹ Die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes ist in Anlehnung an eine in der Literatur vertretene Auffassung (*Strate*, HRRS 2008, 76; *Deiters*, ZJS 2008, 212; *Walther*, HRRS 2004, 126) ebenfalls vertretbar.

¹² Vgl. *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 1071. Ein (separater) gerichtlicher Verstoß läge jedenfalls dann vor, wenn das LG als Instanzgericht nicht im rechtlich geboten Maße auf den WÜK-Verstoß reagiert hätte. Hierzu werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze vertreten: Beweiswürdigungslösung; Strafabschlag; Vollstreckungslösung; vgl. BGH (*1. Senat*) NJW 2007, 3587; BGH (*5. Senat*) NJW 2008, 307; BGH (*3. Senat*) NJW 2008, 356; *Walter*, JR 2007, 99; *Kreβ*, GA 2007, 296; *Weigend*, StV 2008, 39; *Schomburg/Schuster*, NStZ 2008, 593. Eine Darstellung dieses Streites (vgl. *Esser*, JR 2008, 271) wurde von den Bearbeitern allerdings nicht erwartet. Dementsprechend war der Sachverhalt hier bewusst offen gehalten.

III. Ergebnis

Die Revision des A ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

B. Begründetheit der Revision des B

Fraglich ist, ob die auf einen Verfahrensmangel gestützte Revision des B begründet ist. Hierzu müsste eine Gesetzesverletzung vorliegen und das Urteil auf dieser Verletzung beruhen. Ein absoluter Revisionsgrund ist nicht ersichtlich; als relative Revisionsgründe kommen in Betracht:

I. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK

Gegenüber A wurde hier Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK verletzt (s.o.). ¹³ Problematisch ist jedoch schon, ob B sich hierauf berufen kann. Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn auch B vom Schutzzweck des Art. 36 WÜK erfasst ist bzw. durch den Verstoß gegen die Belehrungspflicht sein Rechtskreis berührt wird. Die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK soll allerdings lediglich den individuell betroffenen ausländischen Beschuldigten, nicht aber auch Dritte schützen. Durch die verspätete Belehrung gegenüber A wird somit der Rechtskreis des B nicht berührt ¹⁴; er kann sich also nicht auf die Verletzung von Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK berufen – unabhängig davon, wie die Vorschrift revisionsrechtlich geltend zu machen ist.

II. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, § 337 Abs. 1 StPO

Dadurch, dass B im Wesentlichen aufgrund der polizeilichen Aussage des A verurteilt wurde, zu der er A nicht befragen konnte, könnte ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vorliegen. Danach hat der Beschuldigte das Recht, einen Belastungszeugen befragen und dessen Glaubwürdigkeit in Zweifel ziehen zu können.

Der ebenfalls der Tat beschuldigte A müsste unter den Begriff des Belastungszeugen i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK fallen. Dieser ist autonom zu bestimmen und erfasst jede Person, deren Angaben dem erkennenden Gericht vorliegen und zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden sollen. Die polizeiliche Aussage des A, in der dieser B schwer belastet hat, liegt dem LG vor und wird von diesem maßgeblich zur Feststellung der Schuld des B verwertet. Der Mitbeschuldigte A ist also Belastungszeuge i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.

Da A in der Hauptverhandlung umfassend von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat, konnten B und sein Verteidiger A nicht konfrontieren. Ob diese Beschränkung des Konfrontationsrechts zulässig war, ist anhand eines vom EGMR entwickelten dreistufigen Prüfungsschemas zu untersuchen. Zunächst müsste ein sachlicher Grund für die Beschränkung des Konfrontationsrechts in der Hauptverhandlung vorliegen. Ein solcher liegt hier in dem Schweigerecht des A nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Auf der zweiten Stufe

¹³ Zu der Frage, ob B selbst nach Art. 36 WÜK hätte belehrt werden müssen, schweigt der Sachverhalt bewusst.

müsste die Einschränkung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK bestmöglich kompensiert worden sein. Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte müssen alle ihnen möglichen und zumutbaren erfolgversprechenden Maßnahmen ergreifen, um eine Konfrontation des Zeugen mit dem Angeklagten bis zum Abschluss des Verfahrens zu ermöglichen. 15 Zwar hatte B bzw. sein Verteidiger zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens eine angemessene Gelegenheit, A effektiv zu befragen. Dass A jedoch in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat, ist dem Staat nicht zurechenbar. 16 Insofern kommt es im Rahmen der dritten Stufe auf die Beweiswürdigung an. Das Gericht muss die Angaben des nicht konfrontierten Zeugen mit besonderer Sorgfalt und Vorsicht würdigen und durch andere Beweise erhärten. Vorliegend hat das Gericht die Verurteilung des B maßgeblich auf die Einlassung des A gestützt; andere diese erhärtende Beweise sind nicht ersichtlich. Die Beschränkung des Konfrontationsrechts des B war folglich nicht zulässig.

Somit liegt ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vor. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Urteil auf diesem Fehler beruht (§ 337 Abs. 1 StPO).

III. Ergebnis

Die Revision des B ist folglich begründet.

¹⁴ Dies wäre sogar nach § 136 Abs. 1 S. 1 StPO nicht der Fall, anders als bei § 52 Abs. 3 S. 1 StPO.

¹⁵ Daher handelt es sich hier auch eindeutig um einen gerichtlichen Verstoß, der mit der Revision gerügt werden kann.

¹⁶ Die staatlichen Stellen sind bei einer richterlichen Zeugenvernehmung im Vorverfahren verpflichtet, für den gezielt nicht benachrichtigten (§ 168c Abs. 3, Abs. 5 S. 2 StPO) oder unerreichbaren Beschuldigten einen zur Teilnahme berechtigten (§ 168c Abs. 2 StPO) Verteidiger zu bestellen bzw. einen bereits bestellten Verteidiger zu benachrichtigen, wenn es sich bei der zu vernehmenden Person um einen wesentlichen Belastungszeugen i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK handelt und die Gefahr besteht, dass dieser Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Konfrontation zur Verfügung steht (BGHSt 46, 93). Da auf der Grundlage des autonomen Zeugenbegriffs der EMRK auch ein Mitbeschuldigter Belastungszeuge i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK sein kann, ließe sich dieser Ansatz prinzipiell auch auf die Vernehmung eines Mitbeschuldigten im Vorverfahren anwenden; dieser wäre dann als Zeuge i.S.v. § 168c Abs. 2 StPO anzusehen; für den anderen Beschuldigten wäre entsprechend ein Verteidiger zu bestellen, der dann an dieser Vernehmung teilnimmt. Von einem Mitbeschuldigten wird jedoch eher selten eine derart zentrale Belastung des Beschuldigten zu erwarten sein wie es etwa beim Verbrechensopfer der Fall ist. Zumindest müssten die in BGHSt 46, 93 genannten Voraussetzungen beim Mitbeschuldigten ganz besonders genau unter dem Gesichtspunkt eines staatlichen Verschuldens geprüft werden. Eine Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung wurde von den Bearbeitern nicht erwartet, zumal der Sachverhalt an dieser Stelle bewusst offen gehalten wurde.

C. Individualbeschwerde des B

Möglicherweise kann B eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK einlegen. Zunächst ist problematisch, ob die Beschwerde des B nicht im Wesentlichen mit der schon vorher vom Gerichtshof geprüften Beschwerde des A übereinstimmt und keine neuen Tatsachen enthält, also nach Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK unzulässig ist. Das wesentliche Übereinstimmen setzt eine Identität von Beschwerdegegenstand und Beschwerdeführer voraus. Zwar stimmt die Beschwerde des B dem Sachverhalt nach mit der des A überein (unterbliebene WÜK-Belehrung, es handelt sich hierbei jedoch um unterschiedliche Beschwerdeführer). Die Beschwerde des B stimmt somit nicht im Wesentlichen mit der des A überein, so dass sich die Unzulässigkeit einer Individualbeschwerde des B nicht aus Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK ergibt.

Zu beachten ist allerdings, dass eine solche Individualbeschwerde innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung eingelegt werden muss, vgl. Art 35 Abs. 1 EMRK. B hat hier jedoch nach erfolgloser Verfassungsbeschwerde zunächst auf eine Anrufung des EGMR verzichtet und die Individualbeschwerde des A abgewartet. Angesichts der erheblichen Dauer eines Verfahrens vor dem EGMR muss deshalb bei lebensnaher Betrachtung davon ausgegangen werden, dass die Sechsmonatsfrist bereits abgelaufen ist.

Eine Individualbeschwerde des B nach Art. 34 EMRK wäre demzufolge unzulässig.

D. Wiederaufnahme des Strafverfahrens zugunsten des B

Es bleibt zu untersuchen, ob B eine Wiederaufnahme seines Strafverfahrens betreiben kann. Der einschlägige § 359 Nr. 6 StPO setzt seinem Wortlaut nach voraus, dass der EGMR eine Verletzung der EMRK festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht, äußert sich also nicht zum Kreis der Antragsberechtigten.

Insofern ist umstritten, ob eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur für den Verurteilten möglich ist, der selbst eine erfolgreiche Individualbeschwerde vor dem EGMR betrieben hat, oder ob eine Wiederaufnahmemöglichkeit auch für den Mitbeschuldigten besteht, dessen Verurteilung an dem gleichen vom EGMR festgestellten Mangel leidet. Vorliegend könnte B, dessen Beschwerde vor dem EGMR unzulässig ist (s.o.), nach der erstgenannten Ansicht also keine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO betreiben.

Nach anderer Ansicht kommt es dagegen darauf an, ob das Urteil gegen den B auf der Verletzung des Erfordernisses eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) beruht. 18 Selbst wenn man hier unterstellt, dass der Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 WÜK die Unfairness des Verfahrens gegenüber A zur Folge hat, so ändert dies nichts daran, dass B durch die

Verletzung des Art. 36 Abs. 1 WÜK gegenüber A nicht in seinem Rechtskreis betroffen ist (s.o.). Das Urteil gegen B beruht also nicht auf der Verletzung. Auch nach dieser Ansicht ist eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu Gunsten des B nach § 359 Nr. 6 StPO also nicht möglich.

Teil II

A. Strafbarkeit des G

I. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Subventionsbetrug)

G könnte sich durch die Angabe unrichtiger Tatsachen eines Subventionsbetrugs gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste er gegenüber einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht haben, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind. Die von G angestrebten Leistungen aus den Landesmitteln sollten der Förderung der regionalen Wirtschaft dienen und direkt ohne Gegenleistung Betrieben oder Unternehmen zugute kommen; sie stellen daher Subventionen i.S.v. § 264 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 StGB dar. Die Angaben, die der G gegenüber der zuständigen Behörde gemacht hatte, waren sowohl unrichtig als auch subventionserheblich i.S.v. § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB. Diese Angaben hat G zudem für einen anderen – die XY-GmbH – gemacht, für welche sie auch vorteilhaft waren.

Der objektive Tatbestand liegt damit vor.

b) Subjektiver Tatbestand

G müsste auch vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Wollen bzgl. der Merkmale des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. G war die Unrichtigkeit und Subventionserheblichkeit der von ihm geltend gemachten Tatsachen bekannt. Ihm kam es auch gerade darauf an, durch die Geltendmachung der XY-GmbH eine Förderungsleistung zukommen zu lassen. Er handelte also vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, die Tat ist folglich rechtswidrig.

3. Schuld

Mangels Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründen ist die Tat auch schuldhaft begangen.

4. Strafzumessung

Es könnte ein besonders schwerer Fall vorliegen, wenn der G die Mithilfe eines Amtsträgers ausgenutzt hätte, der seine Befugnis oder seine Stellung missbraucht hat (§ 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StGB). Im vorliegenden Fall hatte G jedoch keinerlei Vorsatz bzgl. der Mithilfe des B. Ein besonders schwerer Fall liegt dementsprechend nicht vor.

¹⁷ Vgl. *Meyer-Goβner* (Fn. 3), § 359 Rn. 52; *Rotsch*, in: Krekeler/Löffelmann (Hrsg.), Anwaltkommentar StPO, 2007, § 359 Rn. 38.

¹⁸ Esser, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, Rn. 347 f.; *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (589).

5. Ergebnis

G hat sich eines Subventionsbetrugs gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht

II. § 263 Abs. 1 StGB (Betrug)

Da B erkennt, dass die Angaben des G nicht der Wahrheit entsprechen, fehlt es bereits an einem Irrtum. Zudem treffen weder A noch B eine Vermögensverfügung. Ein Betrug zum Nachteil des Freistaats Bayern liegt daher nicht vor. ¹⁹

III. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB (versuchter Betrug)

Möglicherweise hat sich G jedoch eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB zum Nachteil des Freistaats Bayern strafbar gemacht, indem er unrichtige Tatsachen angegeben hat.

1. Nichtvollendung

Mangels Irrtum und Vermögensverfügung ist die Tat nicht vollendet.

2. Strafbarkeit des Versuchs

Der Versuch ist strafbar gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB.

3. Tatentschluss

G müsste Tatentschluss bzgl. der Begehung eines Betruges gehabt haben. Er hatte die Vorstellung, durch die falschen Angaben auf die Vorstellung mindestens eines Beschäftigten der zuständigen Behörde einzuwirken und bei diesem einen Irrtum über entscheidungserhebliche Tatsachen herbeizuführen.

Ferner hatte G die Vorstellung, dass der B irrtumsbedingt eine Verfügung über das Vermögen des Freistaats Bayern treffen würde, die unmittelbar²⁰ zu einer Vermögensminderung führen sollte. Dadurch wäre nach der Vorstellung des G das Vermögen des Freistaats Bayern geschädigt worden, da keine Kompensation erfolgt wäre (Zweckverfehlung).

Es kam dem G schließlich auch darauf an, dass die XY-GmbH den Vermögensvorteil erlangen würde, auf den sie keinen Anspruch hat und der mit dem Schaden des Freistaats Bayern stoffgleich wäre. G hatte somit Drittbereicherungsabsicht.

Der Tatentschluss ist folglich zu bejahen.

¹⁹ Die Vollendung kann bei jedem der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 Abs. 1 StGB vertretbar abgelehnt werden.

4. Unmittelbares Ansetzen

Durch die Mitteilung der Angaben gegenüber der zuständigen Behörde hatte der G nach seiner Vorstellung von der Tat bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

5. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist rechtswidrig, da keine Rechtfertigungsgründe eingreifen.

6. Schuld

Die Tat ist auch schuldhaft begangen.

7. Ergebnis

G hat sich eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht.

IV. § 266a Abs. 1 StGB (Vorenthalten von Arbeitsentgelt)

Indem G zum nächsten Fälligkeitstermin der Sozialversicherungsbeiträge nur die Arbeitgeberbeiträge an die zuständige Stelle abgeführt hat, könnte er sich gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

G hat die Arbeitnehmerbeiträge vorenthalten. Fraglich ist, ob er als Arbeitgeber i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB angesehen werden kann. Arbeitgeber ist hier die XY-GmbH als juristische Person (vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG); der G kann also nicht als Arbeitgeber angesehen werden. Die Arbeitgebereigenschaft ist aber besonderes persönliches Merkmal i.S.d. Legaldefinition des § 14 Abs. 1 StGB. Liegt das Merkmal nicht vor, ist keine Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB gegeben, es handelt sich also auch um ein strafbegründendes Merkmal. Deshalb ist gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB das Strafgesetz, § 266a Abs. 1 StGB, auf den G als vertretungsberechtigtes Organ der XY-GmbH (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG) anzuwenden.

G handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit, Schuld

Die Tat ist zudem rechtswidrig und schuldhaft begangen.

3. Ergebnis

G hat sich gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Konkurrenzen

 $\$ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB verdrängt $\$ 263 Abs. 1, 22 StGB (Konsumtion). 21

Ergebnis: G ist strafbar gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1, § 266a Abs. 1; § 53 StGB.

1 atenmen (§ 32 StOB).

²⁰ An der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung könnte man insofern Zweifel haben, als B nicht entscheidungsbefugt war und insofern durch die Weitergabe der Angaben des G an A nicht einmal von einer schadensgleichen (konkreten) Vermögensgefährdung gesprochen werden könnte. Indes kommt es bei der Versuchsprüfung lediglich auf die Vorstellung des G an, dem die innerbehördlichen Entscheidungsabläufe nicht bekannt waren.

²¹ Ebenfalls vertretbar ist die Annahme von Subsidiarität oder Tateinheit (§ 52 StGB).

B. Strafbarkeit des B

I. § 266 Abs. 1 StGB (Untreue)

Eine Strafbarkeit wegen Untreue scheidet mangels Vermögensbetreuungspflicht des B aus; zudem ist dem Freistaat Bayern kein Nachteil im Sinne dieser Vorschrift entstanden.

II. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Subventionsbetrug)

In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit des B wegen Subventionsbetrugs gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

1. Tatbestand

Indem er den Antrag an A weitergegeben und diesem wahrheitswidrig gesagt hat, die Angaben seien zutreffend, hat der nicht entscheidungsbefugte B seinerseits die entsprechenden Angaben gemacht, und zwar für "einen anderen", nämlich die XY-GmbH.²² Diesbezüglich hatte er auch Vorsatz.

2. Rechtswidrigkeit, Schuld

Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, B handelte somit auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafzumessung

B ist als Beamter Amtsträger, § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB; er hat daher seine "Befugnisse als Amtsträger" i.S.d. § 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB missbraucht.²³ Insofern liegt ein besonders schwerer Fall vor.

4. Ergebnis

B hat sich eines Subventionsbetruges (§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB) in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

III. §§ 264 Abs. 1 Nr. 1, 27 StGB (Beihilfe zum Subventionsbetrug des G)

Mit der Weiterleitung und wohlwollenden Kommentierung könnte B Beihilfe geleistet haben. Allerdings war die vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat des G, der Subventionsbetrug gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, mit der Einreichung der Un-

²² Nach h.M. ist tauglicher Täter des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch ein Amtsträger, sofern dieser nicht selbst über die Subventionsvergabe entscheidet und einem Vorgesetzten gegenüber die Richtigkeit der Angaben des Antragstellers bestätigt, obwohl er die Unrichtigkeit erkannt hat. Vgl. etwa BGHSt 32, 203.

²³ Der Amtsträger missbraucht seine Befugnisse, wenn er innerhalb seiner eigentlichen Zuständigkeit handelt; ein Missbrauch der Stellung als Amtsträger liegt dagegen vor, wenn der Amtsträger die ihm durch sein Amt eröffneten Möglichkeiten außerhalb seiner Zuständigkeit ausnutzt, vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 264 Rn. 76.

terlagen bei der Behörde bereits vollendet und beendet²⁴, eine Beihilfe war also nicht mehr möglich.

IV. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB (Versuchter Betrug)

B könnte sich durch die Weiterleitung des Antrages des G und die wahrheitswidrige Behauptung, die Angaben seien zutreffend, eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht haben.

1. Nichtvollendung

Mangels Irrtum und Vermögensverfügung des A ist die Tat nicht vollendet.

2. Strafbarkeit des Versuchs

Der Versuch ist strafbar gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB.

3. Tatentschluss

B hatte die Vorstellung, dass er durch seine (täterschaftliche) Weitergabe der unrichtigen Angaben des G auf die Vorstellung des A einwirkt und bei diesem einen entsprechenden Irrtum erregt. A sollte irrtumsbedingt eine Vermögensverfügung zu Lasten des Freistaats Bayern treffen; ein entsprechender Vermögensschaden sollte eintreten.

Es kam B gerade darauf an, dass die XY-GmbH den Vermögensvorteil erlangt, der stoffgleich mit dem Schaden wäre und auf den die XY-GmbH keinen Anspruch hat; er hatte mithin Drittbereicherungsabsicht.

Der Tatentschluss ist also gegeben.

4. Unmittelbares Ansetzen

Durch die Weiterleitung des Antrags des G an A mit der Behauptung, die Angaben seien richtig und vollständig, hat B auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

5. Rechtswidrigkeit, Schuld

B hat die Tat auch rechtswidrig und schuldhaft begangen.

6. Strafzumessung

In Betracht kommt ein besonders schwerer Fall gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB. B ist Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB, s.o. Dadurch, dass B mit der Weiterleitung des Antrags an A alles seinerseits zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan hat, ist der Missbrauch der Amtsträgerbefugnisse auch vollendet, so dass die Regelwirkung eintritt. Ein besonders schwerer Fall nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB liegt somit vor.

7. Ergebnis

B hat sich folglich eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

²⁴ Es ist nicht ersichtlich, dass eine *Beendigung* des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB erst zu einem späteren Zeitpunkt vorliegen soll.

V. §§ 263 Abs. 1, 22, 27 StGB (Beihilfe zum versuchten Betrug des G)

G hat bereits durch das Einreichen des Antrags zu seiner Haupttat unmittelbar angesetzt, s.o. B hat zu dieser Tathandlung keine Beihilfe mehr geleistet.

VI. Konkurrenzen

§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB verdrängt §§ 263 Abs. 1, 22 StGB (s.o.). Ergebnis: B ist strafbar nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Übungsfall: Der Platzverweis

Von Rechtsreferendarin Marie Heissler, Regierungsrat z.A. Thomas Marzahn, Augsburg*

Sachverhalt

A.S. beschäftigt sich seit vielen Jahren intensiv mit Sportwetten. Hauptsächlich wettet er bei Oddset auf den Ausgang von Fußballspielen. Nachdem er hohe Spielverluste erlitten hat, will er seine Gewinnchance durch Einflussnahme auf das Spielgeschehen mittels Bezahlung von Geldern an Spieler und Schiedsrichter erhöhen.

In der Folge trifft er sich mit dem Fußballschiedsrichter R.H. und verabredet mit diesem, dass R.H. den Ausgang von bestimmten Spielen, auf die A.S. wetten will, durch falsche Schiedsrichterentscheidungen nach den Wünschen des A.S. manipulieren soll. A.S. verspricht R.H. für seine Bereitschaft, das Pokalspiel zwischen P und H zu manipulieren, 50.000 Euro.

A.S. gibt, nachdem er mit R.H. diese Manipulation verabredet hat, im Wettbüro einen Wettschein für eine Wette mit festen Gewinnquoten ab.

- 1. Variante: Trotz der Bereitschaft des R.H. zur Manipulation konnte er keinen Einfluss auf das Spielgeschehen nehmen; A.S. verliert seine Wette.
- 2. Variante: X belauscht am Nachbartisch in einer Kneipe die Abrede zwischen A.S. und R.H. Er wettet auf das entsprechende Spiel und gewinnt aufgrund der erfolgreichen Spielmanipulation durch R.H.

Strafbarkeit der Beteiligten?

1. Variante

A. Strafbarkeit des A.S.¹

I. Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB

Durch den Abschluss des Vertrags im Wettbüro könnte A.S. sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB (zum Nachteil von Oddset zu eigenen Gunsten) strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste A.S. durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt und hierdurch das Vermögen eines anderen beschädigt haben.

* Die Verf. waren zum Zeitpunkt der Erstellung des Falles wissenschaftliche Mitarbeiter an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht der Universität Augsburg (Prof. Dr. Thomas Rotsch). Die Autoren danken Herrn Prof. Rotsch für seine kritischen Anregungen.

I Obwohl der Fall als "Hoyzer-Fall" in die Schlagzeilen geraten ist, darf nicht übersehen werden, dass im Vordergrund des Geschehens die Tathandlungen des A.S. stehen, da er derjenige ist, der im Wettbüro aktiv wurde.

a) Täuschung über Tatsachen

A.S. müsste falsche Tatsachen vorgespiegelt oder wahre Tatsachen entstellt oder unterdrückt haben.

aa) Er müsste also über Tatsachen getäuscht haben.² Dazu ist erforderlich, dass der Täuschende – nach h.M. durch intellektuelle kommunikative Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen³ – über Tatsachen eine Fehlvorstellung erregt. Tatsachen sind äußere oder innere Vorgänge der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.⁴

bb) Eine derartige Täuschung kann ausdrücklich, konkludent oder durch Unterlassen begangen werden.⁵ Ausdrücklich hat A.S. nicht getäuscht, weil er im Wettbüro keine Äußerungen über die "Manipulationsfreiheit" seiner Wette⁶ getätigt hat. A.S. könnte aber konkludent⁷ getäuscht haben.⁸ Konklu-

² *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 263 Rn. 5.

³ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 498; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 10; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 37; Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 263 Rn. 23; Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 263 Rn. 98 m.w.N; a.A. Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 52, Arzt, in: ders./Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 20 Rn. 46.

⁴ Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, S. 277 ff.; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 263 Rn. 7, 52 ff.; Schlösser, NStZ 2005, 423 (424).

⁵ Kindhäuser (Fn. 4), § 263 Rn. 3 ff.

⁶ Im Originalfall setzte A.S. nur Kombinationswetten, die noch vom Ausgang anderer Spiele abhängig waren. Für die Fallbearbeitung soll jedoch zur Vereinfachung von Einzelspielen ausgegangen werden.

In diesem Punkt weist der Fall Ähnlichkeiten zum sog. "Spätwettenfall" (BGHSt 16, 120) sowie zum "Rennquintettfall" (BGHSt 29, 165) auf. Dabei entschied der BGH zur Frage, was jeweils konkludent erklärt werde, unterschiedlich. Im ersten Fall hielt er die Erklärung eines Wettkunden, er kenne den Ausgang eines Pferderennens nicht, obwohl ihm der Rennausgang tatsächlich bereits bekannt war, für eine "willkürliche Konstruktion". In letzterem Fall hatte der Täter Jockeys bestochen und so veranlasst, dass diese ihre Pferde langsam reiten. Hier nahm der BGH an, der Täter erkläre bei Abschluss der Pferdewette konkludent, er selbst habe keine Manipulationen vorgenommen. Die Entscheidungen liegen insoweit richtig, als der BGH erkannt hat, dass in einem normativ-funktionalen Straftatsystem wesentlich für die Annahme einer Täuschung ist, ob vom Täter ein Risiko gesetzt wurde, das sich dann im Erfolg realisiert hat. Bei einer Manipulation des Wettgegenstands ("Rennquintettfall") ist dies anzunehmen. Nutzt der Täter allerdings nur ein allgemeines

dent täuscht der Täter dann, wenn er die Unwahrheit durch sein Verhalten schlüssig miterklärt,⁹ d.h. wenn dem Verhalten des Täters nach der Verkehranschauung ein entsprechender Erklärungswert beigemessen wird.¹⁰

- cc) Fraglich ist, auf welche Bezugstatsache sich die Täuschung vorliegend bezieht. 11
- (1) In Betracht kommt zunächst die Manipulation des Spiels durch R.H. Dies ist jedoch keine Tatsache im Sinne

Risiko aus ("Spätwettenfall"), ist sein Verhalten strafrechtlich nicht relevant.

- Vorab zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen zunächst eine kurze Übersicht über die unterschiedlichen Täuschungsbegriffe:
- a) Der faktische Täuschungsbegriff: Danach liegt eine konkludente Täuschung dann vor, wenn der rechtsgeschäftliche Verkehr das Gesamtverhalten des Täters als Erklärung eines bestimmten Bedeutungsinhaltes versteht, obwohl es insoweit an einer ausdrücklichen Erklärung fehlt (*Cramer*, in: Schönke/Schröder [Fn. 3], § 263 Rn. 14 ff. m.w.N.). Entscheidend für die Feststellung des Erklärungsinhalts ist danach der verobjektivierte Empfängerhorizont. Kritisiert wird diese Ansicht, weil sie einen faktischen Erklärungswerte annimmt, der auf einer Fiktion beruht. Folge davon wäre eine widersprüchliche Kasuistik.
- b) Der normative Täuschungsbegriff setzt als erste (faktische) Voraussetzung die Verursachung eines Irrtums auf beliebige Weise voraus. Zweite (normative) Voraussetzung ist die Pflicht zur Vermeidung des Irrtums (*Lackner*, in: Jescheck [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 28 ff.; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 99 f.), wonach sich auch die Verteilung des Irrtumsrisikos bestimmt. Kritik erfährt diese Ansicht, weil das Strafrecht bei einzelnen Vertragstypen eine bestimmte Verteilung des Irrtumsrisikos nicht bereits vorfindet. Eine derartige vorstrafrechtliche Regelung kann aber nicht einfach in das Strafrecht übernommen werden, ohne dass damit doch wieder eine Entscheidung darüber getroffen wird, wie die Verteilung des Irrtumsrisikos erfolgen soll, was also strafrechtlich schützenswert ist und was nicht.
- c) Der subjektive Täuschungsbegriff: Danach muss die Erklärung subjektiv zur Irrtumserregung bestimmt gewesen sein; in diesem Fall trägt der Erklärende das strafrechtliche Irrtumsrisiko (BGHSt 47, 1 [5]; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 15). Bislang ist von dieser Ansicht jedoch nur die Fallgruppe der "selbst dementierenden Erklärung" (Angebotsschreiben mit Kleingedrucktem) erfasst. Außerdem läuft das Tatbestandsmerkmal der Täuschung leer, da dieses nach h.A. ja bereits eine Subjektivierung in diesem Sinne enthält.
- ⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 498.
- ¹⁰ Cramer (Fn. 8), § 263 Rn. 14.
- ¹¹ Hier ist besonderes Augenmerk auf die zeitliche Abfolge der Geschehnisse zu richten: am Anfang der Chronologie steht die Abrede zwischen A.S. und R.H.; danach folgt der Abschluss des Wettvertrages zwischen A.S. und dem Wettanbieter, zuletzt das "Verpfeifen" des Spieles durch R.H. (die eigentliche Manipulation).

des Betrugstatbestandes, da es sich bei der tatsächlichen, von R.H. ja erst noch vorzunehmenden, Spielmanipulation um ein in der Zukunft liegendes Ereignis handelt. Darüber konnte also A.S. nicht im Sinne des Tatbestandes täuschen.¹²

- (2) Ein weiterer Ansatzpunkt für die Täuschung ist die Manipulationsabrede von A.S. und R.H. Diese Abrede hat zeitlich vor dem Geschehen im Wettbüro stattgefunden und kann damit Bezugstatsache für die Täuschung sein. Hier ist dem Angebot des A.S. auf Abschluss des "Wett"vertrags¹³ der schlüssige Erklärungsinhalt zu entnehmen, dass sich die Teilnehmer des Spiels einer aktiven Manipulation des Spielgegenstandes enthalten, 14 bzw. dahingehende Manipulationsabreden nicht stattgefunden haben. Die Freiheit von Manipulationen ist als Geschäftsgrundlage des Spielvertrags anzusehen und stellt daher gleichsam ein spezifisches Essentialium des Spielvertrags dar. Daher wird auch der Einschränkung, dass sich die Erklärung auf eine Grundlage des konkreten Geschäfts beziehen müsse, 15 Genüge getan. Denn gerade die Tatsache, dass die Zufälligkeiten des Spielvertrags nicht durch Manipulationen beeinflusst werden, ist das den Vertragstyp charakterisierende Element. 16 Durch das Angebot auf Abschluss des Spielvertrages hat A.S. folglich konkludent miterklärt, dass auch keine derartigen Manipulationsabreden getroffen wurden.
- (3) Daneben könnte A.S. auch über die innere Tatsache seiner Kenntnis der Manipulationsabrede getäuscht haben. Insoweit ist anerkannt, dass auch über innere Tatsachen getäuscht werden kann. Hier käme daher eine Täuschung entweder über die Kenntnis von der Manipulationsabrede oder über die Bereitschaft zur Manipulation in Betracht. Ob eine Täuschung über innere Tatsachen vorliegt, kann aber letztlich offen bleiben, da zumindest auch über eine äußere Tatsache getäuscht wurde.
- dd) Fraglich ist jedoch, ob mit dieser Ansicht nicht eine unzulässige "Übernormativierung" des Täuschungsbegriffs einhergeht, was dem gesetzgeberischen Willen zuwiderliefe.

¹² So auch zutreffend *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (425); *Schild*, ZfWG 2007, 10 (11).

Der Vertrag ist zivilrechtlich allerdings als Spiel nach § 762 BGB zu beurteilen, vgl. *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl. 2008, §§ 762 Rn. 2, 763 Rn. 4; *Engel*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2002, § 762 Rn. 6; *Kutzner*, JZ 2006, 712 (715). Denn Spiel und Wette unterscheiden sich nach ihrem Vertragszweck: während der Gewinn beim Glücksspiel von einem zufälligen Ereignis abhängt dient die Wette dazu, den Ausgang eines Meinungsstreits zu sanktionieren oder zu belohnen, vgl. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 762 Rn. 7.

¹⁴ So auch *Gaede*, HRRS 2007, 18.

 ¹⁵ *Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 31; *Gaede*, HRRS 2007, 18 (19): "Geschäftsgrundlage", die mit dem Verschieben des Wettrisikos geändert wird, vgl. *Kutzner*, JZ 2006, 712 (716).
 ¹⁶ *Krack*, ZIS 2007, 103 (105).

¹⁷ Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 494.

Dies entspricht den Zechpreller-Fällen, z.B. in BGH GA 1972, 299; *Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 9 ff., 38 f.

Denn der Gesetzgeber habe sich durch die Wahl des Begriffes "Tatsachen" dafür entschieden, dass bei dessen Auslegung auch faktische Gegebenheiten heranzuziehen seien. Würde man hingegen, wie der BGH, mit dem bloßen Verweis auf ein "Minimum an Redlichkeit" arbeiten, ließe sich die Frage, welche Tatsache im Einzelfall noch schlüssig miterklärt wird, kaum beantworten. Eine an rein normativen Gesichtspunkten ausgerichtete Auslegung sei insbesondere deshalb bedenklich, weil so der Anwendungsbereich der Täuschung durch Unterlassen – die immerhin noch die Aufklärungspflicht des § 13 StGB als Korrektiv kenne – weiter eingeschränkt werde. Bei einer bloß normativen Betrachtungsweise würde der konkrete Empfängerhorizont durch eine Fiktion von Erklärungen ersetzt, ein Zustand, der mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar sei 23.

Maßgeblich kommt es daher auf einen durch die Verkehrsauffassung objektivierten Empfängerhorizont an. Danach sei aber im vorliegenden Fall gerade keine konkludente Täuschung vollzogen worden, denn bei einem "Alltagsgeschäft ohne personales Gepräge" wie dem Abschluss eines Spielvertrages erkläre sich der Vertragsschließende nicht über eine eventuelle Nichtmanipulation.²⁴ Eine derartige Annahme sei bloße Konstruktion, sodass ein objektivierbarer Erklärungsgehalt nicht feststellbar sei.²⁵

Diese Ansicht übersieht, dass die Frage, was jeweils durch schlüssiges Verhalten erklärt wird, immer auch einen Rückgriff auf normative Kriterien voraussetzt. Das Wesen der konkludenten Täuschung liegt nämlich gerade darin, dass innerhalb bestimmter Verkehrskreise auf dem Vorwissen der Opfer basierende Assoziationen bestehen, die sich "zu Hypothesen verdichtet" haben, also nicht nur eine schlichte Hoffnung des Opfers darstellen. Maßgeblich zur Bestimmung des Erklärungsinhalts ist daher zum einen, wie die Verkehrsauffassung das Verhalten versteht, zum anderen wie sie dies bei objektiver Beurteilung verstehen darf. Denn bereits die Bestimmung einer Verkehrauffassung ist wegen des

Rückgriffs auf allgemeine Verständnismöglichkeiten von Worten und Bedeutungen ein normativer Vorgang, abgesehen davon, dass häufig bzgl. eines bestimmten Punktes eine tatsächliche Verkehrsauffassung gar nicht besteht.²⁹ Die Ansicht, die hier von einer "Übernormativierung" ausgeht, ist daher abzulehnen.

Mithin hat A.S. konkludent³⁰ über eine Tatsache getäuscht.³¹

b) Irrtum

Kausal durch diese Täuschung müsste A.S. einen Irrtum erregt haben. Unter einem Irrtum ist ein Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit zu verstehen.³² Dabei muss der Getäuschte nicht in jedem Fall eine positive Vorstellung über die Tatsache haben, ausreichend ist, dass er die Vorstellung hat, hinsichtlich des konkreten Geschäfts sei alles in Ordnung.³³ Ein solches sog. sachgedankliches Mitbewusstsein ist insbesondere bei Massengeschäften in Bezug auf selbstverständliche Verhaltensweisen gegeben.³⁴ Daher umfasst dieses

¹⁹ *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (218); nach anderer Ansicht besteht ein Unterschied zwischen normativem und faktischem Täuschungsbegriff überhaupt nicht, vgl. *Radtke*, Jura 2007, 445 (450) m.w.N.

²⁰ Hohmann, NJ 2007, 132 (133).

²¹ Jahn/Maier, JuS 2007, 215 (217). Dies wird von Gaede, HRRS 2007, 18 (18 f.) bestritten, der argumentiert, dass nicht eine Beschränkung der rechtlichen Kommunikation gefordert werden könne, um für den Betrug durch Unterlassen einen breiteren Anwendungsbereich zu erhalten.

²² Trüg/Habetha, JZ 2007, 878 (880), was sich im Bereich des Irrtums als "Fiktion des Verstandenen" fortsetzen würde (881).

²³ Hohmann, NJ 2007, 132 (133).

²⁴ Dazu *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (218).

²⁵ Schild, ZfWG 2007, 10 (12).

²⁶ So auch *Krack*, ZIS 2007, 103 (106); *Engländer*, JR 2007, 471 (478).

²⁷ Krack, ZIS 2007, 103 (107).

²⁸ Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 498.

²⁹ Tiedemann (Fn. 3), § 263 Rn. 30.

³⁰ Daher ist auf die Frage, ob eine Täuschung durch Unterlassen, § 13 StGB, vorliegt, nicht mehr einzugehen. Anders *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (426 ff.), der das Unterlassen als Anknüpfungspunkt wählt. Dabei ist insbesondere die Frage der Garantenstellung zu problematisieren, die nach *Schlösser* mangels besonderen Vertrauensverhältnisses nicht aus der vertraglichen Beziehung der Vertragsparteien resultiert. Aber auch eine Garantenstellung aus Ingerenz kommt nicht in Betracht, weil ein pflichtwidriges Vorverhalten bestehend in der Abrede späterer Manipulationen nicht dem Schutz des betroffenen Rechtsguts diene. Damit wäre das Verhalten von A.S nicht strafbar.

Krack, ZIS 2007, 103 (105); Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 263 Rn. 113; Radtke, Jura 2007, 445 (450); Kutzner, JZ 2006, 712 (715 f.); so auch BGH NJW 2007, 582 (584 f.): hiernach ist miterklärter Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird. Dabei handelt es sich um einen derart bedeutenden Erklärungsinhalt, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf einem aktiven Tun – in Abgrenzung zur Täuschung durch Unterlassen – liegt, vgl. auch Kubiciel, HRRS 2007, 68 (71). Allerdings stellt der BGH fälschlicherweise auf die zukünftige Manipulation ab; denkbar wäre es aber, auf die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende innere Bereitschaft zur Täuschung (s.o.) abzustellen. A.A. Trüg/Habetha, JZ 2007, 878: keine betrugsrelevante Täuschungshandlung; ebenso Schild, ZfWG 2007, 10 (12).

³² Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 33; Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 508.

³³ BGHSt 24, 289; *Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 35.

³⁴ Man könnte an dieser Stelle allerdings annehmen, dass sich ein derartiges Bewusstsein gerade deshalb nicht bilden würde, weil es bisher zu derartigen Manipulationen noch nicht gekommen ist, diese so also auch nicht vorstellbar gewesen seien. Allerdings bezieht sich das sachgedankliche Mitbe-

auch das Bewusstsein über die nicht stattgefundene Manipulationsabrede bzgl. des Ausgangs bei einem Spielvertrag.³⁵ Damit handelt der Vertreter von Oddset, der im Wettbüro den Vertragsschluss abwickelt, in dem Bewusstsein, A.S. würde als "gewöhnlicher" Wetter an dem Spiel teilnehmen und eine Manipulationsabrede nicht vorgenommen haben. Somit fallen Vorstellung und Wirklichkeit auseinander. Durch die Täuschung wurde also ein Irrtum erregt.³⁶

c) Vermögensverfügung

Kausal auf diesem Irrtum beruhend müsste der Vertreter von Oddset eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.³⁷ Vermögensverfügung ist jedes tatsächliche Tun, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.³⁸ Als Verfügung kommt hier die Annahme des Angebots auf Abschluss des Spielvertrags durch den Wettbürobetreiber in Betracht. Dieser Vertragsschluss lässt Pflichten entstehen, wie einen Anspruch des Vertragspartners auf die Übereignung des Loses und die Einräumung der Gewinnmöglichkeit.³⁹ Das Entstehen solcher Pflichten ist eine Vermögensminderung, so dass in dem Vertragsschluss eine Vermögensverfügung liegen könnte.

Um den Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt aufrechtzuerhalten, muss jedoch Personenidentität zwischen Getäuschtem, Verfügendem und Geschädigtem gegeben sein. Problematisch ist vorliegend allerdings, dass zwar

wusstsein auch dann auf eine "Selbstverständlichkeit" des Vertrags, vgl. *Krack*, ZIS 2007, 103 (106).

³⁵ Zum Ganzen *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 16e. An dieser Stelle setzt sich die obige Kritik von *Jahn/Maier* fort. Nach ihnen überträgt sich die Problematik der "Übernormativierung" des Täuschungsbegriffs auch auf den Irrtum. Kommt es im Rahmen des Irrtums nämlich nurmehr auf normative Fehlvorstellungen an, würden davon auch zu Unrecht diejenigen Fälle umfasst, in denen sich der Getäuschte gerade keine Gedanken macht (JuS 2007, 215 [218]).

³⁶ Eben dieses Ergebnis wird von denjenigen kritisiert, die bereits bei der Frage der konkludenten Täuschung die zu weitgehende Normativierung des Erklärungsinhalts ablehnen, so etwa *Schild*, ZfWG 2007, 10 (12).

³⁷ Obwohl der gesetzliche Tatbestand das Merkmal der Vermögensverfügung nicht enthält, ist allgemein anerkannt, das der Betrug als Selbstschädigungsdelikt eine solche voraussetzt, vgl. nur *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 514 ff. m.w.N. ³⁸ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 514.

Engel (Fn. 13), Vorbem. zu §§ 762 ff.; Janoschek, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar,
 § 763 Rn. 6. Durch den Abschluss des Spielvertrags (§§ 762,
 763 [analog für staatliche Sportwetten, BGH ZIP 1998, 2006]

763 [analog für staatliche Sportwetten, BGH ZIP 1998, 2006] BGB) wurde auf Seiten des Wettanbieters die (bedingte) Verpflichtung zur Auszahlung des Gewinns nach feststehender Quote begründet (*Janoschek* a.a.O., § 763 Rn. 6). Dies entspricht auch der Auffassung des BGH (BGH 5 StR 181/06 Rn. 31), der davon spricht, dass der Austausch von Einsatz und Wettschein lediglich zu der Eingehung der vertraglichen Pflichten hinzukommt. Jedenfalls die Einräumung des Anspruches stellt eine Vermögensverfügung dar.

Getäuschter und Verfügender identisch sind (der vertragsschließende Wettbürobetreiber), ein möglicher Schaden sich jedoch nur beim Wettanbieter Oddset realisieren kann. Eine Strafbarkeit kommt somit allenfalls unter dem Gesichtspunkt des sog. "Dreiecksbetrugs" in Betracht.

Um in dieser Fallgruppe einen Betrug annehmen zu können – und nicht etwa einen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft – ist eine Nähebeziehung zwischen Verfügendem und Geschädigtem erforderlich. Wie diese Nähebeziehung beschaffen sein muss, ist allerdings umstritten. Dieser Streit bedarf hier jedoch keiner Entscheidung. Denn selbst nach der Ansicht, die die höchsten Anforderungen an die Nähebeziehung stellt ("Befugnistheorie"), ist eine solche zu bejahen, da dem Verfügenden eine entsprechende Befugnis zur Handlung für den Geschädigten zusteht, hier auf Grund einer zivilrechtlichen Ermächtigung.⁴⁰ Oddset setzt den Wettbürobetreiber gerade als Vertreter für derartige Vertragsschlüsse ein.

d) Vermögensschaden

Ob ein Vermögensschaden vorliegt, bemisst sich anhand einer Gesamtbetrachtung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung, insbesondere, wenn durch die Verfügung Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass die Minderung durch einen unmittelbaren Vermögenszuwachs gänzlich kompensiert wird, sog. Prinzip der Gesamtsaldierung.⁴¹

Daher ist die Vermögenslage vor und nach Vertragsschluss zu untersuchen. Durch den Vertragsschluss geht der Wettbetreiber die Verpflichtung ein, den Wetteinsatz um die angebotene Quote vervielfacht, bedingt auf den Gewinnfall, auszuzahlen. Dies ist die eigentliche Hauptpflicht des Spielvertrages. Als Gegenleistung dafür wird der Spieleinsatz erbracht. Das Ausstellen einer Spielquittung (einer Inhaberschuldverschreibung, § 793 BGB) ist dagegen nur Nebenpflicht.

Zeitschrift für das Juristische Studium – www.zjs-online.com

⁴⁰ Mitsch (Fn. 3), § 7 Rn. 74; Samson/Günther, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 60. Lieferung, Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 94a. Nach einer anderen Ansicht genügt es bereits, wenn der Verfügende dem geschädigten Vermögen insoweit näher steht als der Täter, als dass er bereits vor der Täuschung tatsächlich über das Vermögen verfügen kann (vgl. etwa BGHSt 18, 221 [223 f.]; BGH NStZ 1997, 32 [33]; Fischer [Fn. 2], § 263 Rn. 49). Nach dieser Ansicht besteht eine ausreichende Nähebeziehung zwischen Oddset und dem Wettbürobetreiber, da letzterer faktisch die Möglichkeit hat, Verpflichtungen für Oddset einzugehen. Nach wiederum anderer Ansicht muss der Verfügende dem "Lager" des Geschädigten als Beschützer oder Gehilfe normativ zuzuordnen sein (s. Cramer [Fn. 8], § 263 Rn. 66; *Mitsch* [Fn. 3], § 7 Rn. 74). Auch diese Ansicht kommt zur Bejahung der Nähebeziehung, da der Wettbürobetreiber auf Seiten von Oddset angesiedelt ist.

⁴¹ Cramer (Fn. 8), § 263 Rn. 99; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 30. Aufl. 2006, Rn. 538; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 71.

aa) Erfüllungsschaden

Nach einer Ansicht soll ein vollendeter Erfüllungsbetrug vorliegen. Dies wird damit begründet, dass der Wettanbieter bereits mit dem Gewähren der Wettchance und der Aushändigung der Spielquittung seine Leistung erbringt. Diese Pflicht zur Ausstellung des Spielscheins wurde zwar erfüllt, ist jedoch unabhängig von dem eigentlichen Anspruch, der darin verbrieft ist, zu betrachten. Eigentliche Hauptpflicht ist, wie oben dargestellt, die Einräumung einer Gewinnmöglichkeit und die Auszahlung des Gewinns bei Bedingungseintritt. Dieser Anspruch kann aber nur durch die Auszahlung selbst erfüllt werden, denn nur diese ist die geschuldete (Haupt-)Leistung i.S.d. § 362 BGB. Mithin kommt ein Erfüllungsbetrug durch Ausstellen des Spielscheins nicht in Betracht.

Eine weitere Ansicht in der Literatur nimmt einen Vermögensschaden nach noch strengeren Kriterien erst dann an, wenn der Täter die Wette gewinnt, nachdem die Manipulationen – nach den Grundsätzen der objektiven Zurechnung – sich zu Gunsten des Täters im Spielverlauf niedergeschlagen haben. ⁴⁴ Diese Ansicht verkennt jedoch den betrügerischen Charakter, der bereits dem Vertragsschluss unter Täuschung über die geplante Manipulation innewohnt.

bb) Gefährdungsschaden

Es könnte aber anderweitig bereits durch den Vertragsschluss ein Schaden begründet worden sein.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Vermögensschaden (Vermögensnachteil) nicht nur eine bereits eingetretene Vermögensminderung, vielmehr kann ein Schaden unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch bereits in einer Vermögensgefährdung liegen. Diese Gefährdung muss dabei freilich hinreichend konkret sein, also nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeuten. Diese Voraussetzung

wird meist dahin präzisiert, dass verlangt wird, die Gefahr des endgültigen Verlustes eines Vermögensbestandteils müsse so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge habe.⁴⁷ Dies sei der Fall, wenn der Betroffene ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen habe. Es lässt sich dann von einem Gefährdungsschaden sprechen.

Ein solcher Schaden liegt in der Kategorie des Eingehungsbetrugs dann vor, wenn sich bei einem Vergleich der gegenseitigen Leistungsverpflichtungen ergibt, dass das Versprochene gegenüber der Leistung des Getäuschten minderwertig ist. 48

Die Leistung des Spielenden besteht in der Hingabe des Spieleinsatzes. Auf der Gegenseite verpflichtet sich der Anbieter, den Vertragspartner am Spiel zu einer vorher festgelegten Gewinnquote teilnehmen zu lassen und für eine spätere Gewinnverteilung zu sorgen.⁴⁹

Diese Gewinnquote berechnet sich aus feststehenden sowie variablen Faktoren. Feststehende Faktoren sind genehmigungsrechtliche Vorgaben, Vertriebskosten, sowie die Lotteriesteuer. Zu den variablen Faktoren zählen wirtschaftliche Belange des Spielanbieters, das zu erwartende Tippverhalten sowie sportliche Voraussetzungen der an dem einzelnen Spiel beteiligten Mannschaften. ⁵⁰

(1) Gewinnsumme

Das LG Berlin hat ursprünglich auf den gesamt zu erzielenden Wettgewinn abgestellt und damit die Annahme einer "schadensgleichen Vermögensgefährdung" begründet.⁵¹ Der Schaden liegt danach allein in der drohenden Auszahlung des Gewinns, nicht jedoch wird auf die unter Wert eingeräumte, erhöhte Gewinnchance abgestellt.⁵² Diese Ansicht wird zu Recht abgelehnt, da in Bezug auf den insgesamt möglichen Wettgewinn keine hinreichende Konkretheit der Vermögensgefährdung vorliegt.⁵³

_

⁴² Krack, ZIS 2007, 103 (110), insoweit folgend Radtke, Jura 2007, 445 (451); Engländer, JR 2007, 471 (479).

⁴³ Dahingehend ist das Stadium der Vertragsbeziehungen im Wettbüro mit der Konstellation eines gewöhnlichen Kaufvertrags zu vergleichen: Bei Vertragsschluss entstehen zwar – wie hier – Ansprüche, allein die Einräumung des Anspruchs begründet aber noch keine Erfüllung. Dies muss auch gelten, wenn der Anspruch unter einer Bedingung eingeräumt wird. So würde sich auch im Gewinnfall der Wettende nicht damit begnügen, dass er die Spielquittung erhält und eine verbriefte Gewinnchance eingeräumt bekommt, sondern selbstverständlich auf Auszahlung bestehen.

⁴⁴ Saliger/Rönnau/Kirch-Heim, NStZ 2007, 361 (368).

⁴⁵ Der BGH bezeichnet dies als schadensgleiche Vermögensgefährdung. Diese Terminologie ist allerdings ungenau (*Rotsch*, ZStW 117 [2005], 577 [584 f.]; *ders.*, ZIS 2008, 1 [3]; *Fischer* [Fn. 2] § 263 Rn. 94), weil die Gefährdung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten der Vermögensschaden *ist*.

⁴⁶ BGH NJW 2007, 782 (786), unter Verweis auf BGHSt 34, 394; BGH NStZ 2004, 264; BGHSt 21, 112; *Rotsch*, ZIS 2008, 1 (3 f.); *Wessels/Hettinger* (Fn. 42), Rn. 571.

⁴⁷ Küper (Fn. 4), S. 361 ff.; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 95; BGH wistra 1995, 223.

⁴⁸ Cramer (Fn. 8), § 263 Rn. 128; dazu ebenfalls Krack, ZIS 2007, 103 (109), dem folgend Radtke, Jura 2007, 445 (451), die allerdings im vorliegenden Fall die Einordnung zur Kategorie des Eingehungsbetrugs auf Grund ihrer Annahme der stattgefundenen Leistungserbringung ablehnen.

⁴⁹ Sprau (Fn. 13), § 763 Rn. 2 ff.; Laukemann, in: jurisPK-BGB, § 763 Rn. 7, 31.

⁵⁰ Selbstauskunft von Oddset. Dies verkennen *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (367), wenn sie davon ausgehen, dass der Spielausgang für den Wettanbieter irrelevant ist. Zumindest wenn ein ungewöhnlich hoher Einsatz auf ein "unwahrscheinliches" Spiel gesetzt wird, verschiebt sich das Risiko zu Lasten des Anbieters.

⁵¹ LG Berlin BeckRS 2006, 05289; ebenso *Hartmann/Niehaus*, JA 2006, 432 (434).

⁵² Treffend *Krack*, ZIS 2007, 103 (110).

 ⁵³ BGH NJW 2007, 782 (786), zustimmend *Engländer*, JR 2007, 471 (471); *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (364). In Richtung der Schadensbegründung des LG Berlin geht auch die Ansicht von *Kutzner*, JZ 2006, 712

(2) Quotenschaden

Der BGH stellt für die Annahme des Schadens richtigerweise nicht auf die tatsächliche Auszahlung ab, sondern auf einen Schaden, der bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsteht.⁵⁴ Der Schaden ergibt sich nach Ansicht des BGH aus der "Quotendifferenz" zwischen bezahltem Wetteinsatz und der eingeräumten - durch Manipulation verschobenen -Gewinnchance.⁵⁵ Dabei wird allerdings fälschlicherweise (s. sogleich) davon ausgegangen, dass die Quote der Verkaufspreis der Wettchance sei. 56 Die Quotendifferenz soll bereits bei Vertragsschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden darstellen, der der schadensgleichen Vermögensgefährdung ähnelt.⁵⁷ Der Quotenschaden ist damit wohl eine eigenständige Schadenskategorie für Fallkonstellationen, in denen das Rechtsgeschäft von zufälligen Ereignissen abhängig gemacht wird. 58 Kritisiert wird an der Annahme des Quotenschadens, dass der BGH einen endgültigen Schaden bei Auszahlung annimmt, bestehend aus der Differenz zwischen Auszahlungssumme und gezahltem Wetteinsatz, 59 der allerdings nicht mehr in der Quotendifferenz liegt und damit der falsche Bezugspunkt ist.⁶⁰ Ein weiterer Vorwurf liegt darin, dass die Schadensfeststellung scheitern muss, da eine objektive Wertbestimmung der verschobenen Gewinnchance nicht zu ermitteln ist.61

(717), der den Schaden bei der tatsächlich auszuschüttenden Gesamtgewinnsumme – im Unterschied zur ohne Manipulation prognostizierten Gesamtgewinnsumme – ansiedeln möchten. Nach *Kutzner*, JZ 2006, 712 (717) soll dementsprechend eine schadensbegründende Gefährdung erst vorliegen, wenn das Spiel mit einem Ergebnis im Sinne des Manipulierenden beendet wurde. Das Abstellen auf die Gesamtauszahlung scheitert jedoch bereits an der Stoffgleichheit, BGH NJW 2007, 782 (786). Anders, aber im Ergebnis ebenfalls ablehnend *Krack*, ZIS 2007, 103 (111).

⁵⁴ Wegen des daraus folgenden frühen Vollendungszeitpunkts kritisch *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (219).

- ⁵⁵ BGH NJW 2007, 782 (785 Rn. 32).
- ⁵⁶ BGH NJW 2007, 782 (785 Rn. 32).
- ⁵⁷ BGH NJW 2007, 782 (785), worin *Gaede*, HRRS 2007, 18 (19 f.) die Ablehnung der schadensgleichen Vermögensgefährdung unter Annahme einer dritten Form des Schadens sieht; in diese Richtung auch *Reinhart*, Spurt 2007, 52 (54). Dieses Verständnis widerlegt *Krack*, ZIS 2007, 103 (111) jedoch, indem er die Ablehnung des BGH zutreffend nur auf die Schadensbegründung des LG Berlin bezieht.
- ⁵⁸ So *Radtke*, Jura 2007, 445 (451).
- ⁵⁹ BGH NJW 2007, 782 (786 Rn. 34).
- ⁶⁰ Engländer, JR 2007, 471 (479); ebenso Saliger/Rönnau/Kirch-Heim, NStZ 2007, 361 (367), die für diese Vertiefung als "weiterfressenden" Schaden eine neuerliche Vermögensverfügung fordern.
- ⁶¹ Saliger/Rönnau/Kirch-Heim, NStZ 2007, 361 (366), die zusätzlich in Frage stellen, ob die Manipulation zu einem Vermögensverlust beim Wettanbieter führt und nicht nur zur Vereitelung einer Vermögensmehrung.

(3) Klassischer Gefährdungsschaden

Die Ansicht des BGH stellt zwar richtig die Abläufe beim Vertragsschluss dar, zieht jedoch mit der Annahme des Quotenschadens die falschen Schlüsse.

Gekauft wird nämlich nicht diese "Quote", sondern die Teilnahme an dem Spiel, verbunden mit dem bedingten Anspruch auf Auszahlung des mit der vorher feststehenden Quote multiplizierten Einsatzes.⁶² Vertragsgegenstand ist damit nicht die Quote selbst, vielmehr stellt diese den entscheidenden wertbildenden Faktor auf Seiten von Oddset dar. Der "Wettende" "kauft" sich in das Glücksspiel ein, d.h. er erwirbt den oben erläuterten bedingten Anspruch auf Auszahlung. Diese erkaufte Teilnahme am Spiel bildet einen wirtschaftlichen Wert. Bleibt die Geschäftsgrundlage ohne Manipulation, ist der wirtschaftliche Wert in Beziehung zum erbrachten Einsatz "ausgeglichen", da beide Vertragsparteien in diesem Fall ein ausgeglichenes wirtschaftliches Risiko tragen. Ist die Geschäftsgrundlage zu Lasten eines Vertragsteils manipuliert, liegt eine Vertragsparität in diesem Zusammenhang nicht mehr vor. Dass Oddset dennoch die Spielteilnahme zu der festgelegten Quote einräumt, begründet einen Schaden. Ohne Manipulation wird die von Oddset berechnete Gewinnwahrscheinlichkeit – neben anderen Faktoren, s.o. – zur Bestimmung der Multiplikationsquote einberechnet. Oddset bietet die Spielteilnahme nur unter der Annahme an, dass auf diese feste Größe, als Grundlage der Quotenberechnung, kein Außenstehender Einfluss nimmt. Durch die vorherige Absprache wurden jedoch die Berechnungsgrundlagen der Quote zu Lasten von Oddset manipuliert. Dies ergibt sich daraus, dass Oddset die sportlichen Voraussetzungen unter Berücksichtung des allein vorhersehbaren regelkonformen Spielgeschehens einbezieht. Diese aus den sportlichen Voraussetzungen berechnete Spielausgangswahrscheinlichkeit hat sich durch die Manipulationsabrede verschoben. Damit stimmt die tatsächliche Ausgangswahrscheinlichkeit nicht mehr mit der von Oddset festgelegten Quote überein. Mithin entsprechen sich Leistung und Gegenleistung nicht mehr, da Oddset weiterhin unbewusst einen zu "günstigen" Multiplikationsfaktor anbietet. Damit ist - da sich versprochene Leistung und Gegenleistung nicht entsprechen - im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Wettbüro das Vermögen des Wettanbieters gefährdet.

Voraussetzung für die Annahme eines Eingehungsbetrugs ist jedoch, dass diese Gefährdung hinreichend konkret ist. Ein Gefährdungsschaden kann nur dann bejaht werden, wenn die eine Gefährdung begründenden Tatsachen feststehen, nicht aber schon dann, wenn sie nur wahrscheinlich oder gar möglicherweise vorliegen. ⁶³ Die bereits feststehenden Tatsachen sind die Manipulationsabrede sowie der entstandene bedingte Anspruch. Allerdings ist die Gefährdung erst dann hinreichend konkret, wenn die Gefährdung der Vermögenswerte nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet. ⁶⁴

Zeitschrift für das Juristische Studium – www.zjs-online.com

⁶² Zu den zivilrechtlichen Ausführungen s.o. Fn. 13.

⁶³ Cramer (Fn. 8), § 263 Rn. 143.

⁶⁴ Cramer (Fn. 8), § 263 Rn. 143.

Marie Heissler/Thomas Marzahn

Nach einer Ansicht kann bei der bloß verabredeten Manipulation zum Zeitpunkt der Tatbegehung im Wettbüro allerdings noch nicht von einer derartigen Verschlechterung gesprochen werden, da noch zu viele Unwägbarkeiten im Geschehen liegen und daher allenfalls eine abstrakte Gefährdung vorliegt. 65 So ist weder sicher, ob sich die Gelegenheit zu Manipulationen bieten wird, noch, ob diese erfolgreich sein und Einfluss auf das Spielgeschehen haben werden.

Dem ist zu widersprechen. Bereits mit Vertragsschluss liegt eine hinreichend konkrete Vermögensgefährdung vor, weil allein auf den späteren Bedingungseintritt nicht abgestellt werden darf. Dies ergibt sich daraus, dass bereits mit dem Abschluss des Vertrages ein vertragliches Austauschverhältnis begründet wurde, welches die Parteien bindend zur späteren Erbringung der Leistung verpflichtet. Aus der Tatsache, dass die Leistungspflicht des Wettanbieters unter einer Bedingung steht, kann jedoch nicht entnommen werden, dass die Ansprüche noch nicht hinreichend konkret bestehen, da diese Bedingung gerade auf beiden Seiten den Charakter des Vertrages prägt. Denn das Risiko des Spielvertrages besteht für beide Parteien gerade darin, dass die vertraglichen Leistungen erbracht werden müssen, wenn die Bedingung eintritt. Das bedeutet gleichzeitig, dass der Wettanbieter die Gewinnsumme im Gewinnfall auszahlen muss, unabhängig davon, ob die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts von ihm als hoch oder als niedrig bewertet wird.⁶⁶

Damit liegt bereits im Vertragsschluss ein konkreter Gefährdungsschaden begründet. Ein Vermögensschaden im Sinne des Betrugstatbestandes ist gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

A.S. handelte mit dem Willen zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis seiner objektiven Voraussetzungen, also vorsätzlich.

Ferner hätte er mit Bereicherungsabsicht handeln müssen.

66 Dies soll an einem Beispielsfall erläutert werden: Für den Boxkampf A gegen B liegt die Wahrscheinlichkeit, dass A gewinnt, bei 1000 zu 1. Würde nun die Konkretheit der Vermögensgefährdung alleine davon abhängen, wie wahrscheinlich der Bedingungseintritt ist, führte dies dazu, dass im Falle einer Manipulation zu Gunsten von A ein Schaden beim Wettanbieter bestünde, da die Wahrscheinlichkeit des Eintritts nicht mehr von wesentlichen "Unwägbarkeiten" im Geschehen abhängt. Eine Gefährdung für das Vermögen des Wettanbieters wäre nach der Ansicht, die auf die Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts im zukünftigen Geschehen abstellt, im Fall der Wette auf A hinreichend konkret. Würde hingegen eine Manipulation und eine Wette zu Gunsten des B vorgenommen werden, würde ein Vermögensschaden mangels Konkretheit ausscheiden, da der oben genannten Ansicht die Gefährdung nicht konkret genug wäre. Die strafrechtliche Bewertung dieses Geschehens darf jedoch nicht allein davon abhängig gemacht werden, ob die Wette zu Gunsten des Favoriten oder des Außenseiters manipuliert und platziert wird.

Unter Bereicherungsabsicht versteht man die Absicht (im technischen Sinne als dolus directus 1. Grades), sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Vermögensvorteil ist dabei jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage als stoffgleiches Gegenstück zum Vermögensschaden des Geschädigten.⁶⁷ Vorliegend wollte A.S. gerade den Spielvertrag mit Verschiebung der Gewinnchance zu seinen Gunsten abschließen, so dass er sich um die erhöhte Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Gewinnfalls bereichern wollte. Diese Verschiebung war stoffgleich zum Schaden beim Wett-

Der Vorteil muss auch rechtswidrig gewesen sein. Dies ist der Fall, da A.S. zum Zeitpunkt der Tathandlung keinen Anspruch auf Einräumung des Vermögensvorteils hatte. Das wusste A.S. auch.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A.S. handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

A.S. hat sich wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB (zu Lasten von Oddset zu eigenen Gunsten) strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit des R.H.

I. Betrug in Mittäterschaft, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Indem R.H. das Verpfeifen des Spiels zusagte, könnte er sich wegen Betruges in Mittäterschaft nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB wurde durch A.S. im Wettbüro erfüllt (s.o.).

2. Subjektiver Tatbestand

Da R.H. um das Geschehen im Wettbüro wusste, handelte er vorsätzlich.

3. Täterschaft

Fraglich ist aber, ob R.H. gemeinschaftlich mit A.S., also als Mittäter i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB gehandelt hat. 68 Das ist hier deshalb problematisch, da R.H. nicht bei der Ausführung im Wettbüro anwesend war, mithin selbst keine Täuschungshandlung gegenüber Oddset vorgenommen hat. Sein Tatbeitrag besteht vielmehr allein darin, A.S. die Manipulation des Spiels zuzusagen. Problematisch ist jedoch, ob R.H. durch diese im Vorbereitungsstadium erbrachte Handlung mittäterschaftlich haftet.

Dazu müsste R.H. der Vertragsschluss und damit die Täuschung des A.S. gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden können. Voraussetzung für eine mittäterschaftliche Tatbegehung ist das Vorliegen eines gemeinsamen Tatentschlusses

⁶⁵ Z.B. *Hohmann*, NJ 2007, 132.

⁶⁷ Cramer (Fn. 8), § 263 Rn. 166 f.

⁶⁸ Zum Prüfungsaufbau vgl. Rotsch, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, S. 304.

(gemeinsamer Tatplan) sowie eine gemeinschaftliche Tatbestandsverwirklichung (gemeinsame Tatausführung). 69

Eine Abgrenzung der Mittäterschaft zur Teilnahme erfolgt nach herrschender Lehre danach, ob der jeweilige Beteiligte "funktionelle Tatherrschaft" innehat, also einen so wesentlichen Beitrag zu Tatbestandsverwirklichung leistet, dass die Tat auch als sein Werk angesehen werden kann und er als Zentralgestalt des Geschehens erscheint.⁷⁰

Nach Ansicht der Rechtsprechung hat die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorwiegend nach dem Willen des Beteiligten zu erfolgen. Handelt dieser mit Täterwillen, so ist er als Täter zu bestrafen. Die Feststellung des Vorliegens von Täterwillen wird allerdings zusätzlich anhand objektiver Kriterien bestimmt ("normative Kombinationstheorie"); als Kriterien werden dabei der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die objektive Tatherrschaft und der Wille zur Tatherrschaft herangezogen.⁷¹

Gegen die Annahme einer Mittäterschaft des R.H. spricht, dass er am Geschehen im Wettbüro völlig unbeteiligt ist und deshalb keinen Einfluss darauf hatte, auf welche Spiele mit welchen Summen gewettet werden sollte. Außerdem sollte er mit einem fest vereinbarten Betrag entlohnt werden, so dass seine Entlohnung also nicht vom Gelingen der Manipulation abhängig war. ⁷² Daneben steuerte A.S. das gesamte Wettgeschehen alleine und setzte R.H. nicht umfassend über seine Pläne in Kenntnis, weshalb R.H. nur einen geringen organisatorischen Einfluss auf das Tatgeschehen hatte. ⁷³

Allerdings basiert das Handeln des A.S. dennoch wesentlich auf der vorherigen Absprache. Denn nur die verbindliche Zusage zur Manipulation der Spiele führt zu einer Verschiebung der Gewinnquoten und macht die spätere Wette von A.S. erst wirtschaftlich interessant. Das weitere Vorgehen von A.S. ist also ohne die getroffene Abrede nicht durchführbar, sodass R.H. zwangsnotwendig einen bedeutenden Tatbeitrag leistet. Ohne die Abrede ist außerdem eine tatbestandliche Verwirklichung des Betrugs nicht denkbar, da ohne Abrede der alleinige Bezugsgegenstand der Täuschung entfiele. Auch ein eigenes wesentliches Tatinteresse des R.H. besteht. Denn die dauerhafte "Zusammenarbeit" von A.S. und R.H. bedeutet für R.H. einen finanziellen Profit in Höhe von 50.000 €.

Demnach hatte R.H. Tatherrschaft sowie Täterwillen. Eine Zurechnung der von A.S. vorgenommenen Täuschungshandlung über § 25 Abs. 2 StGB findet daher statt.

Vorliegend ist allerdings problematisch, dass R.H. die Abrede in einem Zeitpunkt trifft, in dem die Haupttat noch nicht das Versuchsstadium erreicht hat. Nach einer Ansicht in der Literatur ist allerdings zur Begründung von Mittäterschaft zwingend erforderlich, dass eine wesentliche Mitwirkung im Ausführungsstadium stattfindet.⁷⁴ Danach könnte R.H. kein Mittäter sein.

Anders sehen dies jedoch der BGH⁷⁵ und weite Teile der Literatur⁷⁶. Demnach soll es maßgeblich darauf ankommen, ob sich der Beitrag im Vorbereitungsstadium als Plus der mitgestaltenden Deliktsplanung gegenüber dem Minus bei der konkreten Tatausführung darstelle.⁷⁷ Aufgrund der soeben dargelegten Aspekte ist das für die Manipulationszusage von R.H. zu bejahen.⁷⁸

2. Ergebnis

R.H. hat sich nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. ⁷⁹

⁶⁹ Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2006, Rn. 526.

^{Grundlegend} *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 188 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 70), Rn. 512 ff., 524 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 98 ff.

⁷¹ BGHSt 37, 289 (291); BGH NStZ 2006, 94.

⁷² Im Originalsachverhalt liegt die Annahme von Mittäterschaft noch ferner, da A.S. nur auf Kombinationswetten setzte und R.H. auf die kombinierten Spiele überhaupt keinen Einfluss nehmen konnte.

⁷³ Schlösser, NStZ 2005, 423 (429).

 $^{^{74}}$ Roxin, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 3), \S 25 Rn. 181 ff. m w N

m.w.N.
⁷⁵ Z.B. BGHSt 11, 268; NStZ 1999, 609.

⁷⁶ Vgl. *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 25 Rn. 66 m.w.N.

⁷⁷ Wessels/Beulke (Fn. 70), Rn. 528.

⁷⁸ Für eine umfassende Streitdarstellung vgl. *Rotsch* (Fn. 69), S. 305 ff.

 $^{^{79}}$ Hält man den Tatbeitrag des R.H. hingegen nicht für so wesentlich, um eine Mittäterschaft zu begründen, käme eine Bestrafung von R.H. wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 27 StGB in Betracht. Dazu müsste die Abrede des R.H. ein Hilfeleisten darstellen. Ein Hilfeleisten liegt dann vor, wenn der Gehilfe die Tatbestandsverwirklichung ermöglicht, erleichtert, intensiviert oder absichert (Kindhäuser [Fn. 4], § 27 Rn. 5). Dieser Beitrag kann unstreitig auch im Vorbereitungsstadium geleistet werden (ebenda, § 27 Rn. 19). Durch seine Zusage, die Manipulationen zu versuchen, hat R.H. dem A.S. erst ermöglicht, im Wettbüro über die Existenz einer Manipulationsabrede zu täuschen. Damit liegt bereits in dieser Zusage eine psychische Beihilfe zum Betrug, denn durch die Manipulationsabrede wurde von R.H. ein Tatbeitrag geleistet, der den Haupttäter A.S. bei der Tatausführung insofern unterstützt, als dadurch ein dem Wetteinsatz entsprechender positiver Spielausgang um einiges wahrscheinlicher wird. Dies stellt eine genügende Erhöhung der Sicherheit hinsichtlich des Gelingens der Haupttat dar. Dadurch wurde der Tatentschluss bei A.S. wesentlich bestärkt (vgl. Kühl [Fn. 72], § 20 Rn. 225). Da R.H. dahingehend sowohl vorsätzlich als auch rechtswidrig und schuldhaft handelt, ist eine Gehilfenstrafbarkeit zu bejahen. Diese Lösung favorisiert auch der BGH. Schild, ZfWG 2007, 10 (13) hält dieses Ergebnis allerdings für "nicht tragfähig begründet". Wie oben bei der Täterschaft gilt auch für eine mögliche sukzessive Beihilfe durch anschließendes Verpfeifen des Spiels, dass diese im Konkurrenzwege zurücktreten würde.

II. Betrug in Mittäterschaft, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 **StGB**

Indem R.H. das Spiel verpfiff, könnte er sich eines Betruges in Mittäterschaft strafbar gemacht haben. Zwar liegt auch in diesem Verhalten - unabhängig von der Frage der Möglichkeit sukzessiver Beteiligung⁸⁰ – ein wesentlicher Tatbeitrag, der zu einer täterschaftlichen Stellung des R.H. beim Betrugsgeschehen führen könnte. Jedoch würde dieser durch das vorherige strafbare Verhalten des R.H. im Konkurrenzwege verdrängt werden.

Gesamtergebnis Variante 1:

A.S. hat sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. R.H. ist strafbar wegen Betruges in Mittäterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.

Variante 2

X könnte sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er eine Wette auf das Spiel platzierte.

1. Objektiver Tatbestand

X könnte konkludent (s.o.) über Tatsachen getäuscht haben. Fraglich ist, ob dafür bereits die Kenntnis über eine Manipulationsabrede, an der er selbst nicht beteiligt war, genügt.

a) Dies ist nach einer Ansicht ausreichend zur Annahme einer Täuschung.⁸¹ Das folge aus der Zuweisung der Risikosphären zwischen Wettanbieter und Wettendem. Danach trägt der Wettanbieter dasjenige Risiko, das sich aus der Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs ergibt. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Wettende über Sonderwissen verfügt, das dem Risikobereich des Wettanbieters entstammt (Verletzung von Spielern etc.). Solches darf er zu seinen Gunsten einsetzen. Dieses Sonderwissen umfasst allerdings nicht ein "Sonderwissen hinsichtlich unlauterer Einflussnahme auf den Spielausgang". 82 Im Ergebnis steht damit der Abschluss eines Wettvertrages nach aktiver Manipulationsabrede dem Abschluss eines Wettvertrages nach Kenntniserlangung einer derartigen Abrede Dritter gleich - es liegt damit eine konkludente Täuschung vor.

b) Allerdings muss nach anderer Ansicht konkludentes Verhalten im normativ-funktionalen Straftatsystem am Maßstab von Risikosetzung und Risikorealisierung gemessen werden. Danach ist ein Täuschungserfolg dem Täter nur dann zurechenbar, wenn der Täter sowohl für Risikosetzung als auch Risikorealisierung zuständig geworden ist.⁸

Bei der bloßen Kenntniserlangung von der Abrede Dritter hat dagegen der Wettende selbst kein Risiko im Hinblick auf die Risikoverschiebung in der Sphäre des Wettanbieters gesetzt. Diese Konstellation entspricht damit eher der Spätwettenentscheidung des BGH84 und ist daher nicht der Fallgruppe der konkludenten Täuschung zu subsumieren.

2. Ergebnis:

X hat sich daher nicht wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

84 BGHSt 16, 120.

⁸⁰ Die Tat ist bereits im Wettbüro vollendet, s.o.

⁸¹ Krack, ZIS 2007, 103 (105).

⁸² Krack, ZIS 2007, 103 (106).

⁸³ Rotsch, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, pas-

Entscheidungsbesprechung

Beschränkung der negatorischen Beseitigungshaftung

Die in § 275 Abs. 2 BGB bestimmte Einrede kann auch gegen einen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB erhoben werden. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 1004 Abs. 1, 275 Abs. 2

BGH, Urt. v. 30.5.2008 – V ZR 184/07(OLG Bremen, LG Bremen)¹

Mit § 275 Abs. 2 BGB hat das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts eine umstrittene Regelung in das Unmöglichkeitsrecht integriert.² Der bisherige dogmatische Kontext des Unmöglichkeitsrechts war geprägt durch die Konturierung der Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten.³ Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 30.5.2008 nunmehr entschieden, dass § 275 Abs. 2 BGB auch auf den negatorischen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung findet. Die Begrenzung der Verteidigungsmacht des Eigentümers über § 275 Abs. 2 BGB berührt die Grundlagen der negatorischen Beseitigungshaftung.

I. Die Entscheidung des BGH

B errichtete auf seinem Grundstück (Stammgrundstück) ein einstöckiges, als Supermarkt nutzbares Gebäude. In den Bau einbezogen war eine mehr als 42 qm große Teilfläche des Grundstücks des Beklagten. Zu diesem Zweck hatte der Beklagte dem B die Teilfläche mit Vertrag vom 11. Januar 1973 für die Dauer von 20 Jahren mit Verlängerungsoption vermietet. B teilte das Stammgrundstück nach dem Wohnungseigentumsgesetz. Die als Supermarkt genutzten Teileigentumseinheiten veräußerte er an Z, der an seiner Stelle in den Mietvertrag mit dem Beklagten eintrat. 1998 veräußerte Z die Teileigentumseinheiten an die Kläger. Den Überbau und den Mietvertrag mit dem Beklagten offenbarte er nicht. Die Kläger zahlten zunächst für Z, lehnten einen Eintritt in den Mitvertrag aber ab. Der Beklagte kündigte daraufhin vorsorglich den Mietvertrag. Das Eigentum an dem Grundstück übertrug er unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs seinen Kindern. Im Vorprozess hatte der Beklagte bereits die Verurteilung der Kläger zur Herausgabe der überbauten Teilfläche erreicht. Mit seiner Widerklage begehrt der Beklagte nunmehr die Beseitigung des Überbaus. Die Kläger, die nach ihrer Verurteilung zur Herausgabe in einem Schreiben an den Beklagten den negatorischen Beseitigungsanspruch "anerkannt" hatten, wenden u. a. ein, dass die Beseitigungskosten in Höhe von 90.000 Euro die von ihnen veranschlagten Kosten von 25.000 Euro weit überschritten und außer Verhältnis zu dem mit 19.360 Euro bewerteten Beseitigungsinteresse des Beklagten stünden.

Der Bundesgerichtshof wertet das Schreiben der Kläger als deklaratorisches Anerkenntnis der Verpflichtung zum Abriss des Überbaus. 4 Das Anerkenntnis des Beseitigungsanspruchs schließe aber die Einwendung der Unzumutbarkeit der Beseitigungsverpflichtung nicht aus. Die Kläger hätten im Zeitpunkt der Abgabe des Anerkenntnisses auch nicht annähernd mit einem Beseitigungsaufwand in Höhe von 90.000 Euro gerechnet. Die Begrenzung des Beseitigungsanspruchs durch den Einwand der Unzumutbarkeit habe mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 275 Abs. 2 BGB seine gesetzliche Regelung erfahren.⁵ Der in der früheren Rechtsprechung entwickelte Rückgriff auf den in § 251 Abs. 2 S. 1 BGB enthaltenen Grundsatz der Unzumutbarkeit zur Beschränkung des negatorischen Beseitigungsanspruchs habe sich damit erübrigt. Es entspreche dem Willen des Gesetzgebers, § 275 Abs. 2 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB anzuwenden. Aufgrund der nach § 275 Abs. 2 S. 2 BGB gebotenen Wertung des Verhaltens der Kläger sei der Tatbestand der Einrede im konkreten Fall aber nicht begründet. Daher seien die Kläger zum Abriss des Überbaus verpflichtet.6

II. Fundierung des Beseitigungsanspruchs aus \S 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Bundesgerichtshof prüft in seiner Entscheidung die Voraussetzungen für das Bestehen des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB iVm. § 1065 BGB aufgrund des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses der Kläger nicht. Dieses Vorgehen ist kritikwürdig, weil sich das Anerkenntnis in der Auslegung des Bundesgerichtshofs auf die Beseitigung des Überbaus mit einem angenommenen Kostenaufwand von knapp 25.000 Euro beschränkte. Wenn das vertragliche Schuldanerkenntnis nur den Abbruch des überbauten Gebäudes mit diesem Kostenaufwand umfasste, so war auch nur insoweit das Bestehen des Beseitigungsanspruchs außer Zweifel gestellt. Soweit man im Rahmen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses überhaupt die Auftrennung zwischen dem Grund und der Grenze des negatorischen Be-

¹ NJW 2008, 3122. Die Entscheidung ist abrufbar unter http://www.bundesgerichtshof.de.

² Vgl. nur *U. Huber*, in: Schwenzer/Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S. 521 (556 ff.); *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 58 ff.; 74 ff.; 119 ff.; 256 ff.; *Picker*, JZ 2003, 1035 ff.; *Schmidt-Recla*, in: Kern u. a. (Hrsg.), Humaniora, Medizin - Recht - Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 641 ff.; *Bernhard*, Jura 2006, 801 ff. m. weit. Nachw.; zur Verteidigung des § 275 Abs. 2 BGB s. nur *Canaris*, JZ 2004, 214 ff. m. weit. Nachw. ³ *F. Mommsen*, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, 1853, S. 1 ff.; *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2007, vor §§ 275 Rn. 56 ff.; *Lobinger* (Fn. 2), S. 168.

⁴ BGH NJW 2008, 3122.

⁵ BGH NJW 2008, 3122 (3123).

⁶ BGH NJW 2008, 3122 (3123). Das OLG Bremen (Urt. v. 12.09.2007 – 1 U 29/07, unveröffentlicht) hatte als Vorinstanz den Klägern gestützt auf § 242 BGB den Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen die Erhebung des Beseitigungsanspruchs infolge der Unverhältnismäßigkeit der Beseitigungskosten zugebilligt.

seitigungsanspruchs zulässt⁷, hätte dem Anerkenntnis im Wege der Auslegung positiv entnommen werden müssen, dass der Tatbestand des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB der Ungewissheit entzogen sein sollte. Insbesondere hätte geklärt werden müssen, ob die rechtsgeschäftliche Feststellung des negatorischen Tatbestandes gerade auch für den Fall gelten sollte, dass der Beseitigungsaufwand wesentlich höher war als die kalkulierten 25.000 Euro.

Die in der Entscheidung aufgeworfene Rechtsfrage nach der Grenze des Beseitigungsanspruchs ist ohne die Klärung seines Tatbestandes nicht zu beantworten. Aus diesem Grunde soll hier unter Ausklammerung des Anerkenntnisses zunächst untersucht werden, ob der negatorische Beseitigungsanspruch nach dem Gesetz gegeben war.

$1.\ Der\ negatorische\ Beeintr\"{a}chtigung statbestand$

a) § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als Kausalhaftung

Der Tatbestand der Beeinträchtigung des Nießbrauchrechts gem. § 1065 BGB entspricht in seiner Struktur dem Tatbestand der Beeinträchtigung des Eigentums nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Rechtsprechung und die ihr folgende herrschende Meinung verstehen unter der Eigentumsbeeinträchtigung jeden dem Inhalt des Eigentums (§ 903 BGB) widersprechenden Zustand. In der Konkretisierung dieses Obersatzes wird die Beeinträchtigung auf den fortdauernden Sachzustand bezogen, der dem Herrschaftswillen des Eigentümers nicht entspricht. So wird eine Eigentumsbeeinträchtigung bejaht, wenn gegen den Willen des Eigentümers fremde Stoffe auf sein Grundstück gelangen. Für unbeachtlich wird gehalten, dass der Grundstückseigentümer infolge der Ver-

⁷ Nach der herrschenden Meinung sind die Parteien eines Anerkenntnisvertrages in Bezug auf den Gegenstand der vertraglichen Feststellung weitgehend frei. Demnach können insbesondere auch nur einzelne Elemente des Rechtsverhältnisses der Ungewissheit entzogen werden, vgl. nur Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 616 ff.; Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, S. 134 ff.; Rümelin, AcP 97 (1905), 211 (298 f.); Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 61 II 1 c (S. 32). Sehr strittig ist, ob und unter welchen Voraussetzungen auch Rechtszuständigkeiten wie die eigentumsrechtliche Zuordnung einer Sache Gegenstand des Feststellungsvertrags sein können, vgl. nur Wagner, aaO., S. 618 ff. m. weit. Nachw.

⁸ Vgl. nur BGH NJW 2007, 432 m. weit. Nachw.; BGH NJW 2005, 1366 (1367); *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 01.10.2007, § 1004 Rn. 34 u. 36; *Berger*, in: Brehm/Berger, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, § 7.1; vgl. auch *Medicus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 1004 Rn. 24 f.

⁹ S. nur BGH NJW 2005, 1366 (1367); BGH NJW 1996, 845 (846); *Berger* (Fn. 8), § 7.11; *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 35 u. 37; *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 24 u. 28; *Ebbing*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 1004 Rn. 13; *Jauernig*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 1004 Rn. 4; *Lettl*, JuS 2005, 871 f.

bindung des übertretenden Stoffes mit dem Grundstück nach § 946 BGB Eigentum an der "störenden" Sache erwirbt. ¹⁰

Die Störereigenschaft wird auf den dem Herrschaftswillen des Eigentümers widersprechenden Zustand der Sache ausgerichtet. Als Handlungsstörer haftet derjenige, der die "Eigentumsbeeinträchtigung" durch sein Verhalten adäquat verursacht hat. ¹¹ Als Zustandsstörer ist derjenige beseitigungspflichtig, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird. ¹² Hiernach ist § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als eine Kausalhaftung für auf die Sache bezogene Beeinträchtigungen formiert. ¹³

b) Faktische Inanspruchnahme fremder Rechtsmacht

Das herrschende Verständnis des Beseitigungsanspruchs als einer Kausalhaftung grenzt den negatorischen Tatbestand der Rechtsbeeinträchtigung nicht streng von dem durch den Sachzustand vermittelten Schaden des Eigentümers ab. Dies hat zur Folge, dass der negatorische Beseitigungsanspruch von dem deliktischen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB seiner Ordnungsfunktion nach nicht mehr zu unterscheiden ist. Diese Trennung ist aber vorzunehmen, weil die Haftung auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB verschuldensabhängig ausgestaltet ist und damit in einem markanten Gegensatz zu dem Tatbestand des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB steht.¹⁴

Der negatorische Tatbestand der Rechtsbeeinträchtigung ist als die faktische Anmaßung einer dem Eigentümer exklusiv zugewiesenen Rechtsmacht zu präzisieren. Als Störer haftet nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf Beseitigung, wer das Recht des Eigentümers durch sein Verhalten oder den Zustand seiner Sachen ohne Befugnis in Anspruch nimmt.¹⁵

¹⁰ BGH NJW 2005, 1366 (1367) m. weit. Nachw.; *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 35; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004 Rn. 20; *Lettl*, JuS 2005, 871 (873 f.).

¹¹ BGH NJW 2007, 432 m. weit. Nachw.; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004 Rn. 16.

¹² BGH NJW 2007, 2182 (2183) m. weit. Nachw.; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004 Rn. 17.

Ngl. die Charakterisierung der h.M. bei *Lettl*, JuS 2005, 871 (872); *Neuner*, JuS 2005, 385 (387); *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2006, \$1004 Rn. 7; *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 1374. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 18 ff.; *ders.*, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 315 (322, 333 ff.); *Gursky* (Fn. 13), \$1004 Rn. 6; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1376 f.; *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454 (459 f.); *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982); *Neuner*, JuS 2005, 385 (388).

¹⁵ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 82 ff., 129; *ders.*, AcP 176 (1976), 28 (50); *ders.*, in: Medicus/Mertens/Nörr/Zöllner (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange, 1992, S. 625 (657); *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 17; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1380; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982); *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454 (459 f.); *Katzenstein*, ZGS

Durch diese Bestimmung des negatorischen Tatbestandes wird nicht nur die durch das Gesetz vorgegebene Unterscheidung zwischen Rechtsbeeinträchtigung und Schaden und damit die Abgrenzung der negatorischen Beseitigungshaftung zum verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB realisiert. Aufgedeckt ist damit auch die gegenüber der Schadensersatzhaftung kategorial andersartige Funktion der negatorischen Beseitigungshaftung. Der negatorische Beseitigungsanspruch gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB schützt die rechtliche Integrität des Eigentums. Die negatorische Beseitigungshaftung wird ausgelöst durch einen Zustand, der dem Inhalt des Eigentumsrechts widerspricht, weil der Störer sich eine Position anmaßt, die nicht ihm, sondern dem Eigentümer zugewiesen ist. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ist mithin darauf ausgerichtet, durch die Zurückdrängung des Störers in seinen Rechtskreis den Zustand wiederherzustellen, der dem Inhalt des Eigentums entspricht. 16 Der negatorische Tatbestand besteht hiernach in der Überlagerung zweier Rechtskreise und ist folglich immer dann gegeben, wenn der Eigentümer in die Rechte des Störers eingreifen müsste, um die ihm zugeordnete, rechtliche Herrschaftsmacht wieder ausüben zu können.¹⁷ Der negatorische Beseitigungsanspruch ist auf die Beendigung der Rechtsusurpation durch den Störer gerichtet. Sobald der Störer sich in seinen Rechtskreis zurückzieht, entfällt folglich der negatorische Störungstatbestand unabhängig von dem tatsächlichen Zustand der dem Eigentümer zugeordneten Sache. 18 Die Eigentumsbeeinträchtigung ist mithin von dem durch den Sachzustand vermittelten Schaden scharf zu trennen. Wenn der Bundesgerichtshof diesem Verständnis des negatorischen Beeinträchtigungstatbestandes in einer jüngeren Entscheidung entgegenhält, der deliktische Schadensersatzanspruch gewähre gerade wegen des Verschuldenserfordernisses keine dem negatorischen Beseitigungsanspruch gleichwertigen Eigentumsschutz, der Beeinträchtigungstatbestand sei daher weiter zu fassen¹⁹, setzt sich das Gericht über den im BGB positivierten Verschuldensgrundsatz für die schadensersatzrechtliche Haftung offen hinweg.

2005, 424 (426); *Kahl*, LM § 1004 BGB Nr. 217 Bl. 662 f.; weit. Nachw. bei *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 4.

¹⁶ Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 49 ff.; ders., in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 340; Gursky (Fn. 13), § 1004 Rn. 10; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1379 ff.; Buchholz/Radke, Jura 1997, 454 (459 f.); Lobinger, JuS 1997, 981 (983).

¹⁷ *Picker*, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 335; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982 f.); *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1380; *Buchholz/Radke*, Jura 1997, S. 454 (460); *Katzenstein*, ZGS 2005, 424 (428).

Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972,
S. 157; ders. (Fn. 17),
S. 331 f.; Gursky (Fn. 13),
§ 1004
Rn. 4 u. 20; Wilhelm (Fn. 13),
Rn. 1385; Lobinger,
Jus 1997,
981 (983); Buchholz/Radke,
Jura 1997,
454 (461); Katzenstein,
ZGS 2005,
424 (426 f.).

¹⁹ BGH NJW 2005, 1366 (1367).

2. Beeinträchtigung des Rechts des Nießbrauchers im konkreten Fall

a) Faktische Inanspruchnahme des Nießbrauchs

Nach der hier vertretenen Auffassung ist für den Tatbestand des § 1065 BGB mithin entscheidend, ob die Kläger durch den Überbau das Nießbrauchrecht ohne Befugnis in Anspruch nehmen. Hierfür sind notwendigerweise die Eigentumsverhältnisse am Überbau zu klären. Denn die Kläger stören das Nutzungsrecht an der überbauten Teilfläche nur, wenn ihnen das Eigentum am Überbau zugeordnet ist.

aa) Eigentumsverhältnisse am Überbau

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass das auf dem Stammgrundstück errichtete Gebäude gem. §§ 94 Abs. 1, 946 BGB in das Eigentum am Stammgrundstück fällt. Für die Eigentumszuweisung am Überbau kommt es sodann darauf an, ob die Gebäudeeinheit über §§ 93, 94 Abs. 2 BGB geschützt wird oder die Bodenakzession gem. §§ 94 Abs. 1, 946 BGB eintritt, der Überbau also in das Eigentum am überbauten Grundstück fällt. In dem hier gegebenen Fall der mietvertraglichen Erlaubnis zur Errichtung des Überbaus ergibt sich die eigentumsrechtliche Zuordnung nach der ganz herrschenden Meinung aus dem Schutz der Gebäudeeinheit nach §§ 93, 94 Abs. 2 BGB.²⁰ Im Vorprozess hatte der Bundesgerichtshof die Nichtanwendung der §§ 94 Abs. 1, 946 BGB mit einer entsprechenden Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB und der parallelen Eigentumszuweisung in den Fällen des nach § 912 BGB entschuldigten Überbaus begründet. Die dinglichen Wirkungen folgten aus dem rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten und dem auch in § 912 BGB zum Ausdruck kommenden Schutz der Gebäudeeinheit, der Wertvernichtungen vermeide.²¹

Der herrschenden Meinung ist im Ergebnis zu folgen. Entscheidend für die Bestimmung der Eigentumsverhältnisse am Überbau ist jedoch richtigerweise nicht der rechtsgeschäftliche Tatbestand der mietvertraglichen Gestattung des Überbaus. Die entsprechende Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht überzeugend, da die Norm gerade auf dingliche Rechte an Grundstücken zugeschnitten ist, die aufgrund des Eintragungserfordernisses in das Grundbuch nachprüfbar sind. Die sachenrechtliche Zuordnung des Eigentums am Überbau ergibt sich aus dem in §§ 93, 94 Abs. 2 BGB realisierten Schutz der Gebäudeeinheit. Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit prägt als maßgeblicher Bestimmungsfaktor auch die Eigentumsverhältnisse gem.

BGHZ 62, 141 (145 f.); 157, 301 (304); Fritzsche (Fn. 8),
 § 912 Rn. 27; Jauernig (Fn. 9),
 § 912 Rn. 1; Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2002,
 § 912 Rn. 71; Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67.
 Aufl. 2008,
 § 912 Rn. 2.

²¹ BGHZ 157, 301 (304).

²² Zum Anwendungsbereich des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB s. nur *Fritzsche* (Fn. 8), Stand: 01.02.2007, § 95 Rn. 12; *Jauernig* (Fn. 9), § 95 Rn. 3; *Holch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 95 Rn. 21.

§ 947 Abs. 2 BGB. §§ 93, 94 Abs. 2 BGB ist somit Vorrang gegenüber § 94 Abs. 1 BGB einzuräumen.²³

Somit war ursprünglich B das Eigentum am Überbau zugeordnet. Mit der Teilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz begründete B Teileigentum (§§ 8, 2, 1 Abs. 3 WEG). Zu dem Teileigentum gehört das Gemeinschaftseigentum am Überbau. ²⁴ Das Teileigentum wurde sodann gem. §§ 873, 925 BGB auf Z und von Z auf die Kläger übertragen. Im Zeitpunkt der Bestellung des Nießbrauchs zugunsten des Beklagten gehörte der Überbau somit nicht zum Eigentum an dem belasteten Grundstück, sondern war Teileigentum der Kläger. Das durch den Nießbrauch vermittelte Nutzungsrecht bezog sich mithin allein auf die überbaute Teilfläche, nicht aber auch auf den Überbau.

bb) Kläger als Störer

Mit dem ihnen eigentumsrechtlich zugewiesenen Überbau dringen die Kläger in den Rechtskreis des Inhabers des Nießbrauchs ein und maßen sich faktisch dessen Nutzungsrecht an der überbauten Teilfläche an. Die faktische Inanspruchnahme des Nießbrauchs des Beklagten ist infolge des Nichteintritts der Kläger in den Mietvertrag ohne Befugnis. Die Kläger stören das dingliche Nutzungsrecht an der Teilfläche, da der Beklagte sein Herrschaftsrecht nur durch Eingriff in das Teileigentum am Überbau wieder erlangen könnte.

b) Beeinträchtigungshaftung nach Maßgabe der Rechtsprechung

Aus Sicht der Rechtsprechung und der ihr folgenden herrschenden Meinung ist die eigentumsrechtliche Zuordnung des Überbaus für den Beeinträchtigungstatbestand gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB demgegenüber grundsätzlich irrelevant.²⁵ Es kommt alleine darauf an, ob der Überbau dem Willen des Eigentümers des überbauten Grundstücks widerspricht, sich insoweit als eine "Beeinträchtigung" darstellt, und keine gesetzliche oder vertragliche Duldungspflicht besteht. Für eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs als Abspaltung aus dem Eigentumsrecht kann damit im Grundsatz nichts anderes gelten. Allerdings muss auch die herrschende Meinung in diesem Fall berücksichtigen, dass der Nießbrauch an dem Grundstück bestellt wurde, als der Überbau bereits errichtet war. Als Abspaltung aus dem Eigentum wird der Inhalt des Nießbrauchs, der Gegenstand des Nutzungsrecht also, durch die Eigentumsverhältnisse am Überbau geprägt.²⁶

Da die Kläger den Überbau nicht errichtet hatten, scheiden sie als Handlungsstörer aus. Eine die Beseitigungshaftung auslösende Zustandsverantwortlichkeit ist nach der herrschenden Meinung in der derjenigen Person begründet, die den beeinträchtigenden Zustand durch seinen maßgebenden Willen aufrechterhält.²⁷ Die Rechtsprechung hätte sich in diesem Fall wohl darauf gestützt, dass die Kläger als Eigentümer des Überbaus den Eintritt in den Mietvertrag verweigerten, der die Beeinträchtigung des Nießbrauchs legitimiert hätte. Insoweit wäre die Beeinträchtigung des Nießbrauchs den Klägern "zuzurechnen" gewesen. Auch die herrschende Meinung würde hier somit zu einer Beeinträchtigung des Nießbrauchs gem. § 1065 BGB gelangen.

3. Kein Anspruchsausschluss nach § 1004 Abs. 2 BGB

Gem. §§ 1065, 1004 Abs. 2 BGB ist der Anspruch auf Beseitigung ausgeschlossen, wenn der Nießbraucher zur Duldung der Rechtsbeeinträchtigung verpflichtet ist. Aufgrund des Nichteintritts der Kläger in den Mietvertrag war eine vertragliche Duldungspflicht nicht gegeben. In Betracht zu ziehen war hier aber eine Duldungspflicht des Nießbrauchers infolge einer Anwendung des § 912 Abs. 1 BGB zugunsten der Kläger. Die Kläger könnten sich als Rechtsnachfolger in das Eigentum am Stammgrundstück auf die gesetzliche Duldungspflicht aus § 912 Abs. 1 BGB berufen, wenn der vertraglich gestattete Überbau dem entschuldigten Überbau gleichzustellen ist. Der Bundesgerichtshof hatte im Jahre 1983 diese Rechtsfrage bejaht und § 912 BGB in der Rechtsbeziehung der jeweiligen Sonderrechtsnachfolger der früheren Grundstückseigentümer angewandt.²⁸

In dem Vorprozess zu der hier zu besprechenden Entscheidung hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung in Ansehung der zeitlich befristeten Gestattung zum Überbau modifiziert. Durch die befristete Gestattung habe sich der Eigentümer des überbauten Grundstücks die Befugnis vorbehalten, mit dem Ende des Mietvertrags von seiner Eigentumsbefugnis wieder in vollem Umfang Gebrauch zu machen. In die vertragliche Vereinbarung dürfe nicht über die subsidiäre Anwendung des § 912 Abs. 1 BGB, der eine gesetzliche Rentenpflicht gem. § 912 Abs. 2 BGB nach sich

nicht anders entschieden werden. Denn § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB knüpft allein an die gegenwärtige Rechtsbeeinträchtigung an. Damit ist maßgebend der gegenwärtige Inhalt des Nießbrauchs und mithin die Frage, wer Eigentümer des Überbaus geworden ist. Wenn der Überbau in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks fällt, ist das durch den Nießbrauch vermittelte Nutzungsrecht hierauf bezogen. Eine Rechtsbeeinträchtigung ist nicht mehr gegeben. Ein in der Vergangenheit liegender Rechtseingriff ist irrelevant und wird nur von § 823 Abs. 1 BGB erfasst.

²³ S. Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1127.

²⁴ *Armbrüster*, in: Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl. 2008, § 1 Rn. 58 f.; *Zimmer*, in: Jennißen, WEG, 2008, § 1 Rn. 29 f.

²⁵ BGHZ 23, 61 (63); 40, 18 (22); *Fritzsche* (Fn. 8), § 912 Rn. 29 f.; *Roth* (Fn. 20), § 912 Rn. 74; vgl. auch *Ebbing* (Fn. 9), § 1004 Rn. 16.

Wenn bei der nach Errichtung des Überbaus erfolgenden Bestellung des Nießbrauchs die Eigentumsverhältnisse relevant sind, dürfte der Fall einer Errichtung des Überbaus auf einem Grundstück, an dem ein Nießbrauch besteht, allerdings

²⁷ BGH NJW 2007, 432 m. weit Nachw.; *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 20; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004 Rn. 17; *Bassenge* (Fn. 20), § 1004 Rn. 17.

²⁸ BGH NJW 1983, 1112 (1113); bestätigt durch BGH NJW-RR 1989, 1039 (1040); vgl. hierzu *Roth* (Fn. 20), § 912 Rn. 69.

zöge, eingegriffen werden.²⁹ Der Rechtsnachfolger in das Stammgrundstück könne sich nicht auf eine bestandskräftige Duldungspflicht aus § 912 Abs. 1 BGB berufen.

Diese Argumentation des BGH ist zweifelhaft. Es steht außer Frage, dass vertraglich eine Abbruchverpflichtung für den Fall des Endes der schuldrechtlichen Gestattung des Überbaus vereinbart werden kann. Diese Vereinbarung wirkt aber nur zwischen den Vertragsparteien. Die Rechtsfolge des § 912 Abs. 1 BGB kann durch eine Vereinbarung zu Lasten des Rechtsnachfolgers in das Eigentum am Stammgrundstück nicht abbedungen werden. Zu stellen ist mithin allein die Frage, ob der gestattete Überbau dem gutgläubigen Überbau nach dem Gesetz gleichsteht. Nur wenn man diese, allein an § 912 Abs. 1 BGB zu messende, objektiv-rechtliche Frage verneint, ist eine gesetzliche Duldungspflicht nicht gegeben und der Ausschlusstatbestand des § 1004 Abs. 1 BGB somit nicht erfüllt.

III. Inhalt des negatorischen Beseitigungsanspruchs

1. Aufgabe der rechtsusurpierenden Position durch den Störer

Nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB iVm. § 1065 BGB kann der Inhaber des Nießbrauchrechts von dem Störer die Beseitigung der Rechtsbeeinträchtigung verlangen. Der negatorische Beseitigungsanspruch verpflichtet den Störer nach richtiger Auffassung zur Aufgabe seiner rechtsusurpierenden Stellung. Der Eigentumsfreiheitsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ist auf die Zurückdrängung des Störers in seinen eigenen Rechtskreis gerichtet. Die Beseitigungsverpflichtung des Störers, die durch den negatorischen Tatbestand ausgelöst wird, soll die rechtliche Integrität des gestörten Rechts wiederherstellen.³⁰ Über die Art und Weise der Beendigung der Inanspruchnahme des fremden Rechts und mithin der Beseitigung der Störung entscheidet aber allein der Störer. Die dem Störer auferlegte Beseitigungslast ist gerade auch seinem Interesse zu dienen bestimmt. Der Störer soll seinen Rückzugsweg allein bestimmen.³¹

a) Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks

Die Frage nach der Zumutbarkeit der Kosten des Abbruchs des Überbaus war nur zu stellen, wenn die faktische Beseitigung des Überbaus die einzige Möglichkeit darstellte, die befugnislose Inanspruchnahme des Nießbrauchs zu beenden. Dies war jedoch nicht der Fall. Der Tatbestand der Störung des Nießbrauchs durch den Überbau entfällt, wenn die Kläger den Überbau in den Bestandteilsverband am überbauten Grundstück überführen, ihre Eigentumsposition am Überbau mithin verlieren und damit der Rechtskreis der Kläger den

Rechtskreis des Beklagten nicht mehr überlagert. Der Bundesgerichtshof hatte in dem Vorprozess den Weg zur rechtsgeschäftlichen Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband am überbauten Grundstück gewiesen. Hierfür komme die Belastung des Stammgrundstücks mit einer Dienstbarkeit in Betracht, die die Ausübung des Überbaurechts ausschließe (§ 1018 Alt. 3 BGB).³² Ein weiterer Weg bestünde in einem der Begründung des Eigentums am Überbau gegenläufigen Geschäft. Hierbei müsse mit der erforderlichen Einigung über die Beendigung des Überbaurechts die Beseitigung der Gebäudeeinheit einhergehen, die den Überbau zum Bestandteil des Stammgrundstücks mache. Dies könne durch den baulichen Abschluss des Überbaus von dem übrigen Grundstück erfolgen.³³

Es ist hier nicht der Ort, auf die Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks einzugehen. ³⁴ Zu unterstellen ist, dass der Eigentümer des überbauten Grundstücks den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Überbaus nicht wollte. Ein rechtsgeschäftliches Angebot der Kläger auf Übertragung des Eigentums am Überbau ist zur Beendigung der Rechtsusurpation jedenfalls nicht ausreichend, weil hierdurch die rechtliche Zuordnung des Überbaus und damit der Tatbestand der Störung nicht beendet wird. ³⁵

Die Kläger hatten aber die Möglichkeit, unabhängig von einer rechtsgeschäftlichen Einigung den Überbau in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks einzugliedern und damit auch die befugnislose Inanspruchnahme des Nießbrauchs zu beenden. Wenn der Schutz der Gebäudeeinheit gem. §§ 93, 94 Abs. 2 BGB die Bodenakzession nach § 94 Abs. 1 BGB ursprünglich verhinderte, so war zur Veränderung der eigentumsrechtlichen Lage die Gebäudeeinheit aufzulösen. Die Beseitigung der Gebäudeeinheit hätte durch den baulichen Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstück erfolgen können. In dem Gebäudeteil, der den Überbau konstituierte, wurde ein Getränkelager betrieben. Durch die Auftrennung der Gebäudeeinheit im Wege des baulichen Abschlusses des Getränkelagers vom Supermarkt im übrigen wäre die Gebäudeeinheit mit dem BGH aufgelöst worden.³⁶ Mit der Aufhebung der Gebäudeeinheit verlieren die §§ 93, 94 Abs. 2 BGB den Gegenstand der eigentumsrechtlichen Zuordnung. Es kommt zur Bodenakzession gem. § 94 Abs. 1 BGB. Die zusätzliche Aufgabe einer etwaigen Sondereigentumsposition an dem als Getränkelager genutzten Raum gem. § 4 Abs. 1 WEG ist zur Sicherstellung der Bodenakzession gem. § 94 Abs. 1 BGB nicht erforderlich, da durch die Abtrennung des Überbaus von dem Gebäude im

²⁹ BGHZ 157, 301 (308 f).

Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972,
 S. 157; ders. (Fn. 17),
 S. 341 f.; Gursky (Fn. 13),
 § 1004
 Rn. 136; Wilhelm (Fn. 13),
 Rn. 1380 ff.

³¹ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 165 ff; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (983); *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1390.

 $^{^{32}}$ BGHZ 157, 301 (306); vgl. bereits BGH LM BGB \S 912 Nr. 9.

³³ BGHZ 157, 301 (306).

³⁴ Kritisch zu den vom BGH gewiesenen Möglichkeiten etwa *Grziwotz*, EWiR 2004, 595 (596); *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1125 m. Fn. 1908.

³⁵ S. zum Erfordernis der vollständigen Aufgabe der rechtlichen Beziehung zu der störenden Sache *Picker* (Fn. 31), S. 114.

³⁶ Vgl. BGHZ 157, 301 (306 f.).

übrigen ein etwaiges Sondereigentum an dem als Getränkelager genutzten Raum ebenfalls seinen Gegenstand verliert. Der baulich abgetrennte Raum ist nicht mehr dem Gebäude, das zum Teileigentum gehört, zuzuordnen (vgl. § 1 Abs. 3 WEG). Der bauliche Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstück war den Klägern auch möglich. Aus dem Tatbestand des Urteils ist nicht zu entnehmen, dass dritte Miteigentümer existierten, die dem baulichen Abschluss hätten widersprechen können.³⁷

Durch die Auflösung der Gebäudeeinheit mit der Folge der Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks gem. § 94 Abs. 1 BGB wird das Nießbrauchrecht im Rechtssinne nicht mehr gestört, weil die Kläger die rechtliche Beziehung zu der störenden Sache verloren, sie sich mithin in ihren eigenen Rechtskreis zurückgezogen haben.³⁸

Das vom BGH zusätzlich zur Trennung der Gebäudeeinheit aufgestellte Erfordernis der rechtsgeschäftlichen Einigung über die Beendigung des Überbaurechts konnte – unabhängig von der sachlichen Richtigkeit dieses Kriteriums – in diesem Fall schon deshalb keine Bedeutung erlangen, weil zugunsten der Kläger zu keinem Zeitpunkt ein Überbaurecht bestand. Das Erfordernis der Einigung über die Beendigung des Überbaurechts war hier ohne Gegenstand. Die Kläger hatten den Eintritt in den Mietvertrag abgelehnt.

b) Andersartigkeit des Inhalts der negatorischen Haftung gegenüber der Restitution

Die Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks als Beendigung der Rechtsusurpation ist nicht durch das im Kontext der Dereliktion vorgetragene Argument zu versperren, der Störer dürfe sich seiner aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB folgenden Kostenbelastung nicht entziehen.³⁹ Es wird verkannt, dass die Kostenlast konkret

immer nur gebunden ist an die Entscheidung des Störers über die Art und Weise der Beendigung der Rechtsusurpation. Weil die Kostenbelastung der Entscheidung über den Weg zur Aufgabe der rechtsusurpierenden Stellung immer nachfolgt, theoretisch immer von einer Mehrheit von Auswahlmöglichkeiten auszugehen ist, kann nicht über die gleichsam akzessorische Kostenbelastung das Auswahlermessen des Störers eingeschränkt werden. Der Gestörte hat nach der gesetzlichen Regelung des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gerade kein Recht, das Verfahren der Beendigung der befugnislosen Inanspruchnahme seiner Rechtsmacht zu bestimmen. Der gesetzliche Übergang des Eigentums am Überbau durch die Aufhebung der Gebäudeeinheit ist in der gesetzlichen Ordnung des BGB gem. §§ 93, 94 BGB selbst angelegt.

c) Zwischenergebnis

Die Kläger waren nicht auf die Möglichkeit des Abbruchs des Überbaus beschränkt, um die Beendigung der befugnislosen Inanspruchnahme des Nießbrauchs gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu beenden. Die Frage nach der Unzumutbarkeit der Abbruchkosten im Rahmen der negatorischen Beseitigungshaftung stellte sich gar nicht, da die Kläger über die weitaus kostengünstigere Möglichkeit verfügten, die Gebäudeeinheit durch baulichen Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstück aufzulösen. ⁴¹

³⁷ Der Bundesgerichtshof nahm aufgrund des deklaratorischen Anerkenntnisses der Kläger an, dass sie sich in Bezug auf den Abbruch des Überbaus zur Einholung der Zustimmung etwaiger weiterer Miteigentümer verpflichtet hatten, vgl. BGH NJW 2008, 3122.

³⁸ Eine andere Frage ist, ob die Auftrennung der Gebäudeeinheit mit der Folge der Bodenakzession einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 989, 990 BGB bzw. § 823 Abs. 1 BGB auslöst. Dies ist hier zu verneinen. Der bauliche Abschluss des Überbaus bedeutet gegenüber dem bis dahin bestehenden Eingriff keine neue oder intensivere Schädigung. Die Aufgabe des Eigentums und die damit einhergehende Beendigung der Beseitigungspflicht begründen als solche mangels erneuter Schadenszufügung keine Schadensersatzhaftung, s. auch *Picker* (Fn. 17), S. 339.

³⁹ So aber die gegen die Möglichkeit der Dereliktion als ein Weg zur Beendigung der negatorischen Beseitigungshaftung BGH NJW 2007, 2182 (2183); BGH NJW 2005, 1366 (1367); *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 28; *Münch*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2006, § 1004 Rn. 186; *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 86 V 2 (S. 696); vgl. auch *Neuner*, JuS 2005, 385 (388 f.).

⁴⁰ Picker (Fn. 31), S. 170; ders. (Fn. 17), S. 342.

⁴¹ Auch eine Rückbauverpflichtung der Kläger aus § 546 Abs. 2 BGB war nicht begründet. Die Funktion des § 546 Abs. 2 BGB besteht darin, die Herausgabeposition des Vermieters, der nicht Eigentümer ist, zu sichern, vgl. nur Ehlert, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 01.04.2007, § 546 Rn. 2; Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 546 Rn. 17. Vor diesem Hintergrund ist entgegen der ganz herrschenden Meinung der Inhalt des Anspruchs aus § 546 Abs. 2 BGB mit den Inhalt des vindikatorischen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB zu parallelisieren, s. auch OLG Hamburg, MDR 2000, 1372. Wie der Bundesgerichtshof im Vorprozess entschieden hatte, waren die Kläger in Bezug auf die Herausgabe der überbauten Teilfläche nicht auf den Abriss des Anbaus beschränkt. Zur Herausgabe des Besitzes hielt es der Bundesgerichtshof für ausreichend, den baulichen Abschluss des Getränkelagers vom Supermarkt im übrigen herbeizuführen, gegebenenfalls mit Eröffnung eines Zutritts von dem Grundstück des Beklagten aus, BGHZ 157, 301 (306 f). In strikter Orientierung an § 985 BGB konnte sich daher aus § 546 Abs. 2 BGB keine Verpflichtung der Kläger zum Abriss des Überbaus ergeben. Auch wenn man § 546 Abs. 2 BGB mit der herrschenden Meinung als einen gesetzlichen Schuldbeitritt einordnet, s. nur RGZ 136, 33; BGHZ 79, 232 (235); Heintzmann, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2007, § 546 Rn. 11; Rolfs, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2006, § 546 Rn. 61, und damit von § 985 BGB entkoppelt, ist in diesem Fall eine Rückbauverpflichtung der Kläger nicht gegeben. Nach dem Tatbestand des § 546 Abs. 2 BGB kommt es darauf an, dass der Mieter dem Dritten den

2. Faktische Beseitigungspflicht als Folge der Kausalhaftung Der Bundesgerichtshof geht in seiner Entscheidung mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass das Anerkenntnis des Beseitigungsanspruchs durch die Kläger auf die vertragliche Feststellung der Verpflichtung gerichtet sei, den Überbau abzureißen. Das Anerkenntnis der Kläger bezog sich indes allein auf das Bestehen des Beseitigungsanspruchs, nicht aber auf die Art und Weise der Beseitigung der Rechtsbeeinträchtigung. Dem Anerkenntnis war ein rechtsgeschäftlicher Wille zur Feststellung der Verpflichtung zum Abbruch des Überbaus nicht zu entnehmen. Der Bundesgerichtshof legt in seiner Entscheidung das eigene Verständnis von dem Inhalt der negatorischen Beseitigungshaftung gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zugrunde und schreibt dieses dem rechtsgeschäftlichen Willen der Kläger zu. Nach der Rechtsprechung und der ihr folgenden herrschenden Meinung ist der negatorische Beseitigungsanspruch auf die faktische Beseitigung der Störungsquelle gerichtet. 42 Danach ist die negatorische Beseitigungspflicht auf die teilweise Wiederherstellung des ursprünglichen Sachzustands in Natur und damit auf Restitution gem. § 249 Abs. 1 BGB gerichtet. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB fungiert als ein um das Verschuldenserfordernis gekürzter Schadensersatzanspruch eingeschränkten Inhalts. Die nicht vorgenommene Abgrenzung zwischen Rechtsbeeinträchtigung und Schaden setzt sich in der Rechtsfolge des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB fort.

IV. Opfergrenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs

Wenn auch die Kläger aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB keine Verpflichtung zum Abbruch des Überbaus traf, ist nunmehr auf die allgemeine Frage nach der Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch einzugehen.

1. Gründe des BGH

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit § 275 Abs. 2 BGB die Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs konturiert. § 275 BGB finde auf alle Leistungspflichten Anwendung, gleichgültig ob diese auf einem Vertrag, auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis oder allgemein auf einer gesetzlichen Verpflichtung

Gebrauch der Mietsache überlassen hat. In casu hatte Z die Teileigentumseinheiten an die Kläger aber verkauft. Die Kläger versprachen den Kaufpreis für das Teileigentum, das das Miteigentum an dem überbauten Grundstück umfassen sollte. Die überbaute Teilfläche wurde den Klägern nach Maßgabe der kaufvertraglichen Einigung nicht zum vorübergehenden Gebrauch überlassen, sondern war Gegenstand des Kaufvertrags. Aus diesem Grunde war der Tatbestand des § 546 Abs. 2 BGB nicht gegeben. Die Kläger waren somit nicht in die vertragliche Rückbaupflicht des Z einbezogen.

⁴² Vgl. nur BGH NJW 2005, 1366 (1367) m. weit. Nachw.; *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 58; *Ebbing* (Fn. 9), § 1004, Rn. 64; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004, Rn. 7; *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 71; *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 86 V 3 c (S. 698).

beruhten. Es entspreche der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich geäußerten Absicht des Gesetzgebers des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, § 275 Abs. 2 BGB auf "Leistungsansprüche aus dem Sachenrecht" anzuwenden. Der in der früheren Rechtsprechung vorgenommene Rückgriff auf § 251 Abs. 2 S. 1 BGB habe sich damit erübrigt. Eine Auseinandersetzung mit der in der Literatur vertretenen Gegenauffassung, die die Anwendung des § 275 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch ablehnt⁴³, findet nicht statt.⁴⁴

Im konkreten Fall sei die Einrede aus § 275 Abs. 2 S. 1 BGB schon aus dem in § 275 Abs. 2 S. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz nicht begründet. Nach der gem. § 275 Abs. 2 S. 2 BGB "gebotenen Wertung des Verhaltens" hätten die Kläger beim Erwerb des Teileigentums der Ausdehnung des Gebäudes auf das Grundstück des Beklagten keine Beachtung geschenkt. Auch nach der Aufdeckung des Rechtsmangels hätten sie es versäumt, durch Weiterzahlung der Miete oder Eintritt in den Mietvertrag die Beseitigungsverpflichtung zu vermeiden. Die durch ihr Verhalten entstandene Beseitigungsverpflichtung könne daher nicht als wirtschaftlich unzumutbar qualifiziert werden.

2. Kritik

a) Nichtanwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

aa) Verfehlte Qualifikation des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als Leistungsanspruch iSv. § 275 BGB

Als ein erstes Indiz gegen die Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB streitet die systematische Positionierung der beiden Normen. § 275 BGB ist in das Recht der Schuldverhältnisse und nicht in das Sachenrecht integriert. Der Systematik des BGB folgend hätte die Regelung des § 275 Abs. 2 BGB dem Allgemeinen Teil zugeordnet werden müssen, um die Anwendbarkeit auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sicherzustellen.

§ 275 BGB findet sodann nur Anwendung auf den Anspruch auf Leistung. Der Bundesgerichtshof weicht in seiner Entscheidung der Frage aus, durch welches Merkmal der Leistungsanspruch geprägt wird. Die Natur des negatorischen Beseitigungsanspruchs als Leistungsanspruch gem. § 275 BGB wird kurzerhand unterstellt. Für die Bestimmung des

⁴³ Vgl. etwa Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1189; Münch (Fn. 39), § 1004 Rn. 311; Gursky (Fn. 13), § 1004 Rn. 155 f.; Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 275 Rn. 3; auch nach Schmidt-Recla (Fn. 2), S. 641 (667) ist § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch im Tiefgaragenfall (BGHZ 62, 388 ff.) nicht anzuwenden. Für eine Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch etwa Canaris, JZ 2004, 214 (224); wohl auch Dauner-Lieb, in: Anwaltkommentar zum BGB, 2005, § 275 Rn. 55 (einschränkend aber aaO., Rn. 3); die Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB erwägend Medicus (Fn. 8), § 1004 Rn. 80.

⁴⁴ Die Kürze der Entscheidungsbegründung bemängelt auch *Gsell*, LMK 2008, 266937.

Leistungsanspruchs ist der charakteristische Inhalt rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen zu verdeutlichen, auf die § 275 BGB unstreitig Anwendung findet: Rechtsgeschäftliche Verpflichtungen sind ihrem Inhalte nach auf eine Vermögensaufstockung des Gläubigers gerichtet. Im charakteristischen Gegensatz hierzu steht der negatorische Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Der negatorische Beseitigungsanspruch zielt auf die Verwirklichung der dem Eigentümer zugewiesenen Herrschaftsgewalt. Über den negatorischen Beseitigungsanspruch wird der Störer in seinen Rechtskreis zurückgedrängt, das Vermögen des Eigentümers erfährt keine Aufstockung. Aus diesem Grunde ist die Beseitigungsverpflichtung aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Leistungsverpflichtung vergleichbar.

bb) Systematischer Vergleich mit dem vindikatorischen Herausgabeanspruch

Der negatorische Beseitigungsanspruch ist historisch wie dogmatisch als Komplementärnorm zu § 985 BGB zu verstehen.⁴⁸ Wie dem Wortlaut des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB explizit zu entnehmen ist, tritt der negatorische Beseitigungsanspruch dem Herausgabeanspruch des Eigentümers ergänzend zur Seite. Der Tatbestand des vindikatorischen Herausgabeanspruchs wird durch die gegenüber dem Eigentümer nicht legitimierte Besitzposition, also durch die faktische Inanspruchnahme einer dem Eigentümer zugewiesenen Rechtsmacht, ausgelöst. Der Tatbestand des § 985 BGB entfällt deshalb im Einklang mit der allgemeinen Meinung mit dem Verlust der Besitzposition unabhängig davon, ob der Eigentümer den Besitz an der Sache zurück erlangt hat oder der frühere Besitzer die Sache wiederbeschaffen kann. 49 Weil mit dem Verlust des Besitzes der Tatbestand des rechtswidrigen Habens und damit die Grundlage des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB entfällt, ist auch § 275 BGB nicht auf den

cc) Fehlerhafte Parallelisierung des negatorischen Beseitigungsanspruchs mit dem Anspruch auf Schadensersatz

Entgegen den Ausführungen des Bundesgerichtshofs verweist die zitierte Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Drs. 14/6040, S. 130) in Bezug auf den Anwendungsbereich von § 275 Abs. 2 BGB nicht "ausdrücklich auf Leistungsansprüche aus dem Sachenrecht". 53 Die historische Auslegung liefert allerdings insoweit eine Stütze für die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB, als die Regierungsbegründung § 275 Abs. 2 BGB in den Kontext der §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2, 651c Abs. 2 S. 2 BGB a.F. einordnet und die Entscheidung BGHZ 62, 388 anführt. 34 Dort hatte der Bundesgerichtshof unter Rückgriff auf § 251 Abs. 2 BGB entschieden, dass das Beharren auf der Beseitigungspflicht des Störers rechtsmissbräuchlich sei, wenn der in Anspruch Genommene nur unter unverhältnismäßigen, vernünftiger Weise nicht zumutbaren Aufwendungen seiner

vindikatorischen Herausgabeanspruch anzuwenden. 50 Hat aber der negatorische Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB eine reine Ergänzungsfunktion zu dem vindikatorischen Herausgabeanspruch, erfasst er also nur andere Formen der befugnislosen Inanspruchnahme des Eigentumsrechts, so bedeutet es einen Widerspruch, § 275 BGB nicht auf § 985 BGB, wohl aber auf § 1004 BGB anzuwenden.⁵¹ So wie den unrechtmäßigen Besitzer keine Beschaffungsschuld trifft, der unrechtmäßige Besitzer also nicht die Restitution des Eigentümervermögens um die verlustig gegangene Besitzposition schuldet, ist der Störer über § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nicht verpflichtet, den Schaden im Vermögen des Eigentümers auszugleichen. Der negatorische Beseitigungsanspruch ist von dem Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB in gleicher Weise zu trennen, wie auch der vindikatorische Herausgabeanspruch aus § 985 BGB von der Schadensersatzhaftung aus §§ 989, 990 BGB zu unterscheiden ist. 52

 ⁴⁵ Picker, AcP 183 (1983), 369 (398); Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999,
 S. 94 f.; ders. (Fn. 2), S. 6 f.; Bernhard, Jura 2006, 801 (806);
 Katzenstein, ZGS 2005, 424 (425).

 ⁴⁶ Picker (Fn. 31), S. 157; Katzenstein, ZGS 2005, 424 (426).
 ⁴⁷ Picker (Fn. 31), S. 157; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1390; Henckel, AcP 174 (1974), 97 (129); Katzenstein, ZGS 2005, 424 (428); Münch (Fn. 39), § 1004 Rn. 311; a.A. etwa Bezzenberger, JZ 2005, 373 (376).

⁴⁸ *Picker*, in: Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Band I, S. 693 (748 ff.). Die identische, negatorische Schutzfunktion von § 985 und § 1004 BGB wird ferner hervorgehoben von *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1381; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (983); *Gsell*, LMK 2008, 266937.

⁴⁹ So auch im Ergebnis die allgemeine Meinung, vgl. nur RGZ 115, 31 (33); *Quack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 985 Rn. 16 u. 35; *Bassenge* (Fn. 20), § 985 Rn. 5; *Gursky* (Fn. 13), § 985 Rn. 7 u. 48; *Jauernig* (Fn. 9), § 985 Rn. 9.

Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 447; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1186; Fritzsche (Fn. 8), § 985 Rn. 27; Jauernig (Fn. 9), § 985 Rn. 4; Heinrichs (Fn. 43), § 275 Rn. 3; Gursky (Fn. 13), § 985 Rn. 7; Stadler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2006, Vor § 985 Rn. 3. Differenzierend Gebauer/St. Huber, ZGS 2005, 103 (104 m. Fn. 5).

⁵¹ Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1190; Heinrichs (Fn. 43), § 275 Rn. 3 schließt konsequent die Anwendung des § 275 BGB auf § 985 und § 1004 BGB aus; im Ergebnis übereinstimmend Gursky (Fn. 13), § 1004 Rn. 148; Münch (Fn. 39), § 1004 Rn. 311. Kritisch gegenüber der Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 BGB Fritzsche (Fn. 8), § 1004 Rn. 72.

⁵² Picker (Fn. 31), S. 160 ff.; Lobinger, JuS 1997, 981 (983).

⁵³ In dieser Bewertung übereinstimmend *Gsell*, LMK 2008, 266937.

⁵⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 130.

Verpflichtung entsprechen könnte.⁵⁵ Zur Präzisierung der Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs hatte sich der Bundesgerichtshof in einer vorangegangenen Entscheidung auf ein von v. Tuhr⁵⁶ entwickeltes Argument berufen, der "lediglich auf objektiver Rechtswidrigkeit beruhende Beseitigungsanspruch" könne nicht weiter gehen als der auf einem Verschulden beruhende Schadensersatzanspruch.⁵⁷ Die Parallele zu dem auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatz bildete dabei nicht nur die äußerste Grenze für den negatorischen Beseitigungsanspruch. Die im Vergleich zum Beseitigungsanspruch "strengere" Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs, nämlich seine Verschuldensabhängigkeit, lieferte der Rechtsprechung zugleich die Basis dafür, die Begrenzung des Beseitigungsanspruchs danach zu bestimmen, ob die Störung des Eigentums zu vertreten war und welchen Grad das Verschulden aufwies.⁵⁸ Soweit den Störer kein Verschuldensvorwurf traf, war die Schranke des Beseitigungsanspruchs somit niedriger zu setzen.

Durch diese Parallelisierung mit dem Schadensersatzanspruch hatte der Bundesgerichtshof die Ordnungsfunktion des negatorischen Beseitigungsanspruchs allerdings grundlegend verkannt.⁵⁹ Die den Inhalt der Schadensersatzhaftung bestimmenden §§ 249 ff. BGB sind anders als der negatorische Beseitigungsanspruch darauf ausgerichtet, den durch die Rechtsverletzung entstandenen Nachteil beim Geschädigten wieder auszugleichen. 60 Dabei fungiert § 251 Abs. 2 BGB nicht als Opfergrenze des Schadensersatzanspruchs, sondern kompensiert den im Vermögen des Geschädigten entstandenen Nachteil nur auf andere Weise. Die in § 249 Abs. 1 BGB angelegte Vorrangigkeit der Naturalrestitution ist als positivistische Zweckmäßigkeitsentscheidung zu qualifizieren, die gerade auch dem Interesse des Schädigers zu dienen bestimmt ist. 61 Die Geldentschädigung ist die grundsätzlich gleichwertige Form der Wiedergutmachung⁶² § 251 Abs. 2

⁵⁵ BGHZ 62, 388 (391).

S. 1 BGB konkretisiert mithin die bestehende Schadensersatzpflicht nur inhaltlich.⁶³

Im Gegensatz zum Schadensersatzrecht verpflichtet der negatorische Beseitigungsanspruch den Störer nicht, unter Rückgriff auf sein Vermögen eine Einbuße im Vermögen des Eigentümers auszugleichen. Dadurch unterscheidet sich der negatorische Beseitigungsanspruch kategorial von der Schadensersatzhaftung, die in einen Vermögenstransfer des Schädigers zum Geschädigten resultiert.⁶⁴ Die aus der aktiven Beseitigungspflicht nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB folgende Kostenbelastung des Störers falsifiziert diesen Befund nicht.65 Denn die durch das Gesetz statuierte Beseitigungspflicht des Störers ist eine rein positivistische Entscheidung, die dem Interesse des Störers sowie auch der Verwirklichung des Rechtsfriedens zu dienen bestimmt ist. Das Gesetz versagt dem Träger des beeinträchtigten Rechts, die Rechtsverwirklichung in eigene Hände zu nehmen und verhindert dadurch einen Eingriff des Gestörten in den Rechtskreis des Störers. Der Störer soll eigenständig entscheiden können, wie er die faktische Anmaßung des fremden Rechts beendet, seinen eigenen Rechtskreis also selbst in Ordnung bringen. Das BGB hat sich also vor allem aus Zweckmäßigkeitsgründen dagegen entschieden, den Störer nicht lediglich auf Duldung der Beseitigung durch den Gestörten haften zu lassen. 66 Die negatorische Beseitigungsverpflichtung verfolgt nicht das Ziel der Aufbesserung des Vermögens des Eigentümers zu Lasten des Störers und ist mithin nicht auf eine Güterneuverteilung gerichtet.⁶⁷

Schließlich entfaltet auch das Verschulden für Grund und Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs keine Relevanz. Der negatorische Beseitigungsanspruch verwirklicht die dem Eigentümer zugewiesene Herrschaftsgewalt, indem der Störer zur Beendigung der Okkupation fremder Rechtsmacht gezwungen wird. Das Verschulden ist für den Tatbestand des negatorischen Beseitigungsanspruchs schon seiner Schutzfunktion nach ohne jede Bedeutung, weil die Herrschaftsgewalt des Eigentümers von der Bewertung eines Drittverhaltens unabhängig ist. Der Eigentümer muss die

(Fn. 59), S. 661 ff.; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 92 f.; *Oetker* (Fn. 60), § 251 Rn. 1; vgl. auch *Medicus* AcP 192 (1992), 35 (38); Dieser dogmatischen Einordnung entspricht es, dass in der Praxis die Geldentschädigung als Inhalt des Schadensersatzes weit überwiegt, vgl. nur *Lange* (Fn. 60), § 5 II 1, S. 214.

⁵⁶ Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Band 46 (1904), 39, (54 ff.).

⁵⁷ BGH WM 1974, 572 (573).

⁵⁸ BGH WM 1974, 572 (573); BGHZ 62, 388 (394).

⁵⁹ *Picker*, in: Medicus/Mertens/Nörr/Zöllner (Hrsg.), Fest-schrift für Hermann Lange, 1992, S. 625 (650 ff.).

<sup>Vgl. nur Lange in: Lange/Schiemann, Schadensersatz,
3. Aufl. 2003, Einl. III 2a, S. 9 ff.; Jansen, JZ 2005, 160 (162); Teichmann, in: Jauernig, Kommentar zum BGB,
12. Aufl. 2007, Vor §§ 249 – 253 Rn. 2; Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB,
5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 8; Schiemann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2005, Vorbem 3 zu §§ 249 ff.</sup>

⁶¹ Protokolle bei Mugdan II, S. 513: (...), "und soll der Schuldner die Befugnis haben, durch Naturalrestitution, insofern diese nicht das Interesse des Gläubigers beeinträchtigt, die Verpflichtung zur Geldleistung abzuwenden."

⁶² Protokolle bei Mugdan II, S. 513: "Verstehe man unter Schaden jeden wirtschaftlichen Nachtheil und unter Ersatz die Ausgleichung dieses Nachtheiles, so ergebe sich, daß dieser Ersatz ebensowohl durch Naturalrestitution wie durch Geldentschädigung geschehen könne." S. auch *Picker*

⁶³ *Lobinger* (Fn. 2), S. 62.

⁶⁴ Picker, AcP 176 (1976), 28 (48 ff.); ders. (Fn. 59), S. 656 ff.; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 69 f.

⁶⁵ So aber jüngst im Kontext der Dereliktion BGH NJW 2005, 2366 (2367) im Anschluss an *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 86 III 3 c (S. 689) u. § 86 V 2 (S. 696); vgl. auch *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 28.

 ⁶⁶ Picker (Fn. 31), S. 165 ff.; ders., AcP 176 (1976), 28 (51 Fn. 71); ders. (Fn. 17), S. 341 f.; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1390; Lobinger, JuS 1997, 981 (983); Katzenstein, ZGS 2005, 424 (428); Buchholz/Radke, Jura 1997, 454 (463).

⁶⁷ Picker (Fn. 31), S. 167; Lobinger, JuS 1997, 981 (983); Katzenstein, ZGS 2005, 424 (428).

Aufgabe der befugnislosen Inanspruchnahme seiner Rechtsmacht ohne weitere Voraussetzung verlangen können, da ansonsten die umfassende und exklusive Herrschaftsgewalt, die das Eigentum als Inbegriff des subjektiven Rechts vermittelt (§ 903 BGB), gar nicht bestünde. 68

Wenn das Gesetz aus diesem Grunde dem Störer die Beseitigungslast unabhängig von einem Verschulden auferlegt, ist es nicht nachvollziehbar, warum gerade das Kriterium des Verschuldens für die Beschränkung des Beseitigungsanspruchs den Maßstab bilden soll. Da der negatorische Beseitigungsanspruch und der Schadensersatzanspruch ganz und gar unterschiedliche Funktionen haben, kann die Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs nicht durch eine Parallelisierung mit dem Schadensersatzrecht gefunden werden. Daher war und ist die Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch abzulehnen. Daher war und ist die Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1

Mit dem nunmehr erfolgenden Rückgriff auf § 275 Abs. 2 BGB perpetuiert die Rechtsprechung die über § 251 Abs. 2 S. 1 BGB fehlerhaft, nämlich im Kontext des Schadensersatzrechts, entwickelte Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs. Durch die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB wird die beschriebene Funktion des negatorischen Beseitigungsanspruchs im Rechtsschutzsystem des BGB deformiert, die Anspruchsgrenze von ihrer materialen Fundierung entkoppelt. Der Rückgriff auf das in § 275 Abs. 2 BGB benannte Verschuldenskriterium führt im Kontext des negatorischen Beseitigungsanspruchs zu einer Verhaltensbewertung ohne einen rechtlichen Bezugspunkt und erweist sich damit als eine Verschuldensprüfung ohne materielles Substrat.⁷¹ Die Entscheidungsbegründung des Bundesgerichtshofs im konkreten Fall liefert hierfür einen eindrucksvollen Beleg. So wirft das Gericht den Klägern vor, dass sie bei dem Erwerb des Teileigentums der Ausdehnung des Gebäudes auf das Grundstück des Beklagten keine Beachtung geschenkt und so den Mangel des ihnen von Z verkauften Eigentums nicht erkannt hätten. Zunächst ist zu gewärtigen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Teileigentums durch die Kläger der Beklagte über das Nießbrauchrecht, dessen Schutz er mit der Beseitigungsklage geltend macht, noch gar nicht verfügte und schon insoweit von einem Vertretenmüssen der Kläger keine Rede sein kann. Weiter begründet der Abschluss eines Kaufvertrags über eine Immobilie keine Erkundigungspflicht des Käufers über Existenz und Rechtmäßigkeit eines Überbaus, der den Rechtskreis des Nachbarn stört. Das einzige in dem Fall feststellbare Verschulden liegt in der arglistigen Täuschung des Verkäufers.

Der Bundesgerichtshof hält den Klägern weiter vor, die Beseitigungspflicht durch Weiterzahlung der von Z geschuldeten Miete bzw. der Annahme des Angebots des Beklagten, in den Mietvertrag einzutreten, nicht vermieden zu haben. Die Kläger traf indes keine Pflicht, die durch den Überbau vermittelte Inanspruchnahme des Nutzungsrechts an der überbauten Teilfläche gerade durch Abschluss eines Mietvertrages zu rechtfertigen. Die Kläger waren nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, den Eingriff in den Rechtskreis des Nießbrauchinhabers zu beenden. Der Kern der in § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB getroffenen Zweckmäßigkeitsentscheidung besteht gerade darin, den Störer über die Art und Weise der Beendigung seiner Rechtsusurpation, also den Rückzug in seinen eigenen Rechtskreis, entscheiden zu lassen. Dem in seinem Recht Verletzten wird es nach dem Gesetz verwehrt, die Verwirklichung seines Rechts selbst in die Hand zu nehmen, weil er dann selbst in den eigenen Rechtskreis des Störers übergreifen müsste. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs erweist sich damit als eine vom Anspruchsgrund entkoppelte "Bewertung" des Verhaltens der Kläger.⁷² Die Bestimmung der Opfergrenze des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB wurde damit verfehlt.

dd) Ausschluss eines verschuldensunabhängigen Aufopferungsanspruchs gem. § 275 Abs. 4 BGB

Der Bundesgerichtshof hat sich in der Entscheidung nicht dazu geäußert, ob und auf welcher Grundlage im Falle der Unzumutbarkeit der Beseitigung dem gestörten Eigentümer ein Aufopferungsanspruch zugewiesen ist. Nach *Canaris* ist eine Entschädigung auf Grundlage des § 251 Abs. 2 BGB zu gewähren. Der Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB als den Inhalt des Schadensersatzes bestimmende Norm stünde jedoch nicht nur die folgende Denaturierung des Beseitigungsanspruchs entgegen. Gem. § 275 Abs. 4 BGB bestimmen sich die Rechte des Gläubigers im Falle der Unmöglichkeit nach dem §§ 280, 283, 311a und 326 BGB. Ein verschuldensunabhängiger Aufopferungsanspruch wird gerade nicht benannt.

⁶⁸ Picker, AcP 176 (1976), 28 (49 ff.); ders. (Fn. 59),
S. 657 f.; Lobinger, JuS 1997, 981 (983); Wilhelm (Fn. 13),
Rn. 69 u. 1380; Gursky (Fn. 13), § 1004 Rn. 10; Buchholz/Radke, Jura 1997, 454 (461); Katzenstein, ZGS 2005,
424 (428).

⁶⁹ Picker (Fn. 59), S. 663 ff.; Medicus (Fn. 8), § 1004 Rn. 79; Gursky (Fn. 13), § 1004 Rn. 156; Münch (Fn. 39), § 1004 Rn. 312; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1406; vgl. auch Mühl, AcP 176 (1976), 396 (401).

⁷⁰ Baur, in: Baur/Stürner, 17. Aufl. 1999, § 12 Rn. 21; Picker, AcP 176 (1976), 28 (53 ff.); ders. (Fn. 59), S. 691 ff.; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1406; Medicus (Fn. 8), § 1004 Rn. 79; Münch (Fn. 39), § 1004 Rn. 312; Gursky (Fn. 13), § 1004 Rn. 156 m. umf. Nachw. auch der Gegenauffassung, vgl. hierfür etwa nur Grunsky, AcP 183 (1983), 209 (211); Larenz/Canaris (Fn. 7), § 86 VI 2 a (S. 701 f); Lettl, JuS 2005, 871 (877).

⁷¹ Auch nach *Canaris*, JZ 2004, 214 (224), der die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 BGB grundsätzlich bejaht, kommt das Kriterium des Vertretenmüssens noch weniger als Befreiungstatbestand in Betracht als im Rahmen eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs.

⁷² Nach *Gsell*, LMK 2008, 266937 zeigt die Entscheidungsbegründung, dass "§ 275 auf dingliche Ansprüche nicht recht passt".

⁷³ Canaris, JZ 2004, 214 (224 Fn. 109).

⁷⁴ Aus diesem Grunde an der Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB zweifelnd *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 72.

Medicus will zu einem Aufopferungsanspruch über das in § 275 Abs. 2 BGB erwähnte Merkmal von Treu und Glauben gelangen. Te Zu gewärtigen ist, dass im Falle von rechtsgeschäftlichen Leistungspflichten keine verschuldensunabhängige Geldkompensation stattfindet, wenn der Anspruch infolge der Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen ist. Aus Treu und Glauben allein kann daher schwerlich die Legitimation eines Aufopferungsanspruchs folgen, insbesondere wenn § 275 Abs. 4 BGB die Rechtsbehelfe des Gläubigers für den Fall der Unmöglichkeit ausdrücklich ausführt.

In der Sache ist die Zuweisung eines Aufopferungsanspruchs zugunsten des gestörten Eigentümers bei Ausschluss des Beseitigungsanspruchs nicht zweifelhaft. Andernfalls würde der Eigentümer aufgrund der verwehrten Verteidigungsmacht das zugewiesene Herrschaftsrecht schlicht verlieren. Für die Fundierung des Aufopferungsanspruchs ist allerdings weder das Unmöglichkeits- noch das Schadensersatzrecht, sondern allein die in den §§ 903 ff. kodifizierte Eigentumsordnung des BGB der passende Ort. Aus diesem Grunde ist aber auch die Grenze des Beseitigungsanspruchs nicht über § 275 Abs. 2 BGB zu bestimmen, weil der Aufopferungsanspruch mit dem Ausschluss des Beseitigungsanspruchs in untrennbaren Zusammenhang steht (vgl. nur §§ 906 Abs. 2 S. 2, 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB).

ee) Nichtgeltung des § 275 Abs. 2 BGB im Schadensersatzund Bereicherungsrecht als weitere systematische Abstützung § 275 Abs. 2 BGB findet auch in den übrigen gesetzlichen Haftungssystemen des Schadensersatz- und Bereicherungsrechts keine Anwendung. Das Schadensersatzrecht enthält keine Opfergrenze, bei deren Überschreiten der Schadensersatzanspruch gänzlich oder teilweise ausgeschlossen wäre. In den §§ 249 ff. BGB ist das Prinzip der Totalreparation verwirklicht: Der zum Schadensersatz Verpflichtete hat alle Schäden unabhängig von dem Grad seines Verschuldens oder seiner Vermögensverhältnisse zu ersetzen. ⁷⁹ In markantem Gegensatz zu § 275 BGB hebt § 251 BGB die Schadensersatzpflicht nicht auf, sondern überführt den auf Naturalrestitution gerichteten Anspruch in eine Geldkompensation, die die grundsätzlich gleichwertige Befriedigungsform für den Geschädigten darstellt.⁸⁰

Das Bereicherungsrecht wird inhaltlich determiniert durch seine Abschöpfungsfunktion und erweist sich insoweit als eine Haftung für ein "rechtswidriges Haben". 81 Der Bereicherungsschuldner hat die in seinem Vermögen vorhandene Bereicherung herauszugeben, ist aber etwa im Falle ihres Verlustes nicht zur Wiederbeschaffung verpflichtet.⁸² Vielmehr realisiert die Wertersatzpflicht gem. § 818 Abs. 2, Abs. 3 BGB die allein auf Abschöpfung gerichtete Bereicherungshaftung. Weil der Aufwand des Bereicherungsschuldners durch seine auf die Auskehr der Bereicherung beschränkte Herausgabeverpflichtung inhaltlich durch das Gesetz determiniert ist, ist die von § 275 Abs. 2 BGB verlangte Abwägung zwischen Leistungsaufwand und Leistungsinteresse im Bereicherungsrecht ohne Gegenstand. 83 Die bereicherungsrechtliche Auskehrhaftung wegen rechtswidrigen Habens greift mithin im markanten Gegensatz zur Schadensersatzhaftung nicht in das dem Bereicherungsschuldner rechtlich zugeordnete Vermögen ein.⁸⁴ Die Herausgabeunmöglichkeit iSv. § 818 Abs. 2 BGB ist durch die Abschöpfungsfunktion des Bereicherungsrechts zu determinieren, nicht aber durch § 275 Abs. 2 BGB in eine Restitutionspflicht zu deformieren. Aus diesem Grunde ist auch der ganz herrschenden Meinung im Ergebnis darin zu folgen, dass die Herausgabeverpflichtung keine Bringschuld begründet, sondern die Bereicherung an dem Ort herauszugeben ist, an dem sie sich zum Zeitpunkt des Eintritts der verschärften Haftung befindet.85

Die Nichtgeltung des § 275 Abs. 2 BGB für den negatorischen Beseitigungsanspruchs findet somit eine systematische

⁷⁵ *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 80.

⁷⁶ Vgl. nur *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 85 II 4 a (S. 661); *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 155; *Gsell*, LMK 2008, 266937.

[&]quot;Gsell, LMK 2008, 266937 spricht von "partieller Enteignung".

⁷⁸ Vgl. *Gsell*, LMK 2008, 266937.

⁷⁹ Motive bei Mugdan II, S. 10: "Das Prinzip ist, daß die positive Vermögenseinbuße und der entgangene Gewinn zu ersetzen sind, daß also unter der Schadensersatzpflicht durchgehends die Verpflichtung zur Leistung des ganzen Interesses zu verstehen ist. Der Entw. verwirft hiermit die für die Fälle, wo jene Pflicht in einem Verschulden des Verpflichteten begründet ist, in mehreren Kodifikationen (...) aufgestellte Abstufung des Umfanges der Schadensersatzpflicht je nach der Art oder dem Grade des Verschuldens." Zum Prinzip der Totalreparation vgl. nur *Teichmann* (Fn. 60), Vor §§ 249 – 253 Rn. 2; *Schiemann* (Fn. 60), § 249 Rn. 1. Zur rechtspolitischen Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Totalreparation zuletzt *Wagner*, Gutachten 66. DJT, A 21 f.

⁸⁰ Lobinger (Fn. 2), S. 62; Gsell, LMK 2008, 266937; Wilhelm, JZ 2001, 861 (866 f.); vgl. weiter die unter Fn. 62 Genannten.

⁸¹ Vgl. nur *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 67 I 1 a (S. 128); *Canaris*, NJW 1991, 2513; *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 98 ff.; *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 812 Rn. 1.

⁸² Ganz herrschende Meinung, vgl. nur RGZ 56, 383 (387); BGHZ 112, 376 (380); 168, 220 (232); *Canaris*, NJW 1991, 2513; *Lieb* (Fn. 81), § 818 Rn. 33; *St. Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2007, § 818 Rn. 21; für eine Pflicht zur Wahrnehmung von Möglichkeiten zur Wiederbeschaffung dagegen *Reuter*, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 369 (378).

⁸³ S. etwa *St. Lorenz* (Fn. 82), § 818 Rn. 21.

 ⁸⁴ Vgl. nur BGHZ 68, 90 (94); *Canaris*, NJW 1993, 2513 (2519); *Frieser*, Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung, 1987, S. 37 f., 56 ff.

⁸⁵ RGZ 96, 345 (347); *Wendehorst* in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 01.10.2007, § 812 Rn. 280; *St. Lorenz* (Fn. 82), § 818 Rn. 9a.

Abstützung durch den Vergleich mit den Haftungssystemen des Schadensersatz- und Bereicherungsrechts, in denen das Unmöglichkeitsrecht ebenfalls keine Anwendung findet. Das Unmöglichkeitsrecht kennzeichnet primär die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, bestimmt also den Inhalt der dem Gläubiger vertraglich eingeräumten Rechtsposition. 86

ff) Grenzenlosigkeit des negatorischen Beseitigungsanspruchs als Konsequenz des Schutzes der rechtlichen Integrität des Eigentums

§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB realisiert das ohne Befugnis in Anspruch genommene Herrschaftsrecht des Eigentümers. Der negatorische Beseitigungsanspruch ist als "Eigentumsfreiheitsanspruch" grenzenlos zu erfassen. 87 Ist der Inhalt des Eigentums unter Zugrundelegung der §§ 903 ff. BGB ermittelt⁸⁸ und damit die Herrschaftsposition des Eigentümers als Substanzrecht beschrieben, so folgt notwendig die Anerkennung des negatorischen Rechtsschutzes, die das Eigentumsrecht zur Geltung bringt. Den negatorischen Rechtsschutz auszuschließen bedeutet, die Eigentumsposition nicht anzuerkennen. Das BGB hat sich mit dem negatorischen Beseitigungsanspruch im Grundsatz gegen eine Eigentumsordnung entschieden, die auf dem Prinzip des "Dulde und Liquidiere" beruht. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gewährt den negatorischen Beseitigungsanspruch abwägungsfrei zur umfassenden Sicherung der rechtlichen Integrität des Eigentums und damit zur Gewährleistung des Herrschaftsrechts des Eigentümers.

Gerade in der Folge des Ausschlusses des negatorischen Beseitigungsanspruchs manifestiert sich die kategorial andersartige Funktion dieses Schutzsystems gegenüber der Schadensersatzhaftung. Für den Inhalt der Schadensersatzhaftung macht es in der Sache keinen Unterschied, ob der Schaden des Inhabers des verletzten Rechts durch Naturalrestitution oder eine Entschädigung in Geld ausgeglichen wird. Wird hingegen der die rechtliche Integrität des Eigentums schützende negatorische Beseitigungsanspruch verwehrt, kann also der Eigentümer den Störer nicht aus seinem Rechtskreis verdrängen, so verliert der Eigentümer die ihm zugewiesene Herrschaftsmacht. Aus diesem Grunde ist die im Rahmen der Schadensersatzhaftung gem. § 251 Abs. 2 BGB durchzuführende Abwägung nicht über § 275 Abs. 2 BGB in das negatorische Schutzsystem zu verlängern.

b) Beschränkung der negatorischen Beseitigungspflicht im krassen Ausnahmefall

Die Beschränkung der negatorischen Verteidigungsmacht des Eigentümers ist außerhalb des Bereichs der nach § 226 BGB unzulässigen Schikane in ganz außergewöhnlichen Fällen denkbar, in denen die negatorische Beseitigungspflicht aufgrund der besonderen Lage der Dinge ihrem Inhalte nach in eine Verletzung des Rechtskreises des "Störers" umschlagen würde. Beseitigungshaften um Kollisionen von Eigentumssphären, die durch die negatorische Beseitigungshaftung aufgrund der besonders gelagerten Situation nicht aufzulösen sind, weil die Beseitigungsverpflichtung zu einer nicht hinnehmbaren Inanspruchnahme des Eigentumsrechts des "Störers" führte. Aus der Beschränkung des Herrschaftsrechts des Eigentümers im krassen Ausnahmefall folgt die Kompensationspflicht des Störers nach Aufopferungsgrundsätzen, die in Analogie zu §§ 912 ff., 917 f. BGB durch eine Rentenzahlungspflicht für die fortdauernde Inanspruchnahme des Grundstücks zu erfüllen ist.

Das Problem der Beschränkung der negatorischen Beseitigungshaftung ist zu erfassen auf der vorgelagerten Ebene der Inhaltsbestimmung des Eigentums. ⁹² Vor dem Hintergrund der Situationsgebundenheit und der Umweltbezogenheit des Eigentums geht es um die Konturierung der Rechtspositionen der jeweiligen Eigentümer auf der Grundlage der §§ 903 BGB ff. unter besonderer Berücksichtigung der materialen Gründe für die in den §§ 904, 906 Abs. 2, 912, 917 BGB angeordneten Duldungspflichten.

V. Fazit

Der Bundesgerichtshof hat die negatorische Beseitigungshaftung der Kläger überschießend als Verpflichtung zum Abbruch des Überbaus konkretisiert. Die Kläger konnten ihre rechtsusurpierende Stellung durch den baulichen Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstücks aufgeben.

Der negatorische Beseitigungsanspruch ist als notwendige Verteidigungsmacht des Eigentümers zum Schutz der rechtlichen Integrität der ihm zugeordneten Herrschaftsposition grenzenlos zu erfassen. Die negatorische Beseitigungshaftung ist in dieser kategorial andersartigen Schutzfunktion gegenüber dem schadensersatzrechtlichen Haftungssystem zu entfalten. § 275 Abs. 2 BGB ist auf den negatorischen Beseiti-

⁸⁶ Lobinger (Fn. 2), S. 168.

⁸⁷ Picker (Fn. 59), S. 692.

⁸⁸ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die von der Rechtsprechung in besonderen Ausnahmefällen erwogene Konkretisierung des Inhalts des Eigentums über das "nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis", vgl. BGHZ 88, 344 (351); BGHZ 113, 384 (389); BGH WM 2001, 1299 (3101).

⁸⁹ Picker (Fn. 59), S. 693.

⁹⁰ Für die Beschränkung des negatorischen Beseitigungsanspruchs auf einen Extremfall auch *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 156: "in ganz extremen Situationen"; *Münch* (Fn. 39), § 1004 Rn. 312: "wenige, besondere Ausnahmefälle".

⁹¹ Die Rentenverpflichtung ist dinglich aus dem "störenden" Grundstück zu realisieren, vgl. hierzu eingehend *Picker*, AcP 176 (1976), 28 (66 ff.); *ders.* (Fn. 59), S. 695 f.; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 156.

S. auch die Umschreibung der Fallgestaltung im Kontext von Grundstücksbeeinträchtigungen bei *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1395 Fn. 2303: "Es muss sich um eine Beeinträchtigung des anderen Grundstücks handeln, die nach Abwägung der beteiligten Eigentumsinteressen, (...), dem beeinträchtigten Eigentümer insofern zuzumuten ist, als (...) die Beeinträchtigung im Großen und Ganzen noch der Ausübung des Eigentums, von dem die Störung ausgeht, einzuordnen und der Verzicht auf diese "Ausübung" dem Störer unzumutbar ist."

gungsanspruch nicht anzuwenden. Für den durch § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gewährleisteten Schutz der rechtlichen Integrität des Eigentums spielt insbesondere das in § 275 Abs. 2 S. 2 BGB benannte Verschuldenskriterium keine Rolle.

Wiss. Mit. Ulrich Korth, Heidelberg

Entscheidungsbesprechung

Folgerichtiger Nichtraucherschutz: Von Verfassungs wegen keine halben Sachen?

- 1. Entscheidet sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für ein Konzept des Nichtraucherschutzes in Gaststätten, das den Gesundheitsschutz im Ausgleich insbesondere mit der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber verfolgt, so müssen Ausnahmen vom Rauchverbot derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten hier die getränkegeprägte Kleingastronomie miterfassen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden.
- 2. Es stellt einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss dar, wenn gesetzlich in Gaststätten zugelassene Raucherräume in Diskotheken untersagt sind (amtliche Leitsätze).

GG Art. 3, 12, 14; BVerfGG § 35; LNRSchG BW § 7; BerlNRSG § 2

BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 402/08 u. 906/08*

I. Hintergrund und Bedeutung der Entscheidung

Am 30.7.2008 hat das BVerfG mit Urteil des Ersten Senats zur schon seit längerem umstrittenen Frage Stellung genommen, ob und inwieweit gesetzliche Rauchverbote in Gaststätten verfassungsrechtlich zulässig sind. Ganz im Vordergrund standen dabei materiellrechtliche, namentlich grundrechtliche Fragen, während die ebenfalls schon lange diskutierte Kompetenzfrage, ob derartige Rauchverbote in die Zuständigkeit des Bundes oder aber der Landesgesetzgeber fallen, hier nur am Rande² eine Rolle spielte. Dies lag wesentlich daran, dass

die fraglichen, durch Verfassungsbeschwerden betroffener Gastwirte zur Überprüfung gestellten Vorschriften solche des Landesrechts waren und sich daher die schwierige Frage einer Bundeskompetenz für ein umfassendes Rauchverbot, das insbesondere auch Gaststätten einbezieht, nicht stellte. Alle Landesgesetzgeber haben seit August 2007 derartige Nichtraucherschutzgesetze – betreffend Landeseinrichtungen, Gaststätten und sonstige öffentliche Einrichtungen - erlassen,³ nachdem der Bund das Vorhaben einer umfassenden bundesgesetzlichen Regelung wegen der erwähnten kompetenzrechtlichen Bedenken aufgegeben und sich im neuen BNichtRSchG vom 1.9.2007 auf das Rauchverbot in Bundeseinrichtungen beschränkt hatte. Das Urteil des BVerfG ist bemerkenswert, weil es grundrechtsdogmatische Thesen formuliert, die ebenso innovativ und grundsätzlich wie sachlich zweifelhaft sind. Dementsprechend ist auch das Ergebnis schon auf den ersten Blick durchaus erstaunlich: Obwohl ein totales Rauchverbot für alle Gaststätten nach Ansicht der Richtermehrheit verfassungsrechtlich zulässig wäre, soll dies bei den differenzierten Regelungen der geprüften Landesgesetze nicht der Fall sein, insofern diese Regelungen zwar bei größeren Etablissements abgetrennte Raucherräume zulassen, kleine Eckkneipen ("Einraumgaststätten"), bei denen keine Möglichkeit der Einrichtung separater Raucherräume besteht, jedoch mit dem Rauchverbot strikt treffen. Die dieses Ergebnis tragende Begründung hat auch im Senat nicht alle Richter überzeugt, vielmehr zu deutlichem Widerspruch in den Sondervoten der Richter Bryde und Masing geführt. Die bis in das Senatskollegium hinein führende Umstrittenheit der Entscheidung sowie die Grundsätzlichkeit des Dissenses lassen es aus Sicht des Examenskandidaten allemal geraten erscheinen, sich mit den wichtigsten Aspekten des Falles vertraut zu machen.

II. Die Entscheidung: Sachverhalt und Gründe

Gegenstand der rechtlichen Überprüfung waren badenwürttembergische und berlinische Vorschriften in den jeweils neu erlassenen Nichtraucherschutzgesetzen über ein Rauchverbot in Gaststätten. Diese Vorschriften normieren zunächst ein striktes Rauchverbot, von dem nur Bier-, Wein- und Festzelte ausgenommen sind. Sodann durchbrechen die Regelun-

vor, nach der betriebliche Rauchverbote nur verlangt werden können, wenn dies nach der Natur des Betriebes möglich ist – was bei Gaststätten nach der ratio dieser Norm nicht anzunehmen wäre. Das BVerfG rettet die Landesregelung mit einer verfassungskonformen Auslegung: Die problematische Bestimmung über die Vermeidung von Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen ist Kompetenzkonflikt vermeidend so zu interpretieren, dass sie überhaupt nur die Räumlichkeiten außerhalb der Raucherräume erfasst, also nicht das Bedienpersonal in den Raucherräumen und damit den (bundesrechtlich abschließend geregelten) Arbeitsschutz betrifft.

³ Vgl. dazu *Zimmermann*, NVwZ 2008, 705 ff.; zum NiSchG NW *Breitkopf/Stollmann*, NWVBI 2008, 125 ff.; zum NRauchSchG TH *Horsch*, ThürVBI 2008, 145 ff.; zum LNRSchG BW *Pöltl*, VBIBW 208, 5 ff.; zum bayerischen GesSchG *Rode*, GewArch 2008, 156 ff.

^{*} DVBl 2008, 1110. Die Entscheidung findet sich auch auf der Homepage des BVerfG: www.bverfg.de und bei juris.

der Föderalismusreform (Rückgabe der Kompetenz für das Gaststättenrecht an die Länder, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) – Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657 ff.; Siekmann, NJW 2006, 3382 ff.; Wendtlandt, DÖV 2007, 647 ff.; früher schon Ossenbühl/Cornils, Hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass eines Nichtraucherschutzgesetzes?, 1994.

² Im Genaueren: Zweifelhaft war, ob die Landesregelung (zumal des berlinischen NRSG) nicht insofern wegen Verstoßes gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG nichtig ist, als sie dem Normtext nach voraussetzt, dass die Einrichtung von Raucherräumen nur in Betracht kommt, wenn Passivrauch-Gefährdungen schlechthin, d.h. also auch gegenüber dem Bedienpersonal, vermieden werden (§ 4 Abs. 5 BerlNRSG). Eine solche Regelung würde mit der vom Bund in der Arbeitsstättenverordnung in Anspruch genommenen Kompetenz für den Arbeitsschutz kollidieren: Die Bundes-Verordnung sieht nur eine viel weichere Regelung

gen das strikte Rauchverbot insofern, als sie in vollständig abgetrennten und als Raucherräumen gekennzeichneten Nebenräumen das Rauchen zulassen. Für Diskotheken freilich wird diese Möglichkeit wieder (rück-)ausgeschlossen. Verfassungsbeschwerdeführer waren Betreiber von Einraumkneipen sowie ein Diskothekenbetreiber, die jeweils erhebliche, bei den kleinen Kneipen sogar Existenz gefährdende Absatzeinbußen infolge des sie unentrinnbar treffenden Rauchverbots plausibel machen konnten. Gerade die Eckkneipen sind durch das Rauchverbot besonders betroffen, weil die typische Kundschaft dieser Art von Gaststätten zu einem weit überwiegenden Teil aus rauchenden Stammgästen besteht, die neben dem Alkoholkonsum das Rauchen in den Mittelpunkt ihres geselligen Beisammenseins in den Stammkneipen stellen.

Das BVerfG prüft die Regelungen über das Rauchverbot, soweit die Einraumkneipen betroffen sind, am Maßstab des Grundrechts der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG. Art. 14 GG soll demgegenüber zurücktreten, da es im Schwerpunkt nicht um die Nutzung des Hausrechts gehe, sondern um die "Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Gastwirts". Da die Regelungen sich nicht nur an die Gäste richten und diesen gegenüber ein Rauchverbot aussprechen, sondern daneben auch die Wirte hinsichtlich der Durchsetzung dieses Verbots in Pflicht nehmen (mit⁴ oder ohne⁵ Bußgeldbewehrung), ist der Eingriff in das Grundrecht (und nicht nur eine faktisch-mittelbare Beeinträchtigung oder gar nur ein grundrechtsirrelevanter "Reflex")⁶ ohne weiteres zu bejahen. Dass ein Rauchverbot geeignet ist, das verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 2 GG stark fundierte Anliegen des Gesundheitsschutzes der Nichtraucher zu fördern, steht außer Frage. Um den (paternalistischen) Schutz der Raucher vor sich selbst geht es den Gesetzen, dass ist wichtig zu erkennen, nicht. Eine solche Bevormundung wäre auch vor dem Hintergrund, dass das Rauchen selbst unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) grundrechtlich geschützt ist, verfassungsrechtlich schwerlich zulässig. Schonendere Alternativen des Nichtraucherschutzes, etwa eine freiwillige Selbstverpflichtung der Gastwirte, haben sich in der Vergangenheit jedenfalls als

⁴ So in Berlin, § 7 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BerlNRSG.

nicht gleichermaßen effektiv erwiesen. Die grundrechtlichen Würfel fallen also unter dem Aspekt der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Und hier trifft die Senatsmehrheit zwei bemerkenswerte Aussagen. Zum einen wird festgeschrieben, dass auch ein totales, ausnahmslos geltendes Rauchverbot in Gaststätten wegen des überragenden Gewichts des Gesundheits- und Lebensschutzes der Nichtraucher noch als verhältnismäßig hätte beurteilt werden können. Anders sei dies jedoch, und das ist die zweite Aussage, mit den hier in Rede stehenden Regelungen. Indem der Gesetzgeber mit der Zulassung von Raucherräumen Ausnahmen vom Rauchverbot vorgesehen habe, habe er dem Gesundheitsschutz selbst kein unbedingt vorrangiges, höchstes Gewicht zugemessen, sich vielmehr für ein Schutzkonzept entschieden, welches nur ein geringeres Maß an Gesundheitsschutz verfolge. Diese gesetzgeberische Entscheidung habe aber Rückwirkungen auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Regelung gegenüber den besonders hart betroffenen Betreibern von Gaststätten, bei denen die Einrichtung von Raucherräumen unmöglich sei. Ihnen gegenüber könne die massive, bis hin zur Betriebsaufgabe reichende Einschränkung der Berufsfreiheit nicht mehr als zumutbar angesehen werden,8 wenn doch der Gesetzgeber selbst dem Einschränkungsgrund des Gesundheitsschutzes in der grundrechtlichen Abwägung nur ein schwächeres Gewicht zugewiesen habe. Habe sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums bei der Einschätzung eines Gefahrenpotenzials zu einer bestimmten Bewertung der betroffenen Interessen entschlossen und danach ein bestimmtes Regelungskonzept gewählt, so müsse er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen seien "nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen werde." Im Ergebnis wird die differenzierte Regelung der Landesgesetzgeber also als grundrechtswidrig beanstandet. Freilich führt dies nicht zur Nichtig-, sondern nur zur Unvereinbarkeitserklärung, da es Sache des Gesetzgebers sei, die Regelung entweder als totales Rauchverbot ohne jede Ausnahme neu auszugestalten oder bei aufrecht erhaltener Ausnahme der Raucherräume auch die Einraumkneipen von dem Rauchverbot auszunehmen. Allerdings greift das BVerfG zum Mittel einer auf § 35 BVerfGG gestützten Zwischenregelung und befreit die Kleingastronomie (weniger als 75 m²) kraft Richterspruchs bis zur gesetzlichen Neuregelung von dem Rauchverbot.

Hinsichtlich der Diskotheken zieht das BVerfG den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, als Maßstab heran. Insofern diagnostizieren die Richter eine durch ausreichend tragfähige sachliche Gründe nicht gerechtfertigte Be-

⁵ So in B-W, § 8 Abs. 2 LNRSchG. Der Verzicht auf die Bußgeldbewehrung ändert am Eingriffscharakter nichts; das BVerfG verweist zur Begründung der Rechtserheblichkeit der Verpflichtung der Gastwirte auch ohne Bußgeldsanktionen noch ergänzend darauf, dass Verstöße gegen diese Verpflichtung zur gaststättenrechtlichen Unzuverlässigkeit und damit am Ende sogar zur Aufhebung der Gaststättenerlaubnis führen können, mithin sehr wohl auch rechtlich mittelbar sanktioniert sind.

⁶ Siehe zu diesen Kategorien in der seit den Entscheidungen "Osho" (BVerfGE 105, 279) und "Glykol" (BVerfGE 105, 252) neu konzipierten Eingriffsdogmatik des Ersten Senats zusammenfassend BVerfGE 116, 202, (82) – Tariftreue.

⁷ Vom BVerfG verwertete Zahl des Deutschen Krebsforschungszentrums: mindestens 3300 durch Passivrauchen verursachte Sterbefälle in Deutschland jährlich.

⁸ Schon der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof (NVwZ 2008, 552) und der sächsische Verfassungsgerichtshof (Beschl. v. 27.3.2008, Vf. 25-IV-08, juris) hatten die jeweiligen landesrechtlichen Verbotsregelungen durch einstweilige Anordnungen zugunsten der Kleingaststättenbetreiber ausgesetzt – freilich nur im Ergebnis einer Folgenabschätzung, nicht einer verfassungsrechtlichen Entscheidung der Grundrechtsfrage.

nachteiligung der Diskotheken, indem diesen die Möglichkeit der Einrichtung von Raucherräumen versagt bleibt. Der geltend gemachte Grund besonders hoher Schadstoffkonzentrationen in Diskotheken könne jedenfalls dann nicht zutreffen, wenn die Raucherräume von den Nichtraucherräumen hinreichend abgetrennt seien. Und das Argument, angesichts der überwiegend jugendlichen Klientel in Diskotheken müsse das Rauchverbot strikt gehalten sein, um Nachahm- und Nachfolgeeffekte der nichtrauchenden Jugendlichen in ihren Cliquen zu vermeiden, könne jedenfalls für diejenigen Diskotheken, in denen der Zutritt nur Erwachsenen offen stehe, nicht überzeugen. Auch hier erklärt das BVerfG das die Diskotheken betreffende Verbot der Landesgesetze für unvereinbar und ordnet übergangsweise an, dass der Ausschluss der Möglichkeit der Einrichtung von Raucherräumen nur für diejenigen Diskotheken gelten könne, zu denen Jugendliche unter 18 Jahren Zutritt haben.

III. Kritik

Die Entscheidung ist in ihren Gründen und auch im Ergebnis in mehrfacher, von den Sondervoten scharfsinnig erfasster Hinsicht problematisch.⁹

1. Unschlüssigkeit der These vom abgesenkten Schutzniveau

Dies betrifft zum einen die für die Entscheidung tragende Annahme, der Gesetzgeber habe mit der Zulassung von Raucherräumen das Schutzgut Leben und Gesundheit in seiner Bedeutung niedriger bewertet, sich also zu weniger striktem Nichtraucherschutz entschlossen. Beide Sondervoten weisen zu Recht daraufhin, dass dies schlicht nicht zutrifft. Wenn es, und das ist gemeinsame Prämisse aller Richter und auch des Gesetzgebers, nur um den Gesundheitsschutz der Nichtraucher geht (der Schutz der Beschäftigten in Gaststätten ist schon aus Kompetenzgründen ausgeschlossen, weil insoweit der Bundesgesetzgeber eine arbeitsschutzrechtliche, erschöpfende Regelung getroffen hat), wird dieser durch die Zulassung von Raucherräumen, durch deren Einrichtung Nichtraucher von dem Tabakrauch abgeschirmt werden, gerade nicht abgesenkt. Das differenzierte Konzept der Gesetzgeber macht beim Gesundheitsschutz der Nichtraucher keineswegs Abstriche, lässt aber gleichzeitig der Freiheit der Raucher, Art. 2 Abs. 1 GG, (und parallel der berufsfreiheitsrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit der Gastwirte) dort im wahrsten Sinne des Wortes Raum, wo die gesundheitliche Integrität der Nichtraucher nicht berührt wird. Es verwirklicht also in grundrechtsschonender Weise eine Koexistenz beider grundrechtsberechtigten Betroffenengruppen unter einem Dach, aber in getrennten Räumen, ein "freiheitsbestimmtes Nebeneinander von Rauchern und Nichtrauchern" (Sondervotum Masing). Soweit das BVerfG behauptet, es komme bei einer solchen Koexistenz (also bei der Raucherraumeben doch zu gewissen Regelung) Passivrauch-Beeinträchtigungen der Nichtraucher (und deswegen zu einer gesetzgeberisch in Kauf genommenen Absenkung des Schutzniveaus), steht diese Behauptung schon in tatsächlicher Hinsicht auf ganz dünnem Eis. Jedenfalls aber wäre die Begründung eines Schutzes der Nichtraucher auch noch davor, dass sie sich mit den Rauchern in die Raucherräume begeben, hochgradig paternalistisch (Schutz vor den Folgen der eigenen, freien Entscheidung) und deswegen verfassungsrechtlich nicht geeignet, die Grundrechte der Raucher und Gastwirte so massiv einzuschränken. Dieses Argument spricht im Übrigen auch gegen die obiter dictu¹⁰ von der Senatsmehrheit abgesegnete Gesetzgebungsoption, das Rauchen in Gaststätten ausnahmslos zu verbieten (Totalverbot). Eine solche Lösung würde gerade keine praktische Konkordanz der betroffenen Grundrechte verwirklichen, sondern einen absoluten Vorrang des Gesundheitsschutzes der Nichtraucher unabhängig von deren Entscheidung und gegebenenfalls sogar gegen deren eigenen Willen behaupten: Es mag auch Nichtraucher geben, die es sogar schätzen, in Gaststätten die Geselligkeit mit rauchenden Rauchern zu pflegen. Gegen die angebliche Unverhältnismäßigkeit der differenzierenden Regelung ist also festzuhalten: Wenn nach der (fragwürdigen) Auffassung der Senatsmehrheit ein totales Rauchverbot die Eckkneipiers nicht in ihrer Berufsfreiheit verletzt, dann vermag dies auch eine Regelung nicht, die Raucherräume zulässt, da die in beiden Fällen gleich hohe Bedeutung des Gesundheitsschutzes der Nichtraucher die schwer wiegende Beschränkung der Berufsfreiheit gleichermaßen rechtfertigt. Nicht die landesrechtliche Regelung, sondern die Begründung der Senatsmehrheit ist also unschlüssig.

2. Legislatorische Definition des Grundrechtsschutzes?

Grundsätzlichen Einwänden ist auch die Vorstellung der Senatsmehrheit ausgesetzt, der Gesetzgeber habe es in der Hand, die grundrechtliche Wertigkeit von Grundrechtsgütern

⁹ Zustimmend hingegen *Bulla*, ZJS 2008, 585 (in dieser Ausgabe).

¹⁰ Masing wirft der Senatsmehrheit vor, die Verfassungsbeschwerden hätten die Ausführungen zur Zulässigkeit eines totalen Rauchverbots in keiner Weise veranlasst; es liege in diesen Ausführungen ein unzulässiger Übergriff in die Gesetzgebungspolitik. Ob dies vom Standpunkt der Begründung der Senatsmehrheit aus zutrifft, erscheint indes nicht ganz sicher: Erstens kam es im Begründungskonzept der Mehrheit ja tragend auf die legislatorisch intendierte Absenkung des Schutzniveaus an. Von diesem Ansatz aus lag es schon nahe auszuführen, dass sich der durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewährte Schutz der Einraumgaststätten-Wirte nicht schlechthin und unmittelbar schon aus der Verfassung (Art. 12 Abs. 1 GG) ergab, sondern erst aus der Selbstbindung des Gesetzgebers. Freilich hätten es die Richter hier wohl auch dabei bewenden lassen können, die Frage, ob ein totales Rauchverbot zulässig wäre, offen zu lassen. Zweitens spielt die Option eines totalen Rauchverbots aber für die Begründung der prozessualen Unvereinbarkeitserklärung eine tragende Rolle: Die Feststellung, die Nichtigerklärung scheide aus, weil der Gesetzgeber auch ein totales Rauchverbot wählen könne, ist sinnvoll nur möglich, wenn diese Regelungsoption als verfassungsrechtlich zulässige ausgewiesen werden kann.

(hier: Leben und Gesundheit, Art. 2 Abs. 2 GG) selbst zu bemessen mit der Folge, dass sich die Gewichte in der verfassungsrechtlichen Abwägung auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung (hier mit der Handlungsfreiheit der Raucher, Art. 2 Abs. 1 GG und der Berufsfreiheit der Gastwirte, Art. 12 Abs. 1 GG) veränderten. Art. 1 Abs. 3 GG unterwirft den Gesetzgeber wie alle Staatsgewalt der Bindung an die Grundrechte und die diesen eigenen Rechtfertigungsanforderungen der Verhältnismäßigkeit. Damit ist es nicht vereinbar, dass der Gesetzgeber selbst über die relativen Gewichte der Grundrechtsgüter und damit des Grundrechtsschutzes im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung befindet. Inhalt und Gewicht betroffener Grundrechte sind aus der Verfassung heraus zu bestimmen, nicht nach Maßgabe der Entscheidung des Gesetzgebers.

3. Folgerichtigkeit als Gleichheitsforderung

Dies bedeutet nicht, dass innere Konsistenz und Widerspruchsfreiheit, eben "Folgerichtigkeit" gesetzgeberischer Entscheidungen ohne verfassungsrechtliche Bedeutung wären. Jedoch ergeben sich verfassungsrechtliche Folgerichtigkeits-Postulate nicht aus dem freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern aus den verfassungsrechtlichen Gleichheitssätzen, 11 wie das etwa in der Rechtsprechung des BVerfG zum Steuerverfassungsrecht auch anerkannt ist (Folgerichtigkeit der Steuergesetzgebung als Ausprägung des Gleichheitssatzes). 12 Auch dann, wenn die besonderen Belastungswirkungen einer Regelung gerade auf bestimmte Betroffene freiheitsrechtlich durchaus als zumutbar (d.h. durch das verfolgte Schutzinteresse hinreichend getragen) beurteilt werden müssen, können sie doch gleichheitswidrig sein, wenn die Regelungen ohne ausreichend tragfähigen Differenzierungsgrund gerade diese Betroffenen so belastet, andere Personen oder Personengruppen aber nicht (Sonderopfer). Nur aus dem Gleichheitssatz kann sich eine Selbstbindung des Gesetzgebers an selbst gewählte "Konzepte" ergeben, nicht aus der freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeit. Weshalb das BVerfG dogmatisch originell, aber überraschend und fragwürdig den Folgerichtigkeitsgedanken in den freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingebunden und das Problem einer möglichen Schieflage der Regelung zu Lasten der Kleingastronomie nicht viel nahe liegender und richtig als Gleichheitsproblem (so wie bei den Diskotheken) behandelt hat, ist nicht recht erfindlich. Diese Vorgehensweise hat aber eine nicht zu unterschätzende Bedeutung: Hätte der Senat hier einfach eine Gleichheitsprüfung angestellt, so wäre die Offenlegung des Umstandes kaum vermeidbar gewesen, dass zwischen den Einraumgaststätten und den Etablissements mit abtrennbaren Raucherräumen schlagende Unterschiede in der Gefährdung der Nichtraucher durch Passivrauchen bestehen. Gleichheitsrechtlich hätte die Differenzierung also dann aber wohl akzeptiert werden müssen¹³ – auch bei Anwendung des Maßstabes der "Neuen Formel", bei der es nicht nur darauf ankommt, dass die Differenzierung willkürfrei erfolgt, sondern zusätzlich darauf, dass der aus der Differenzierung erwachsende Belastungseffekt in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der differenzierenden Regelung verfolgten Rechtsgüterschutz steht. ¹⁴ Erst die (abzulehnende) Mobilisierung der Folgerichtigkeit für die freiheitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsabwägung ermöglicht dem Senat überhaupt den Zugang zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit.

Kein Richter, auch nicht die Dissenter, hat indessen den absoluten verfassungsrechtlichen Vorrang des Nichtraucherschutzes vor den vereinigten Raucher- und Gastwirtinteressen in Frage gestellt. Die "radikalliberale" Position, der Gesundheitsschutz der Nichtraucher könne deswegen nicht die Beseitigung der Entscheidungsfreiheit der Gastwirte (also auch nicht der Einraumgastwirte) rechtfertigen, weil ja niemand gezwungen sei, Gaststätten aufzusuchen, in denen geraucht werde, scheint den hohen Richtern offenbar abwegig und keiner weiteren Diskussion mehr wert. So völlig gewiss kommt mir die Verfassungsrechtslage an dieser Stelle freilich immer noch nicht vor, zumal dann nicht, wenn man die nichtpaternalistische, auf Selbstbestimmung setzende Grundposition des Sondervotums Masing teilt, die dieses freilich nur auf die Koexistenz in den größeren Gaststätten mit Raucherräumen bezieht. 15 Wenn es den Nichtrauchern in solchen Gaststätten zu ihrer Eigenverantwortung zugerechnet werden muss, ob sie von der Möglichkeit, die Passivinhalation von Tabakrauch zu vermeiden, auch Gebrauch machen (oder nicht), so könnte man dies durchaus auch auf die Entscheidung übertragen, überhaupt eine Rauchergaststätte zu besuchen oder dies bleiben zu lassen. Dass faktische Einengungen der Handlungsmöglichkeiten (auf dem Land gibt es vielleicht nur eine Rauchergaststätte) daran etwas ändern sollen, ist nicht restlos überzeugend. Unter der Flagge des Nichtraucherschutzes entfaltet sich hier ein grundrechtlich-leistungsrechtlicher Anspruch auf rauchfreien Gaststättenbesuch mit Drittwirkung gegen private Gastwirte. So etwas ist aber grundrechtlich keine Selbstverständlichkeit, sondern eher eine Anomalie.

Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz

(878), der meint, auch das Ergebnis des BVerfG gleichheitsrechtlich rekonstruieren zu können.

¹¹ Dazu eingehend *Michael*, JZ 2008, 875 (878 ff.); ebenso *Bäcker*, DVBI 2008, 1180 (1182).

¹² BVerfGE 66, 214 (222); 84, 239 (271); 107, 27 (47 f.).

¹³ Ähnlicher Gedanke bei *Bäcker*, Urteilsanmerkung, DVBl 2008, 1180 (1182); anders offenbar *Michael*, JZ 2008, 875

¹⁴ Zum Gleichheitssatz als bloßem Willkürverbot und qualifiziertem Verbot unverhältnismäßiger Differenzierung von Personen(-gruppen) BVerfGE 55, 72 (88); 107, 133; *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 13 ff.

¹⁵ BVerfG (Fn. 1) – Sondervotum Masing Rn. 187: "Eine solche Argumentation, die allein den Wunsch eines Nichtrauchers nach der Gesellschaft von Rauchern hinreichen lässt, um Letzteren das Rauchen zu untersagen, stellt das freiheitsbestimmte Nebeneinander von Rauchern und Nichtrauchern selbst infrage. Sie stärkt nicht den Nichtraucherschutz beim Gaststättenbesuch, sondern eröffnet es Nichtrauchern, sich Rauchern gegen ihren Willen auch dann aufzudrängen, wenn diese sich in einen eigenen Bereich zurückziehen. Verfassungsrechtlich gibt es hierfür keine Rechtfertigung."

Entscheidungsanmerkung

"Aufladung" der Vormerkung

a) Eine zur Sicherung eines durch Rücktritt bedingten Rückauflassungsanspruchs eingetragene Vormerkung kann, ohne dass es einer erneuten Eintragung bedürfte, durch Bewilligung auf weitere Rücktrittsgründe erstreckt werden (Fortführung von BGHZ 143, 175 ff.).

b) Der Rang der durch die Vormerkung weiter gesicherten Ansprüche bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung. (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 883 Abs. 1

BGH, Urt. v. 7.12.2007 - V ZR 21/07 (OLG Hamm, LG Dortmund)¹

I. Prüfungsrelevanz

Vormerkungsfälle erfreuen sich insbesondere im schriftlichen Teil des Staatsexamens großer Beliebtheit. Dies mag wohl darauf zurückzuführen sein, dass im Zusammenhang mit der Vormerkung Grundzüge des Grundbuchrechts abgefragt werden können und sich vor allem die außergewöhnliche Rechtsfolge der gegenüber dem Vormerkungsberechtigten relativen Unwirksamkeit beeinträchtigender Verfügungen vorzüglich dazu eignet, vertrackte Fälle zu gestalten. Den vorliegenden, vom *V. Zivilsenat* des BGH am 7.12.2007 entschiedenen Fall, könnte man ohne großen Aufwand zum Gegenstand einer Klausur machen.

II. Sachverhalt

Es geht um Folgendes: K war Eigentümerin eines Grundstücks. Mit beurkundetem Vertrag vom 15.10.1993 übertrug sie es im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Vorbehalt eines Wohnrechts ihrer Tochter T. T verpflichtete sich, das Grundstück zu Lebzeiten der K nicht zu veräußern, nicht zu belasten und nicht baulich zu verändern. Für den Fall des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen sollte K nach näherer Maßgabe der vertraglichen Vereinbarung die Rückübertragung des Grundstücks verlangen können.

T wurde am 26.11.1993 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen; der Rückauflassungsanspruch der K wurde durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert.

Mit einem am 5.5.1998 beurkundeten Vertrag vereinbarten K und T, dass K auch dann die Rückübertragung des Grundstücks soll verlangen können, wenn die T geschieden, über ihr Vermögen ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben würde. Weiter heißt es in dem Vertrag:

"Die bereits im Grundbuch … eingetragene Rückauflassungsvormerkung dient auch zur Absicherung der Rückauflassungsansprüche des Übertragsgebers … aufgrund der vorstehend getroffenen Vereinbarungen."

¹ <u>http://www.bundesgerichtshof.de/</u> (18.11.2008) = NJW 2008, 578.

K reichte eine Ausfertigung des Ergänzungsvertrags bei dem Grundbuchamt ein. Die Rechtspflegerin versah die Grundakten mit einem entsprechenden Vermerk.

Am 9.6.2005 wurde über das Vermögen der T das Insolvenzverfahren eröffnet. X wurde zur Verwalterin bestimmt. K verlangt nun von X die Rückübertragung des Grundstücks. Zu Recht?

III. Problemstellung

Sieht man einmal von der insolvenzrechtlichen Fragestellung des Falls ab², da diese nach den Prüfungsordnungen vieler Länder nicht mehr zum Gegenstand einer Klausur gemacht werden kann, stellt sich in dem vorliegenden Fall eine ganz allgemeine Frage. Der Eigentümer verfügt über sein Grundstück und vereinbart mit dem Erwerber, dass er, Eigentümer, unter bestimmten Bedingungen (A, B, C) die Rückauflassung verlangen kann. Dieser Rückauflassungsanspruch wird durch die Eintragung einer bewilligten Auflassungsvormerkung abgesichert. Später fällt dem ehemaligen Eigentümer ein, dass er auch dann über die Möglichkeit der Rückauflassung verfügen möchte, wenn Bedingung D eintritt. Muss nun, vorausgesetzt der Erwerber und neue Eigentümer ist einverstanden, eine neue Vormerkung hinsichtlich des Grundes D eingetragen werden, oder kann die bereits bestehende Vormerkung insoweit "aufgeladen" werden? Schließlich stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt die eingetragene Vormerkung im gegebenen Fall den Rückauflassungsanspruch des ehemaligen Eigentümers sichern könnte.

IV. Entscheidungsgründe und Würdigung

Der *Senat* vertritt die Auffassung, dass eine wirksam bestellte Vormerkung durchaus genutzt werden kann, um weitere Gründe zur Rückauflassung (weitere Rücktrittsgründe) abzusichern.

Dabei ist die aktuelle Entscheidung zunächst vor dem Hintergrund eines viel beachteten BGH-Urteils aus dem Jahre 1999 zu betrachten³. Seinerzeit hat der V. Zivilsenat entschieden, dass eine wirksam bestellte Auflassungsvormerkung, die erloschen ist, weil die Parteien den zu Grunde liegenden Kaufvertrag einvernehmlich aufgelöst hatten, ohne Grundbuchberichtigung genutzt werden kann, um einen alsdann neu begründeten Übereignungsanspruch zwischen den Parteien zu sichern. Hier schlossen die Vertragspartner einen neuen Kaufvertrag zu einem niedrigeren Kaufpreis und schoben diesen der immer noch eingetragenen Vormerkung durch nochmalige Bewilligung unter, ohne dass eine neue Vormerkung im Grundbuch eingetragen worden wäre. Der BGH hielt das für unproblematisch möglich, obwohl er keinen Zweifel daran ließ, dass durch die einvernehmliche Aufhebung des ersten Kaufvertrags auch die akzessorische erste Vormerkung erloschen ist.

Man kann demnach die die erloschene Vormerkung betreffende Eintragung ohne Löschung und Neueintragung durch eine erneute Bewilligung zur Sicherung eines der Ein-

² Dazu sehr lesenswert die Einordnung des vorliegenden Falls von *K. Schmidt*, JuS 2008, 467.

³ BGHZ 143, 175 = NJW 2000, 805.

tragung entsprechenden neuen Anspruchs verwenden. Der BGH stützt seine Argumentation dabei vor allem auf die Regelungen der §§ 879 Abs. 2, 892 Abs. 2 BGB, die für den Anwendungsbereich des § 873 BGB die Möglichkeit eröffnen, die Einigung der Eintragung nachfolgen zu lassen. Wesentlich ist, dass die Eintragung und die nachträgliche Bewilligung der Vormerkung den gleichen sicherungsfähigen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruch betreffen. Dies war der Fall; es ging um die Übereignung des Grundstücks. Schließlich stellte sich die Frage des Vormerkungsrangs, wobei die Regelung des § 879 BGB nicht umgangen werden durfte. Der Rang der neu bewilligten Vormerkung bemisst sich in einem solchen Fall nach dem Zeitpunkt der neuerlichen Bewilligung und nicht etwa nach dem der ursprünglichen Eintragung. Es kommt nicht zu einer Rückwirkung der Sicherung bezogen auf den Eintragungszeitpunkt. Unschädlich ist nach Auffassung des BGH insoweit, dass sich der maßgebliche Zeitpunkt nicht aus dem Grundbuch ergibt.

Beherzigt man nun die vor knapp zehn Jahren aufgestellten Grundsätze, konnte die Entscheidung im vorliegenden Fall im Grunde nicht anders ausfallen, da es sich bei der "Aufladung" der eingetragenen Vormerkung mit einem weiteren Rücktrittsgrund um ein Minus zu der vollkommenen Anspruchsauswechslung handelt. Auch im vorliegenden Fall stellt der Senat darauf ab, dass die Vormerkung durchaus vor der Begründung des zu sichernden Anspruchs eingetragen werden kann und insbesondere nur der Gegenstand des Anspruchs sowie der Anspruchsgläubiger, vorliegend also ein Rückauflassungsanspruch des ehemaligen Eigentümers, eingetragen werden muss, der Schuldgrund hingegen nicht anzugeben ist. Das Grundbuch gibt, so der BGH, weder Auskunft über die Wirksamkeit des vorgemerkten Anspruchs, noch sind anspruchsbegründende Bedingungen oder Hinweise auf die Fälligkeit des Anspruchs einzutragen.

Kann man aber, wie vorstehend dargestellt, sogar den zu sichernden Anspruch vollkommen austauschen, so muss es auch möglich sein, weitere Gründe hinzuzufügen, wegen derer der durch die Vormerkung gesicherte Rückauflassungsanspruch entstehen kann. Der Rang der vorgemerkten Anspruchserweiterung ergibt sich, ohne neuerliche Eintragung, wiederum aus dem Zeitpunkt der Bewilligung.

Damit offenbart sich die typische Klausurkonstellation in aller Schärfe. Der ehemalige Eigentümer lässt sich den Rückauflassungsanspruch zunächst wegen der Bedingungen A, B und C durch eine Vormerkung sichern. Anschließend erfolgt eine Belastung des Grundstücks durch ein Grundpfandrecht. Später wird die bestehende Vormerkung durch Grund D angereichert. Zu denken ist etwa an die Sicherung der Auflassungsvormerkung bei grobem Undank⁴. Anschließend erfolgt eine zweite Belastung des Grundstücks. Erweist sich die Tochter nunmehr als grob undankbar, stellt sich die Frage, ob der Vater das Grundstück belastet zurückerhält. Nach

der Rechtsprechung des BGH dürfte nur das zunächst eingetragene Grundpfandrecht dem Vater gegenüber Wirkung entfalten.

PD Dr. Markus Artz, Trier/Heidelberg/Bielefeld

⁴ Siehe dazu BGH NJW 2002, 2461, insbesondere zu der Abgrenzung von bedingtem und zukünftigem Anspruch und den Anforderungen, die es an die Bestimmtheit des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs zu stellen gilt.

Entscheidungsanmerkung

Pflichtenkollision des GmbH-Geschäftsführers bei Zahlungen nach Insolvenzreife?

Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Massesicherungspflicht aus § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auch dann, wenn er mit Geldern, die von anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH gezahlt worden sind, Schulden dieser Gesellschaften begleicht; seine Haftung ist aber nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen, weil er bei den Auszahlungen angesichts des Zusammentreffens der Massesicherungspflicht mit der – durch § 266 StGB strafbewehrten – Pflicht zur weisungsgemäßen Verwendung der fremden Gelder mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat. (Amtlicher Leitsatz)

GmbHG § 64 II a.F. (= § 64 n.F.)

BGH, Urt. v. 5.5.2008 – II ZR 38/07 (OLG Dresden)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Das Urteil betrifft Kerngebiete des GmbH-Rechts und tangiert ferner aus dem Treuhandrecht die Frage der Insolvenzfestigkeit von Treuhandkonten. Im Stadium der Insolvenzreife vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer GmbH hat der Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht, keine Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen mehr vorzunehmen, welche die spätere Masse verkürzen würden. Verstößt er gegen diese Pflicht, haftet er der Gesellschaft gegenüber nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. (= § 64 S. 1 GmbHG n.F.) auf Ersatz der Zahlungen. Mit diesem Ersatz soll das Gesellschaftsvermögen auf den Stand vor den Zahlungen zurückgeführt werden, damit ab Insolvenzeröffnung die Insolvenzmasse für die Befriedigung der Insolvenzgläubiger ungeschmälert zur Verfügung steht. Problematisch sind vor allem Zahlungen, denen eine u. U. sogar strafrechtlich sanktionierte Verpflichtung der GmbH zugrunde liegt, sowie Zahlungen von Beträgen, welche die GmbH erst kurz zuvor zum Beispiel von einer anderen Konzerngesellschaft erhalten hatte. Um den letzteren Fall ging es hier.

2. Sachverhalt

Im Streitfall klagte der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH für Baubetreuung und Projektentwicklung gegen deren Geschäftsführer mit der Begründung, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Überschuldung der GmbH Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen veranlasst und dadurch seine Massesicherungspflicht verletzt habe. Zuvor waren auf dem Geschäftskonto der GmbH, die Teil eines Konzerns ist, von ihrer Muttergesell-

¹ BGH NJW 2008, 2504. Das Urteil kann auch auf <u>www.bundesgerichtshof.de</u> oder auf <u>www.juris.de</u> abgerufen werden (beide abrufbar am 19.11.2008).

schaft und von verschiedenen Schwestergesellschaften Zahlungen eingegangen, welche die GmbH an Gläubiger der Mutter- bzw. der jeweiligen Schwestergesellschaft überweisen sollte. Um dieser Pflicht der GmbH nachzukommen, zahlte der Geschäftsführer einen bestimmten Betrag vom Geschäftskonto der GmbH an bestimmte Gläubiger der Konzerngesellschaften. Diese Auszahlung und auch bereits die Einzahlung auf das Geschäftskonto der GmbH geschahen allerdings zu einem Zeitpunkt, in dem die GmbH bereits überschuldet war. Kurze Zeit stellte der Geschäftsführer den Insolvenzantrag für die GmbH.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Anwendbarkeit von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.

Nach Auffassung des BGH besteht im Ergebnis keine Haftung des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. (= § 64 S. 1 GmbHG n.F.). Im Einklang mit früheren Entscheidungen widerspricht der BGH allerdings der Auffassung, eine Masseverkürzung sei schon deshalb zu verneinen, weil vor der vom Geschäftsführer veranlassten Auszahlung Beträge in gleicher Höhe von den anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH eingezahlt wurden und mit der Auszahlung Verbindlichkeiten dieser Konzerngesellschaften und nicht der in Schieflage befindlichen GmbH beglichen wurden.² § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. sei insoweit nicht teleologisch zu reduzieren. Vielmehr fielen auch solche Beträge auf dem Geschäftskonto der GmbH in deren spätere Insolvenzmasse und dürften konsequenterweise in dem Stadium, in dem ein Insolvenzgrund besteht, aber ein Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet wurde, nicht vom Geschäftsführer ausgezahlt werden. Die Gegenauffassung würde dazu führen, dass der Geschäftsführer beliebig über die Zahlung entscheiden könnte und allein hiervon der Umfang der den Insolvenzgläubigern zur Verfügung stehenden Masse abhinge.

2. Kein masseneutrales Treuhandkonto

Das Ein- und Auszahlen auf das Geschäftskonto der GmbH ist nach Auffassung des BGH nicht schon deshalb masseneutral, weil die GmbH den anderen Konzerngesellschaften gegenüber treuhänderisch zum vorübergehenden Halten der Gelder und zur Begleichung von Schulden der jeweiligen Konzerngesellschaft aus diesen Geldern verpflichtet war. Sogar wenn sich auf dem Geschäftskonto keinerlei eigene Gelder der GmbH befänden, fehle es an einem Treuhandkonto und mithin an einem Aussonderungsrecht der anderen Konzerngesellschaften als Treugeber hinsichtlich der Gelder auf dem Geschäftskonto.

3. Kein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht

Dennoch sei der Geschäftsführer im entschiedenen Fall nicht zum Ersatz verpflichtet, weil die von ihm vorgenommenen (Aus-)Zahlungen nach festgestellter Überschuldung mit der

² Diese Auffassung wird z. B. vertreten von *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 79.

Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nach § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG a.F. (= § 64 S. 2 GmbHG n.F.) vereinbar gewesen seien. Wie in den zuvor entschiedenen Fällen zur Abführung der fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung oder zur Begleichung der Steuerpflicht der GmbH unterliege der Geschäftsführer neben der Massesicherungspflicht zugleich einer Pflicht zur Zahlung. Denn der Geschäftsführer sei "kraft des Treueverhältnisses"³ zu den anderen Konzerngesellschaften verpflichtet gewesen, mit den von diesen erhaltenen Geldern die Schulden dieser Gesellschaften bei deren Gläubigern zu begleichen. Diese "Pflicht, fremde, nämlich die Vermögensinteressen der anderen Gesellschaften wahrzunehmen",4 hätte der Geschäftsführer verletzt, wenn er seiner Massesicherungspflicht nachgekommen wäre und die Gelder nicht weitergeleitet hätte. In dieser Situation komme der Massesicherungspflicht kein Vorrang zu.

III. Würdigung

1. Keine Innenhaftung bei besonderen Pflichtenkollisionen

Das Urteil markiert eine bemerkenswerte Einschränkung der Vorschrift des § 64 Abs. 2 GmbHG a.F., die nach Inkrafttreten des MoMiG unverändert in § 64 GmbHG übernommen wurde und keinen Schadensersatzanspruch gewährt, sondern dem Geschäftsführer eine Innenhaftung sui generis gegenüber der insolventen GmbH für Masseverkürzungen im Vorstadium der Insolvenz auferlegt.⁵ In Abkehr von früheren Entscheidungen hält der BGH seit 2007 den Einwand des Geschäftsführers nunmehr für beachtlich, die Pflicht zur Massesicherung kollidiere mit den Pflichten zur Abführung von Sozialabgaben und von Steuern, für deren Verletzung der Geschäftsführer gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 266a StGB und nach §§ 69, 34 AO haften müsste. Konsequenterweise erlaubt der BGH in diesen Fällen den Entlastungsbeweis gemäß § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG a.F. (= § 64 S. 2 GmbHG n.F.), so dass nicht mehr auf der einen Seite gesellschaftsrechtlich dem Geschäftsführer ein Verhalten abverlangt wird, das auf der anderen Seite sozialversicherungsrechtlich oder steuerrechtlich zu missbilligen ist und eine Haftung und sogar Bestrafung des Geschäftsführers nach sich ziehen würde.

2. Kollision mit bloßen vertraglichen Pflichten der GmbH?

Gilt dies aber auch dann, wenn die Pflicht zur Massesicherung mit einer zivilrechtlichen Pflicht der GmbH gegenüber ihrer Muttergesellschaft und ihren Schwestergesellschaften kollidiert? Immerhin handelt es sich hier nicht um eine persönliche Pflicht des Geschäftsführers gegenüber einem Hoheitsträger wie den Sozialversicherungsbehörden oder dem Fiskus. Hiervon zu unterscheiden ist die Erfüllung von Zah-

lungspflichten der GmbH gegenüber ihren Geschäftspartnern und übrigen Gläubigern. Deren Ansprüche im Vorfeld der Gesellschaftsinsolvenz zu bedienen, ist nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar. Ansonsten würden manche Insolvenzgläubiger gegenüber den übrigen vorgezogen. Dies verstieße gegen den Sinn und Zweck des § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (= § 64 GmbHG), dass das Gesellschaftsvermögen möglichst ungeschmälert für die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Verfügung stehen soll.

3. Lösung über ein verdeckt gebildetes Treuhandvermögen

Worin aber unterscheidet sich in dem entschiedenen Fall die Pflicht der GmbH gegenüber den anderen Konzerngesellschaften von ihren Pflichten gegenüber den übrigen Gläubigern, so dass eine den Entlastungsbeweis begründende Pflichtenkollision des Geschäftsführers anzuerkennen ist? Indem der BGH maßgeblich auf eine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auf der Grundlage eines Treueverhältnisses abstellt, macht er deutlich, dass er damit eine Treuhandpflicht meint. In der Tat darf sich ein Geschäftsführer im Rahmen von § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG a.F. (= § 64 S. 2 GmbHG) anerkanntermaßen darauf berufen, dass eine Auszahlung von Treuhandvermögen nach Eintritt der Insolvenzreife die Masse deshalb nicht vermindert, weil das Treuhandvermögen gerade nicht in die Masse fällt, sondern vom jeweiligen Treugeber ausgesondert werden darf.⁸ Ein Treuhandsondervermögen kann an den Beträgen auf einem Konto auch dann gebildet werden, wenn es nicht offen, sondern nur verdeckt als Treuhandkonto geführt wird. Dies liegt im konkreten Fall zumindest nahe, wenn sich die Überweisungen bzw. Abtretungen von den anderen Konzerngesellschaften auf das Konto der GmbH nachvollziehen lassen und auf dem Konto in dem fraglichen Zeitraum keine Eigengelder der GmbH gebucht waren. 10 Das vom BGH im entschiedenen Fall gefundene Ergebnis kann nicht mit einer Pflichtenkollision begründet werden, weil einerseits die Massesicherungspflicht den Geschäftsführer und andererseits die Treuhänderpflicht die GmbH trifft. Vielmehr würde es sich um den Fall einer fehlenden Masseschmälerung handeln, wenn an den Geldbeträgen nachweislich Treuhandvermögen begründet worden ist. Dies hätte von der letzten Tatsacheninstanz festgestellt werden müssen.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz

³ BGH NJW 2008, 2504 (2505 Rn. 14).

⁴ BGH 2008, 2504 (2505 Rn.14).

⁵ Vgl. z. B. BGH NJW 1974, 1088 (1089); NJW 2001, 1280 (1283) = BGHZ 146, 264.

⁶ Vgl. BGH, NJW 2007 (2118 ff.) m. Anm. *Altmeppen*; BGH, Urt. v. 29.9.2008 – II ZR 162/07 (abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de); anders noch BGH NJW 2001, 1280 (1282 f.) = BGHZ 146, 264.

⁷ BGH NJW 2008, 2504 (2505 Rn.14).

⁸ Vgl. nur Schulze-Osterloh (Fn. 2), § 64 Rn. 81.

⁹ Vgl. ausführlich *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, S. 239 ff., 242 ff; anders freilich die bisherige Rspr., siehe *Geibel*, aaO., S. 10 ff.

Letzteres ließ der BGH unrichtigerweise offen; vgl. BGH NJW 2008, 2504 (2505 Rn.11). Wie hier im Ergebnis z.B. Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Rn. 280; Hadding/Häuser, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 37 Rn. 2; siehe näher Geibel (Fn. 9), S. 244.

Entscheidungsanmerkung

Haftung des Erwerbers bei sukzessiver Unternehmensübernahme und Firmenfortführung

Zur Frage der Fortführung eines Handelsgeschäfts i.S. von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB durch eine sukzessiv erfolgende Übernahme des Unternehmens und Fortführung desselben unter Beibehaltung der prägenden Firmenbestandteile. (Amtlicher Leitsatz)

HGB § 25 Abs. 1 S. 1

BGH, Urt. v. 24.9.2008 - VIII ZR 192/06 (OLG Hamm, LG $M\ddot{u}nster)^{I}$

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

- 1. Die Entscheidung behandelt eine Konstellation der Haftung des Erwerbers eines unter der alten Firma fortgeführten Handelsgeschäftes nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB. Der tragende Gedanke der Regelung besteht nach der jüngeren Rechtsprechung² darin, den Übernehmer bei Kontinuität des Unternehmens nach außen für die Altverbindlichkeiten aus dem Betrieb des übernommenen Geschäfts einstehen zu lassen. Sie gehört zweifellos zu den für Ausbildung und Examen zentralen handelsrechtlichen Bestimmungen.
- 2. Im Streitfall war die beklagte "Fußbodenbau Salur GmbH" im August 2003 gegründet worden. Sie war unter derselben Adresse ansässig, hatte dieselben Telefon- und Faxnummern sowie denselben Geschäftsführer und Gründungsgesellschafter, teilweise auch dieselben Mitarbeiter und benutzte dieselben Betriebsräume wie die bereits seit langem existierende "Industrieböden Salur GmbH" (im Folgenden: IB). Auch ähnelten sich die Briefbögen beider Unternehmen stark und warb die Beklagte mit ihrer langjährigen Fachkompetenz, wobei sie auf von der IB erstellte Referenzobjekte verwies. Bis die IB schließlich ihre Geschäfte einstellte, waren beide Unternehmen anderthalb Jahre nebeneinander werbend am Markt tätig. Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung von Waren, die sie in den Jahren 2003 und 2004 zur Erfüllung von mit der IB geschlossenen Kaufverträgen an diese geliefert hatte.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB müssen zwei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, damit die Haftung des Übernehmers

¹ http://www.bundesgerichtshof.de (20.11.2008). ² Vgl. nur BGH NJW 2006, 1001; NJW-RR 2004, 1173; BGH NJW 1992, 911 (912); in diese Richtung auch K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 8 I (S. 211 ff.); dagegen vor allem Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 I Rn. 1 ff. (16), der in § 25 Abs. 1 S. 1 HGB eine systemfremde Norm ohne auch nur annähernd einleuchtenden Gerechtigkeitsgehalt sieht, deren Anwendung Zufallsgeschenke an die Altgläubiger bzw. Haftungsfallen für nicht versierte Unternehmenserwerber produziert.

für die betrieblichen Altverbindlichkeiten des übernommenen Unternehmens eingreift: Erstens die Fortführung eines Handelsgeschäfts³ und zweitens die Beibehaltung der bisherigen Firma⁴. Beide Voraussetzungen werden vom BGH für den Streitfall bejaht, wobei der Senat in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich beider Tatbestandsmerkmale auf die Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise abstellt.

- 2. Was die Anforderungen der Fortführung eines Handelsgeschäfts anbelangt, so bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung⁵, nach welcher der maßgebliche Verkehr dann von einer Unternehmensfortführung ausgeht, wenn ein Betrieb vom neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden. All dies war im Streitfall gegeben. Dagegen kommt es nach Ansicht des BGH nicht darauf an, ob ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zugrunde liegt. Vielmehr genüge die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung.⁶ Schließlich ist nach Auffassung des BGH eine Fortführung des Handelsgeschäfts auch nicht deshalb zu verneinen, weil IB und Beklagte eine Zeit lang parallel am Markt werbend tätig waren. In diesem Zusammenhang betont der Senat erneut, dass entscheidend die Sicht des Rechtsverkehrs sei. Auch eine sukzessiv erfolgende Unternehmensübernahme könne sich danach als Fortführung eines Handelsgeschäftes darstellen. In casu seien die Beklagte und die IB nicht wie zwei konkurrierende Unternehmen aufgetreten, sondern wie ein einheitliches, wobei der BGH vor allem auf die Verwendung sehr ähnlicher Briefbögen verweist.
- 3. Weiter muss nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt werden. Auch insofern hält der BGH an seiner bisherigen Rechtsprechung fest8, nach der gerade in der Firmenfortführung die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt. Deshalb soll es nicht auf eine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung zwischen alter und neuer Firma ankommen, sondern nur darauf, ob aus der Sicht des Verkehrs trotz vorgenommener Änderungen noch eine Fortführung der Firma vorliegt. Dies bejaht die Rechtsprechung schon dann, wenn der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird. Auch diese Voraussetzung sieht der BGH im Streitfall als erfüllt an. Prägender Teil der Firma IB sei die

³ Nach h.M. ist damit nur ein kaufmännisches Handelsgeschäft gemeint, vgl. BGHZ 18, 248, 250; w. Nachw. bei Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 33. Aufl. 2008, § 25 Rn. 2.

⁴ Abw. K. Schmidt (Fn. 2), § 8 I (S. 211 ff.), der mit Rücksicht darauf, dass es Unternehmenskontinuität nach außen auch ohne Firmenfortführung geben könne, das Tatbestandsmerkmal der Firmenfortführung für entbehrlich hält.

⁵ S. vor allem BGH NJW 2006, 1001 (1002).

⁶ So auch bereits BGH NJW 1992, 911 (912).

⁷ S. aber Fn. 4.

⁸ S. die Nachw. in Fn. 2.

Bezeichnung des Tätigkeitsbereiches "Industrieböden" in Verbindung mit dem Namen "Salur" gewesen. In der Firma der Beklagten werde der annähernd gleiche Tätigkeitsbereich "Fußbodenbau" ebenfalls mit dem Namen "Salur" verbunden, was für die Bejahung einer Firmenfortführung ausreiche. Dem Träger des Namens "Salur" werde dadurch auch nicht verwehrt, sich auf dem Gebiet der Herstellung von Fußböden seines Namens zu bedienen. Vielmehr bleibe ihm die Möglichkeit, gem. § 25 Abs. 2 HGB durch Eintragung ins Handelsregister einen Haftungsausschluss zu erreichen.

- 4. Schließlich ist die Insolvenz der IB nach Ansicht des BGH für die Haftung der Beklagten gem. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB irrelevant. Zwar ist anerkannt, dass der Erwerb von Vermögenswerten keine Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB auslöst, soweit die Veräußerung durch den Insolvenzverwalter erfolgt. Denn andernfalls könnte dieser seiner Aufgabe, das Unternehmen im Interesse der Gläubiger bestmöglich zu verwerten, häufig kaum gerecht werden, da er es zur Vermeidung der Haftung der Erwerber zerschlagen müsste. Anders beurteilt der BGH dagegen den Fall, dass das insolvente Unternehmen so wie in casu außerhalb des Insolvenzverfahrens übernommen wird. Hier soll § 25 Abs. 1 S. 1 HGB eingreifen.
- 5. Das Urteil liegt ganz auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Der Grundsatz, die Haftung aus § 25 Abs. 1 S. 1 HGB an die Kontinuität des Unternehmens nach außen zu knüpfen und dementsprechend ganz auf die Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise abzustellen, wird konsequent durchgehalten. Wer freilich diesen Grundgedanken nicht für tragfähig hält und damit im Ausgangspunkt von der Rechtsprechung abweicht¹¹, wird auch hinsichtlich der Einzelaspekte zu abweichenden Ergebnissen gelangen können.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

So auch bereits BGH NJW 2006, 1001 (1002); NJW 1992,
 911 f. u. NJW 1988, 1912.

¹⁰ Abw. Canaris (Fn. 2), § 7 I 3 d) Rn. 26 f., der § 25 Abs. 1 S. 1 HGB schon dann unangewendet lassen möchte, wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des früheren Unternehmensinhabers zur Zeit des Unternehmensüberganges nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt hätte, da man andernfalls einem Gläubiger, dessen Forderung erwiesenermaßen wertlos sei, zu einem zusätzlichen Schuldner verhelfe

¹¹ So vor allem *Canaris*, vgl. Fn. 2.

Entscheidungsanmerkung

Ausreisebeschränkung gegenüber Fußball-Hooligans

- "1. Die Beschränkung des Geltungsbereichs des Reisepasses ist unverhältnismäßig, wenn das Ziel der Maßnahme die Verhinderung der Ausreise in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union, für den keine Passpflicht besteht durch die Beschränkung des Geltungsbereichs des Personalausweises in gleicher Weise oder sogar besser erreicht werden kann.
- 2. Sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland im Sinne von § 2 Abs. 2 PAuswG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG werden nicht schon dadurch gefährdet, dass das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland Schaden zu nehmen droht. Erforderlich ist vielmehr, dass unabhängig von dem damit verbundenen Ansehensverlust ein Schutzgut unmittelbar geschädigt zu werden droht, das der inneren oder äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zumindest nahe kommt. Das ist der Fall, wenn von dem Inhaber des Personalausweises die Beteiligung an Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen im Ausland zu befürchten ist, die aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden (hier: sog. Fußball-Hooligans).
- 3. Zu den Anforderungen an die Androhung unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung passbeschränkender Maßnahmen. " (amtliche Leitsätze).

PassG § 7 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2, § 8; PAuswG § 2 Abs. 2; BremVwVG § 16

OVG Bremen, Urt. v. 2.9.2008, 1 A 161/06¹ (nicht rechtskräftig)

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

Das Urteil betrifft die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen rechtsstaatlichen Mitteln (deutsche) Hooligans anlässlich von Fußballereignissen im Ausland dadurch von der Begehung an Straftaten abgehalten werden können, dass ihnen die Ausreise in die jeweiligen Staaten untersagt wird². Zur Überprüfung stand insoweit eine Kombination aus drei Instrumenten: Der Kläger wandte sich gegen die während der Fußball-Europameisterschaft 2004 in Portugal verhängte Beschränkung der räumlichen Geltung seines Passes sowie die seines Personalausweises und drittens auch gegen die Auflage, sich an den Spieltagen der deutschen Nationalmannschaft jeweils um 18.00 Uhr bei einer deutschen Polizeidienststelle zu melden.

http://www.oberverwaltungsgericht.bremen.de/sixcms/media.php/13/1A16106u.pdf.

Wenn die Fortsetzungsfeststellungsklage für den Kläger im Ergebnis auch ohne Erfolg blieb – nur die Beschränkung des Geltungsbereichs seines Reisepasses wurde für rechtswidrig befunden –, ist die Entscheidung doch ein großer Erfolg für den Grundrechtsschutz und den Rechtsstaat: Sie zeigt, dass wirksame Maßnahmen gegen Hooligans auch (und nur) mit rechtsstaatlichen Mitteln möglich sind.

Die Entscheidung betrifft mit dem Pass- und Personalausweisgesetz Rechtsgebiete, deren Examensrelevanz nicht
auf den ersten Blick erkennbar ist. Doch wie stets im Öffentlichen Recht sind in diesen besonderen Rechtsbereichen
keine spezifischen Kenntnisse erforderlich. Vielmehr exemplifiziert die Entscheidung in anschaulicher Weise, dass und
wie das besondere Verwaltungsrecht unter Zugrundelegung
der Grundsätze des Verfassungs- und des allgemeinen Verwaltungsrechts angewendet werden kann und auszulegen ist.
Im Schnittfeld zwischen dem allgemeinen Polizei- und Sicherheitsrecht und dem Pass- bzw. Personalausweisgesetz,
eingebettet noch dazu in die Grundsätze des Grundrechtsschutzes und des Europarechts, eignet sich die Entscheidung
in besonderem Maße für die juristische Ausbildung und Prüfung.

II. Die Entscheidung

Die Entscheidung verdient – mit einer kleinen Ausnahme – volle Zustimmung. Hervorzuheben ist insbesondere der 2. Leitsatz, mit dem sich das OVG Bremen von einer zwar alten, aber immer noch gebräuchlichen Formel des Bundesverwaltungsgerichts distanziert.³ Im Einzelnen seien folgende Aspekte betont:

1. Das OVG Bremen hält eine zeitlich-räumliche Beschränkung des Geltungsbereichs des Passes für rechtswidrig, weil sie unverhältnismäßig sei. Neben der zeitlich-räumlichen Beschränkung des Personalausweises sei sie insbesondere deshalb nicht notwendig, weil für Portugal ebenso wenig wie für die in Betracht kommenden Transit-Staaten eine Passpflicht bestehe. Die Beschränkung des Geltungsbereichs des Passes sei gegenüber der des Personalausweises darüber hinaus auch der schwerwiegendere Eingriff, weil die Beschränkung im Pass eingetragen werde und somit auch nach der Beschränkung zu einer Stigmatisierung des Passinhabers führen könne. Vor diesem Hintergrund hält das OVG Bremen die Beschränkung des Passes für nicht erforderlich.

Dem kann so nicht gefolgt werden. Wenn man mit dem OVG Bremen davon ausgeht, dass der Pass bei der Einreise nach Portugal wegen der fehlenden Passpflicht ohnehin nicht vorgelegt wird, ist die zeitlich-räumliche Beschränkung insoweit nicht nur nicht erforderlich, sondern von vorneherein schon ungeeignet. Wenn man sich dagegen vergegenwärtigt, dass eine fehlende Passpflicht nur bedeutet, dass man sich bei der Einreise zwar nicht mit einem Pass ausweisen muss, sich aber sehr wohl mit einem Pass ausweisen darf, dann ist die räumlich-zeitliche Beschränkung des Passes neben der des Personalausweises sowohl geeignet als auch erforderlich – sie verhindert, dass der Kläger sich statt mit dem insofern ungültigen Personalausweis mit dem Pass ausweist und dadurch

¹ Am 2.12.2008 abrufbar unter

² Weiterführend dazu *Breucker*, NJW 2004, 1631 ff. sowie *Nolte*, NVwZ 2001, 147 ff.

³ BVerwG DÖV 1969, 74 (75).

die Beschränkung des Personalausweises umgeht. Nur sofern die Vorlage des Passes stets zu einem Abgleich mit einer Datei führte, in der auch die Beschränkungen von Personalausweisen eingetragen ist, wäre die zusätzliche Beschränkung des Passes in der Tat überflüssig.

2. Von besonderer Bedeutung ist die verfassungskonforme, d.h. enge Auslegung der maßgeblichen Rechtsgrundlage für die Beschränkung von Pässen, die über einen Verweis auch für die von Personalausweisen maßgeblich ist. Hier arbeitet das OVG deutlich heraus, dass das "internationale Ansehen der Bundesrepublik Deutschland" kein "sonstiger Belang" ist, der eine Beschränkung des Passes bzw. des Personalausweises zu rechtfertigen vermag. Der Begriff der "sonstigen Belange" muss - das OVG verweist insofern auf die Elfes-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴ – mit Blick auf das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot vielmehr so ausgelegt werden, dass nur solche Belange in Betracht kommen, die den ausdrücklich normierten Tatbestandsvoraussetzungen der "äußeren" bzw. "inneren Sicherheit" der Bundesrepublik Deutschland wenn nicht gleich-, so doch nahe kommen. Diesem verfassungsrechtlich determinierten Maßstab genügt zwar nicht das internationale Ansehen als solches, nach Auffassung des OVG Bremen wohl aber "die Beteiligung Deutscher an Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen im Ausland, die aus einer Menschenmenge in einer die öffentlichen Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden."⁵ Das OVG hütet sich hier wohlweislich davor, einzelne Straftatbestände zu katalogisieren, deren zu befürchtende Verwirklichung entweder noch nicht oder schon als ausreichende "sonstige Belange" eingestuft werden kann. Es betont aber gleichwohl, dass solche Gewalttaten drohen müssen, "die nicht nur individuelle Rechtsgüter der Beteiligten, sondern darüber hinaus auch die allgemeine Sicherheit und den öffentlichen Frieden beeinträchtigen."6 Indiziell verweist das OVG auf den Tatbestand des Landfriedensbruchs in § 125 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Mögen auch in Zukunft immer noch Unsicherheiten bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beschränkung von Pässen und Personalausweisen zulässig ist, sind diese nun weitgehend in den tatsächlichen Bereich verschoben - für jeden Einzelfall und für jede Person ist gesondert festzustellen, ob sie die nun präzisierten rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt oder nicht.

3. Anschließend stellt des OVG Bremen zutreffend fest, dass die (rechtmäßige) Beschränkung der Ausreisefreiheit auch mit Europarecht vereinbar ist. Das aus der Unionsbürgerschaft folgende allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 18 EGV in seiner Konkretisierung durch die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG kann nämlich von den Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeschränkt werden, "wenn das persönliche Verhalten des Betroffenen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt". Damit ist ein europarechtlicher Vorbehalt normiert,

der sich im Umfang mindestens mit den Beschränkungsmöglichkeiten im Pass- bzw. Personalausweisgesetz deckt, womöglich sogar über diese hinaus geht.

4. In Bezug auf die polizeirechtlichen Meldeauflagen betont das OVG Bremen schließlich, dass solche auf Landesrecht gestützten Instrumente zur Beschränkung der Ausreisefreiheit neben die bundesrechtlich vorgesehenen Instrumente der Pass- und Personalausweisbeschränkung treten können. Vorsichtige Zweifel seien jedoch angebracht, soweit das OVG Bremen davon ausgeht, diese Meldeauflagen seien ihrerseits auch verhältnismäßig. Denn im Unterschied zur Möglichkeit nach dem Pass- bzw. Personalausweisgesetz, die Ausreisefreiheit räumlich zu beschränken, wirken Meldeauflagen bei Polizeidienststellen tatsächlich wie ein vollständiges Ausreiseverbot. Hierbei entgegen der Vorinstanz darauf abzustellen, dass Meldepflichten mangels tatsächlicher und rechtlicher Möglichkeiten nicht im Ausland erfüllt werden können, verkennt die Bedeutung des grundrechtlichen Schutzes der Ausreisefreiheit und die damit einhergehende Rechtfertigungslast des Staates. Insofern aber wird sich die Klageart der Fortsetzungsfestellungsklage mit ihrem charakteristischen retrospektiven Charakter wenn auch nicht de iure, so doch de facto auf die Entscheidungsfindung ausgewirkt haben, denn schon zum Zeitpunkt der Klageerhebung stand ja fest, dass sich der Kläger nicht im Ausland befand.

Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg

⁴ BVerfGE 3, 171 (176).

⁵ S. 14 des Urteils; Ls. 2.

⁶ S. 16 des Urteils.

Entscheidungsanmerkung

Verwendung gefährlicher Tatmittel (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) nach Vollendung der Raubtat

Die Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach Vollendung einer Raubtat setzt zur Verwirklichung der Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB Beutesicherungsabsicht voraus (amtlicher Leitsatz).

StGB §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1

BGH, Beschl. v. 1.10.2008 - 5 StR 445/08 (LG Berlin)¹

I. Problemstellung

Führt der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich, so droht § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB – vorbehaltlich der Feststellung eines minder schweren Falles nach § 250 Abs. 3 StGB – eine Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren an. Eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB im Regelfall vorgesehen, wenn er das gefährliche Tatmittel nicht nur bei sich führt, sondern bei der Tat auch verwendet, wobei ausreicht, dass es drohend eingesetzt wird². Als Grunddelikt dieser Qualifikationen kommen nicht nur der Raub (§ 249 StGB), sondern auch die Tatbestände des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) und der räuberischen Erpressung (§ 255 StGB) in Betracht, bei deren Verwirklichung der Täter nach dem Gesetz "gleich einem Räuber" zu bestrafen ist

In welcher Phase des Geschehens das gefährliche Tatmittel Verwendung finden muss, wird unterschiedlich beurteilt. Auf den ersten Blick ist es naheliegend, den Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Vollendung des Grunddeliktes für maßgeblich zu halten. Dem entsprechend müsste die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB beim Raub vor Vollendung der Wegnahme (§ 249 StGB), beim räuberischen Diebstahl vor oder gleichzeitig mit dem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels (§ 252 StGB) und bei der räuberischen Erpressung (§ 255 StGB) spätestens mit Eintritt des Vermögensnachteils verwirklicht werden. Diese Sichtweise wird in der Rechtslehre überwiegend für richtig erachtet.³ Die Rechtsprechung lässt es dagegen genügen, wenn der Täter zwar nach Vollendung, aber vor Beendigung der Tat ein gefährliches Werkzeug bei sich führt oder verwendet.⁴ Im Fall des hier einschlägigen räuberischen Diebstahls ist die Tat vollendet, sobald der Täter die raubspezifischen Nötigungsmittel in der Absicht einsetzt, sich den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, und zwar unabhängig davon, ob er damit das Ziel der Besitzerhaltung erreicht. Beendet ist die Tat dagegen erst, wenn er den durch den vollendeten Diebstahl neu begründeten Gewahrsam sichert und die Absicht der Besitzerhaltung damit nachhaltig realisiert.

Nur auf der Grundlage der Rechtsprechung, die eine Verwendung des gefährlichen Tatmittels nach Vollendung genügen lässt, kann sich die Frage stellen, ob der Täter bei einer solchen Fallgestaltung auch noch nach Vollendung der Raubtat mit Zueignungs- bzw. Besitzerhaltungsabsicht gehandelt haben muss. Eine zur alten Fassung des § 250 StGB ergangene Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1965 legt eine solche Sichtweise nahe. Der 1. Strafsenat begründete die Möglichkeit der Verwirklichung eines schweren Raubes nach Vollendung der Tat seinerzeit damit, dass die Gefährlichkeit eines Raubes nicht davon abhänge, ob der Täter "eine Waffe bei der Wegnahme selbst oder erst bei der mit ihr in unmittelbarem örtlichem und zeitlichem Zusammenhang stehenden weiteren Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht mit sich führt"⁵. Ob die Formulierung der im Original nicht hervorgehobenen Passage bewusst gewählt wurde, mag freilich bezweifelt werden. Und auch eine im Jahr 1982 ergangene Entscheidung, in der das Beisichführen einer Waffe nach einem fehlgeschlagenen Versuch nicht als ausreichend angesehen wurde, ist nicht unbedingt als verlässliches Indiz zu werten. Die Situation des Beisichführens einer Waffe nach einem fehlgeschlagenen Raubversuch stellt einen Sonderfall dar, weil der Täter die Tat in diesem Zeitpunkt mangels Begründung neuen Gewahrsams gar nicht mehr beenden kann.6 In dem vorliegenden, zur Aufnahme in die amtliche Sammlung vorgesehenen Beschluss, bezieht der 1. Strafsenat hingegen auch für den Regelfall Stellung und verlangt für eine Verwirklichung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nach Vollendung des räuberischen Diebstahls, dass der Täter auch in dieser Phase mit Beutesicherungsabsicht handelte.

II. Kernaussagen

Nach den Feststellungen des Landgerichts⁷, gegen dessen Verurteilung sich die Revision mit der Sachrüge wendet, wurde der Angeklagte, unmittelbar nachdem er aus einer Kinokasse Geld entwendet hatte, von Unbeteiligten überwältigt, zu Boden gebracht und dort festgehalten. Mehrere Versuche, sich unter Einsatz seiner Körperkräfte zu befreien, schlugen fehl. Im weiteren Verlauf des Geschehens gelang es ihm jedoch, ein Pfefferspray aus seiner Kleidung zu holen und es in Richtung der Passanten zu sprühen, die dadurch verletzt wurden. Alsbald nach Beginn des Sprühens ließ der Angeklagte die gesamte Beute fallen.

Das Landgericht verurteilte ihn wegen eines besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Der 5. Strafsenat setzt sich in seiner Entscheidung ausschließlich mit der Frage auseinan-

¹ Die Entscheidung ist unter http://www.bundesgerichtshof.de (15.11.2008) im Internet abrufbar.

² BGHSt 45, 92 (94 f.); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 250 Rn. 4 m.w.N.

³ Statt vieler *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 250 Rn. 4 unter Verweis auf § 244 Rn. 2 m.w.N.

⁴ Grundlegend BGHSt 20, 194 (197) zu § 251 StGB a.F.; vgl. ferner *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 250 Rn. 10 m.w.N.

⁵ BGHSt 20, 194 (197); Hervorhebung durch Verf.

⁶ BGHSt 31, 105 (107).

⁷ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 2.

der, ob die Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorlagen. Problematisch ist das allein deshalb, weil das Landgericht nicht auszuschließen vermochte, dass es dem Angeklagten "nicht mehr darum ging, das Geld zu behalten", als er sich aus dem Zugriff der Passanten durch Einsatz des mitgeführten Pfeffersprays zu befreien versuchte. Da die Beweiswürdigung – von Ausnahmen abgesehen – revisionsgerichtlich nicht überprüfbar ist, oblag dem 5. Senat nur die Entscheidung darüber, ob der Angeklagte auf der Grundlage dieser rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bei der Tat des räuberischen Diebstahls eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendete und infolgedessen zu Recht eines (besonders) schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB schuldig befunden wurde.

Wäre es für die Verwirklichung des 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erforderlich, dass der Täter das gefährliche Tatmittel im Zeitraum des unmittelbaren Ansetzens bis zur tatbestandlichen Vollendung einsetzt, ergäbe sich die Lösung ohne Weiteres aus dem Gesetz: Zwar verübte der Angeklagte auch durch den Einsatz des Pfeffersprays, bei einem (hier schon durch das Ergreifen des Geldes vollendeten) Diebstahl auf frischer Tat betroffen, Gewalt gegen Personen, sodass dieses Verhalten den objektiven Tatbestand des § 252 StGB (erneut) verwirklichte. Zu seinen Gunsten musste aber davon ausgegangen werden, dass er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit Besitzerhaltungsabsicht handelte. Soweit diese Absicht bei den zeitlich früheren, ebenfalls den objektiven Tatbestand des § 252 StGB verwirklichenden Gewaltanwendungen vorlag, verwandte er dagegen kein gefährliches Tatmittel, sondern führte dieses lediglich im Sinne der weniger schwerwiegenden Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB bei sich. Wegen des zu unterstellenden Fortfalls der Besitzerhaltungsabsicht vor Einsatz des Pfeffersprays kann diese Gewaltanwendung aber mit den vorhergehenden unter dem Gesichtspunkt des § 252 StGB keine tatbestandliche Handlungseinheit mehr bilden. Der Einsatz des Pfeffersprays erfolgte deshalb nach Vollendung des räuberischen Diebstahls und kann damit die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht mehr verwirklichen, wenn ein Handeln nach diesem Zeitpunkt außer Betracht bleibt.

Der Fall erscheint dagegen problematisch, wenn man mit der Rechtsprechung annimmt, es reiche aus, dass das gefährliche Tatmittel bis zur Beendigung der Tat (hier der Sicherung des Gewahrsams) eingesetzt wird. Eine objektive Beendigung des räuberischen Diebstahls war schon wegen der vom 5. Senat mit Recht konstatierten "Versuchsnähe" der Tat bei Verwendung des Pfeffersprays nicht gegeben. Damit stellt sich die vom Landgericht in erster Instanz verneinte Frage, ob der Täter bei dieser Fallgestaltung für die Verwirklichung der Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch nach Vollendung des räuberischen Diebstahls noch die Absicht der Besitzerhaltung gehabt haben muss. Der 5. Senat bejaht dies. Das Tatmittel müsse "zur Sicherung des Besitzes

an dem gestohlenen Gut eingesetzt"¹⁰ werden, weshalb die Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nach Vollendung des räuberischen Diebstahls nur vorliegen könnten, wenn die Besitzerhaltungsabsicht in diesem Zeitpunkt noch fortbestehe. Im Ergebnis hat der Angeklagte damit auch nach dieser Sichtweise nur die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB verwirklicht. Zusätzlich zu der gefährlichen Körperverletzung sei er wegen des Einsatzes des Pfeffersprays aber einer versuchten Nötigung schuldig zu sprechen.¹¹

Argumentativ stützt sich der Senat auf folgende Erwägungen: Da auch die weniger schwerwiegende Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB voraussetze, dass "die Waffe in einem Handlungsabschnitt mitgeführt werden muss, der wenigstens zu einer Intensivierung der tatbestandstypischen Rechtsgutsverletzung bzw. zur Sicherung des Erlangten dient", könne für den besonders schweren Raub nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nichts anderes gelten. 12 ,,Nur der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels zur Sicherung des durch den Diebstahl Erlangten" begründe "den besonderen Unrechtsgehalt des nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB qualifizierten räuberischen Diebstahls" und stelle "ihn dem nach derselben Vorschrift qualifizierten Raub gleich"¹³. Weil sich das Landgericht für die gegenteilige Rechtsansicht auf die zum Tatbestand des Raubes mit Todesfolge (§ 251 StGB) ergangene Entscheidung BGHSt 38, 295 berufen hatte, 14 weist der Senat ferner darauf hin, dass der Täter in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt auch nach Vollendung des dort einschlägigen Raubes (§ 249 StGB) noch mit der Absicht der Beutesicherung gehandelt habe¹⁵.

III. Würdigung

Die Argumentation des 5. Senats erscheint auf den ersten Blick zirkulär. Zunächst wird ohne Begründung angenommen, dass jedenfalls die Qualifikation des Beisichführens gefährlicher Tatmittel in einer Geschehensphase erfolgen müsse, die zur Sicherung des gestohlenen Gutes dient. Damit wird als Prämisse gesetzt, dass das Verhalten, bei welchem der Täter i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB eine Waffe bei sich führt, von Beutesicherungsabsicht getragen wird. Gewiss ist es folgerichtig, daraus den Schluss zu ziehen, Gleiches müsse beim Verwenden der Waffe i.S.d § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB gelten. Warum diese Absicht beim Beisichführen nach Vollendung vorliegen muss, bedarf aber ebenfalls der Begründung. Aus der Erwägung, nur "der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels zur Sicherung des durch den Diebstahl Erlangten" begründe "den besonderen Unrechtsgehalt des nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB qualifizierten räuberischen Diebstahls"16, lässt sich dieser Schluss prima vista nicht

⁸ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 2.

⁹ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 7.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 2.

¹¹ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 6.

¹² BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 4.

¹³ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 4 letzter

¹⁴ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 3.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 5.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 4 letzter Satz.

ziehen. Dass der Unwert des räuberischen Diebstahls in dem Einsatz raubspezifischer Nötigungsmittel in Besitzerhaltungsabsicht besteht, ist selbstverständlich. Die Frage, ob ein Geschehensabschnitt nach Vollendung der Raubtat nur unter der zusätzlichen Voraussetzung fortbestehender Zueignungsbzw. Besitzerhaltungsabsicht als Begehung derselben gewertet werden kann, wird dadurch nicht geklärt.

Bei näherem Hinsehen verbirgt sich die inhaltliche und in der Sache zutreffende Begründung aber in dem Hinweis darauf, dass es sich bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB um den qualifizierten Fall einer Raubtat handelt ("des nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB qualifizierten räuberischen Diebstahls"¹⁷). Sobald man für die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch eine Verwendung des gefährlichen Tatmittels nach Vollendung des Grunddelikts ausreichen lässt, ist es zur Wahrung des Deliktcharakters erforderlich, auch in dieser Phase das Fortbestehen der Zueignungs- respektive Besitzerhaltungsabsicht zu verlangen. Anderenfalls müsste die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB als Tatbestand verstanden werden, der die Verwirklichung des Grunddeliktes mit anschließender (und davon unabhängiger) Waffenverwendung erfasst. Dies als schweren Fall des Raubes zu verstehen, fiele (ganz im Sinne der Argumentation des 5. Senats) schon deshalb schwer, weil im zweiten Handlungsabschnitt der für die Tatbestände des Raubes und des räuberischen Diebstahls charakteristische Finalkonnex zwischen Nötigung und Wegnahme bzw. Beutesicherung fehlt.

Vor diesem Hintergrund ist richtigerweise sogar davon auszugehen, dass die Tat eines räuberischen Diebstahls nicht nur dann beendet wird, wenn das Ziel der Besitzerhaltung durch die Sicherung des Gewahrsams erreicht wird, sondern auch, wenn der Täter ohne Erreichen dieses Zieles von diesem Abstand nimmt. Wenn der 1. Senat in der eingangs erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 1965 das Verhalten des Täters nach Vollendung des Raubes deshalb als weitere Verwirklichung dieser Tat angesehen hat, weil es eine "weitere Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht"¹⁸ darstellt, dann ist die Kehrseite einer so begründeten Ausdehnung des Zeitraums der Tatbegehung, dass ein Handeln ohne Zueignungsabsicht nicht als Begehung eines Raubes bewertet werden kann. Entsprechendes gilt für die Besitzerhaltungsabsicht beim räuberischen Diebstahl. Ein Verhalten, das erst zu einem Zeitpunkt vorgenommen wird, in dem der Täter das Ziel der Beutesicherung bereits aufgegeben und die Begehung des räuberischen Diebstahl beendet hat, erfolgt demzufolge auch nach der Rechtsprechung nicht mehr bei, sondern nach Begehung dieser Tat. Die Entscheidung bestätigt bei dieser Sichtweise eine auch bislang unumstrittene Selbstverständlichkeit: dass die Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach Vollendung einer Raubtat die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB allenfalls verwirklichen kann, wenn die Raubtat noch nicht beendet ist.

Nicht zu überzeugen vermag es allerdings, wenn der Senat die Entscheidung BGHSt 38, 295, auf die sich das Landgericht in seiner Begründung berufen hatte, mit dem lakonischen Hinweis für nicht einschlägig erachtet, dass der Täter dort bei seinem Verhalten nach Vollendung der Raubtat auch in der Absicht der Beutesicherung gehandelt hatte. Der seinerzeit erkennende 3. Strafsenat hatte die Frage zu beurteilen, ob eine Strafbarkeit wegen Raubes mit Todesfolge (§§ 249, 251 StGB) auch dann gegeben sein kann, wenn der Täter Gewalt gegen eine Person bei einem schon vollendeten, aber noch nicht beendeten Raub anwendet und dadurch den Tod einer Person herbeiführt. Er bejahte dies im konkreten Fall, obwohl eine Anwendung des § 251 StGB auch über § 252 StGB zu erzielen gewesen wäre. Nach Ansicht des 3. Strafsenats war aber zu berücksichtigen, dass "§ 252 StGB nur einen Teil der in Betracht kommenden Fälle erfassen würde, da er die Absicht der Beuteerhaltung voraussetzt und somit bei bloßer Fluchtsicherung nicht eingreifen könnte"¹⁹.

Man kann es den im vorliegenden Fall erstinstanzlich zuständigen Richtern kaum verübeln, dass sie aus dieser Begründung den Schluss gezogen haben, beim Verwenden eines gefährlichen Tatmittels nach Vollendung der Raubtat müsse der Täter ebenfalls nicht notwendig in der Absicht der Beutesicherung gehandelt haben. Angesichts der Entscheidung des 5. Senats wird man nunmehr trefflich darüber streiten können, ob der BGH in Zukunft eine tödlich wirkende Gewaltanwendung nach Vollendung der Raubtat für eine Strafbarkeit wegen Raubes mit Todesfolge (§§ 249, 251 StGB) ausreichen lassen wird, wenn der Täter dabei ohne Beutesicherungsabsicht handelt. Die Argumentation des 3. Strafsenats in der Entscheidung BGHSt 38, 295 spricht dafür; mit dem vorliegenden Beschluss des 5. Strafsenats wäre ein solches Ergebnis aber allenfalls mit einer von BGHSt 38, 295 abweichenden Begründung²⁰ in Einklang zu bringen.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

¹⁷ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 5 StR 445/08, Rn. 4 letzter Satz

¹⁸ BGHSt 20, 194 (197).

¹⁹ BGHSt 38, 295 (298, letzter Satz); kritisch dazu etwa *Rengier*, JuS 1993, 460 (462 f.).

²⁰ Vgl. dazu F.-C. Schroeder, JZ 1993, 52 letzter Absatz.

Ein Jahrhundertjurist ist hundert: Werner Flume

Von Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg*

Jeder, der sein Jurastudium auch nur annähernd ernsthaft angeht, begegnet ihm bereits im ersten Semester: Werner Flume, Verfasser des bis heute unerreichten Standard-Lehrbuchs zur Rechtsgeschäftslehre des BGB¹, hat am 12. September 2008 sein 100. Lebensjahr vollendet. Die deutsche Rechtswissenschaft kann damit einem ihrer ganz Großen gratulieren. Denn so selten wie hundertste Geburtstage sind auch Juristen von seinem Format. Betreibt der angehende Jurist seine Studien nur ebenso ernsthaft weiter, wie er sie begonnen hat, erschließt sich ihm schon bald, dass Flumes herausragende Bedeutung nicht auf das Bürgerliche Recht beschränkt bleibt. Sie erstreckt sich gleichermaßen auf das Handels- und Gesellschaftsrecht, das Steuerrecht, das Römische Recht und die Methodenlehre. Auf all diesen Feldern sind mit dem Namen Werner Flume bedeutende, vielfach bahnbrechende und längst zum Allgemeingut gewordene Thesen verbunden. Diese Bedeutung spiegelt sich nicht zuletzt auch in den zahlreichen akademischen Ehrungen wider, die Flume zuteil wurden. Bereits 1952 nahm ihn die Göttinger Akademie der Wissenschaften auf. Ferner ist er Mitglied der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und korrespondierendes Mitglied sowohl der Bayerischen Akademie der Wissenschaften als auch, was Seltenheitswert für einen deutschen Wissenschaftler hat, der British Academy. 1982 verlieh ihm die juristische Fakultät der Universität Regensburg die Ehrendoktorwürde.

II.

Werner Flume wurde am 12. September 1908 im westfälischen Kamen geboren. Nach dem Abitur in Hamm ging er im Sommersemester 1927 nach Tübingen, zunächst, um dort Geschichte und Alte Sprachen zu studieren. Als er allerdings eine Vorlesung von Philipp Heck über "Grundzüge des Bürgerlichen Rechts mit schriftlichen Arbeiten" besuchte, war es um ihn geschehen. Bereits nach der ersten Stunde war ihm klar: "Das machst Du auch!" Und so erscheint es fast schon als Ironie der Geschichte, dass in diesem bemerkenswerten Tübinger Moment ausgerechnet der Begründer der Interessenjurisprudenz den späteren Wiederbegründer einer ge-

schichtlichen Rechtswissenschaft für das Jurastudium entflammt. Gleich zum Wintersemester 1927/28 wechselte Flume allerdings nach Bonn. Hier fand er in dem Romanisten Fritz Schulz² seinen akademischen Lehrer. Unterbrochen nur * Der Beitrag wird ebenfalls in Heft 1/2009 der Studentischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (StudZR) erdurch ein Berliner Semester (WS 1928/29) blieb Flume über das Referendarexamen vor dem OLG Köln 1930 bis zur Promotion im Juli 1931 an der Bonner Fakultät. Die römischrechtliche Dissertation hatte die Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen zum Thema³. Zum Wintersemester 1931/32 folgte Flume seinem Lehrer Fritz Schulz als Assistent nach Berlin, der einen Ruf an die dortige Fakultät angenommen hatte. Bereits zum Ende des Wintersemesters 1932/33 lag hier dann im Kern die berühmte, schließlich aber erst 1948 erschienene Schrift "Eigenschaftsirrtum und Kauf" (Neudruck 1975) vor. Sie sollte Grundlage für die im März 1933 bei der Berliner Fakultät beantragte Habilitation werden. Dazu kam es allerdings nicht mehr. Fritz Schulz wurde als Sohn einer jüdischen Mutter und Ehemann einer Rabbinerstochter aufgrund des "Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" bereits zum Ende des Sommersemesters 1933 um sein Berliner Amt gebracht und bis zur Zwangsemeritierung 1935 nach Frankfurt a.M. versetzt. Flume selbst legte sich auf einer Assistentenversammlung mit dem der SA zugehörigen Dozentenschaftsführer an, als dieser zum Boykott aller jüdischen und "jüdisch versippten" Professoren aufrief. Es fiel das Wort "Schwein". Und Flume hatte fortan einen Todfeind, der ihn (möglicherweise nur aufgrund seiner eigenen Ermordung im Zuge des sog. Röhm-Putsches am 30. Juni 1934) zwar nicht, wie mehrfach angekündigt, ins Konzentrationslager Oranienburg, wohl aber um die angestrebte Berliner Habilitation brachte.

Mit diesen Ereignissen nahm Flumes Leben eine entscheidende Wendung, die er heute als Glück bezeichnet. Er nahm den zu Habilitationszwecken unterbrochenen Referendardienst wieder auf und absolvierte Anfang 1936 das Assessorexamen, was für angehende Romanisten in dieser Zeit keineswegs üblich war. Die schon während der Referendarzeit begonnene Tätigkeit in einem Druck- und Verlagskonzern wurde anschließend zu seinem Hauptberuf. Sie machte Flume mit dem Gesellschafts- und Steuerrecht vertraut. Bis Sommer 1944 konnte er in führender Stellung in dem Konzern arbeiten. Danach war die Einberufung allerdings nicht mehr zu vermeiden. Der Krieg endete für Flume schließlich glücklich mit einer Flucht aus der russisch besetzten Zone und kurzer amerikanischer Gefangenschaft.

Staatsbürger, starb er 1957 in Oxford. Zu seinen Hauptwerken gehören: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), S. 1 ff.; Prinzipien des Römischen Rechts, 1934 (engl. Übersetzung: Principles of Roman Law, 1936); Classical Roman Law, 1951; History of Roman Legal Science, 1953 (dt. Übersetzung: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961). S. außerdem Ernst, in: Beatson/Zimmermann (Hrsg.), Jurists Uprooted, Germanspeaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain, 2004, S. 105 ff.

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 1. Aufl. 1965, 2. Aufl. 1975, 3. Aufl. 1979, 4. Aufl. 1992.

² Fritz Schulz, geb. 1879, emigrierte 1939, vier Jahre nach seiner Zwangsemeritierung durch die Nationalsozialisten, über die Niederlande nach England. Seit 1947 britischer

Flume, Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen, 1932.

Der berufliche Wiedereinstieg gelang zunächst in einem mittelständischen Dortmunder Druck- und Verlagsunternehmen sowie als Justitiar eines Hüttenwerks. Zudem begann Flume bereits 1946, wöchentlich Artikel im Handelsblatt zur Finanz- und Steuerpolitik sowie zum Steuerrecht zu schreiben. Die steuerrechtlichen Beiträge erschienen ab 1948 nurmehr in der neu gegründeten und maßgeblich von ihm geprägten Zeitschrift "Der Betrieb". Das eigentliche Ziel Flumes nach dem Krieg aber war die Habilitation. Sie erfolgte 1946 in Bonn noch unter dem Patronat von Wolfgang Kunkel, obwohl dieser bereits 1943 einem Ruf nach Heidelberg gefolgt war. Entgegen vielfacher Ansicht wurde hier als Habilitationsschrift nicht "Eigenschaftsirrtum und Kauf", sondern der Aufsatz "Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligationen nach klassischem römischem Recht"⁴ zugrunde gelegt. Die Thesen aus "Eigenschaftsirrtum und Kauf" dienten als Grundlage für das Kolloquium am 18. Dezember 1946 und die Antrittsvorlesung im Februar 1947. Eine Berufung ließ allerdings auf sich warten. Sie erfolgte erst 1949 auf einen romanistischen Lehrstuhl in Göttingen, wobei die Umstände bemerkenswert waren: Nach der Absage des Erstplazierten, Franz Wieacker, überging das Ministerium den Zweitplazierten und berief sogleich den Privatdozenten Werner Flume. Die Rückberufung nach Bonn erfolgte 1953, allerdings nicht auf den seit dem Weggang Wolfgang Kunkels verwaisten romanistischen Lehrstuhl, den auch Flumes Lehrer Fritz Schulz innegehabt hatte. Flume wurde vielmehr auf einen in seiner Verbindung mit dem Zivilrecht damals einzigartigen Lehrstuhl für Steuerrecht berufen, als zweiter der seinerzeit allein für einen solchen Lehrstuhl in Betracht kommenden Kandidaten. Ab dem Sommersemester 1957 übernahm Flume dann allerdings auch formal den nach wie vor verwaisten romanistischen Lehrstuhl. 1959 folgte ein Ruf nach Heidelberg, den er allerdings ablehnte.

Die unruhigen Zeiten an der Universität Ende der 1960er Jahre haben Flume bis hin zu massiven gesundheitlichen Beeinträchtigungen zugesetzt. Die Aufgabe seiner Vorstellungen von Universität oder auch nur ein Kleinbeigeben wären für ihn auch hier nie in Betracht gekommen, zumal dieser Institution als Hort des freien wissenschaftlichen Geistes ja bereits seit über 40 Jahren sein ganzes Streben und seine ganze Leidenschaft galten. Ihr zuliebe wurden nicht nur die finanziell sehr viel lukrativeren Möglichkeiten in der Wirtschaft, sondern auch zwei Angebote einer Bundestagskandidatur ausgeschlagen. Dem entspricht es, dass Flume immer auch ein leidenschaftlicher Lehrer war. Seine achtstündigen Anfängervorlesungen in Bonn sind legendär. Und auch in hohem Alter vermochte er es noch, ein großes Auditorium mühelos in seinen Bann zu schlagen⁵. Dabei verstand er sich freilich nie als Hochschulpädagoge oder -didaktiker. Sein Lehrerfolg gründete vielmehr allein in der Leidenschaft für den vermittelten Stoff, wie sie nur durch eine tiefe Verankerung der Lehre in der Forschung entstehen kann.

⁴ Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1936, 19-85 (= Ges. Schr., Band I, S. 80 ff.).

Von besonderer Bedeutung war und ist *Flume* die Beziehung zu seinen akademischen Schülern im engeren Sinne. Ihr Fortkommen zu fördern und nicht ihre Arbeitskraft auszubeuten war sein stets auch in die Tat umgesetztes Bestreben. Denn die Schüler sind es, welche die Fackel weiterzutragen haben⁶. Zwei Aspiranten aus *Flumes* Göttinger Zeit verwehrte das Schicksal die Stabübernahme. *Klaus Toebelmann* wurde vor der Habilitation Opfer eines Krebsleidens⁷, ein anderer Opfer seiner eigenen Ansprüche. Unübersehbar leuchtet und leuchtete dafür das Licht seiner vier Bonner Schüler: *Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker* und *Jan Wilhelm.* Auch ist es maßgeblich *Werner Flume* zu verdanken, dass *Eberhard von Olshausen* der Wissenschaft erhalten werden konnte.

III.

In einer Zeit, die den Rang ihrer Wissenschaftler in Krämermanier vornehmlich nach Drittmitteleinnahmen, Zahl der veranstalteten Kongresse, Zahl der Publikationen und Zahl der Beziehungen ("networking") bemisst, mag es wie Musik aus fernen Landen klingen: Bedeutung erlangt der Wissenschaftler allein durch die Kraft seiner Thesen und die durch sie bewirkten Erkenntnisgewinne. Nur so erschließt sich unabhängig von allen äußeren Ehrungen auch die herausragende Stellung von Werner Flume in der Jurisprudenz des 20. Jahrhunderts, für die mit dem Wort vom Jahrhundertjuristen wahrlich nicht zu hoch gegriffen ist. Schon der Blick auf die wichtigsten seiner Lehren zum geltenden Recht und die hier von ihm angestoßenen Entwicklungen führt dies schlaglichtartig vor Augen:

In "Eigenschaftsirrtum und Kauf" hat Flume gegen die damals ganz herrschende Meinung den sog. subjektiven Fehlerbegriff entwickelt. Dieser ist heute längst Allgemeingut und findet sich seit der Schuldrechtsmodernisierung auch wenngleich in wenig glücklicher Formulierung – im Gesetz (§ 434 BGB). Mit seinem Beitrag "Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht" in der Festschrift für Hans Niedermeyer 1953 legte Flume den Grundstein für eine umfassende, später immer weiter ausgebaute Lehre zur ungerechtfertigten Bereicherung⁸. Deren Kern besteht in der Ausrichtung des Bereicherungsanspruchs auf das Gesamtvermögen des Bereicherungsschuldners (Abkehr von der Gegenstandsorientierung). Und sie hat ihre größte Wirkkraft wohl in der Kritik an der sog. Saldotheorie entfaltet, mit der die ganz herrschende Meinung dieser Zeit den Problemfall in den Griff zu bekommen versuchte, dass bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge die Sachleistung wegen Untergangs nicht mehr herauszugeben ist. Wie bahnbrechend diese Leistung war, zeigt nicht zuletzt die - den Studenten freilich kaum freudig stimmende

⁵ S. Altmeppen, NZG 2003, 865; Gaul, JZ 1988, 865 (866); Picker, JZ 1998, 892; Wilhelm, NJW 1998, 2796 (2797).

⁶ S. *Flume*, in: Schön et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk, 1997, S. 7.

⁷ S. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 282 f. Fn. 104.

⁸ Zusammengeführt von *Wolfgang Ernst*, in: *Werner Flume*, Studien zur Lehre von der ungerechtfertigen Bereicherung, Tübingen 2003.

- Vielzahl an Lösungsvorschlägen und Theorien, die in der Folge als Alternative zu der als unhaltbar erkannten Saldotheorie entwickelt wurden. Neben Flumes eigener Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung⁹ sind etwa zu nennen die Lehre vom faktischen Synallagma¹⁰, die Lehre von der normativen Korrektur des § 818 Abs. 3 BGB¹¹, die Lehre von der Gegenleistungskondiktion¹², die Lehre von der Beachtlichkeit hypothetischer Vermögensentwicklungen im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB¹³ sowie jüngst noch die Lehre vom Rechtsgrundlosigkeitszusammenhang¹⁴. Binnen Jahre hat die Geschichte damit einem Satz des BGH die Grundlage entzogen, den dieser schon 1970 seriöserweise so nicht mehr hätte formulieren dürfen: "Wird ein gegenseitiger Vertrag angefochten, so entbehren die beiderseitigen Leistungen des rechtlichen Grundes. Sie sind herauszugeben. Voraussetzung ist aber, wie sich aus § 818 Abs. 3 BGB ergibt, daß der Empfänger noch bereichert ist. Ob noch eine Bereicherung vorhanden ist, ist grundsätzlich nicht isoliert für die einzelne Leistung zu betrachten (so die ältere Zweikondiktionen-Theorie), sondern beurteilt sich danach, ob unter Berücksichtigung der Gegenleistung für eine Partei noch ein Überschuss bleibt (Saldotheorie, allgemein anerkannt; anders nur noch Flume, Festschrift für Niedermeyer S. 103)."15

Durchschlagenden Erfolg gerade auch beim BGH hatte Flume demgegenüber mit seiner 1950 entwickelten sog. Vertragsbruchtheorie¹⁶. Mit ihr hat er bei einer Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Sicherungszession den Vorrang des Warenlieferanten auch für den Fall begründet, dass die Sicherungszession zeitlich vor der Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts erfolgte und damit nach dem Prioritätsgrundsatz an sich der Geldkreditgeber Vorrang haben müsste. Der BGH hat diese Begrün-

dung in seiner Entscheidung vom 30. April 1959¹⁷ übernommen und in der weiteren Folge zur ständigen Rechtsprechung ausgebaut¹⁸. Dass die Vertragsbruchtheorie durchaus anfechtbar ist¹⁹, mindert ihre Bedeutsamkeit nicht. Denn ihr bleibt das Verdienst, Wissenschaft und Praxis in einer rechtlich wie ökonomisch hochbedeutsamen Frage zur Suche nach *sachlich* begründeten Antworten gezwungen zu haben, wo das geltende Recht scheinbar nur formal begründete Lösungen bereithält.

Ein Monument der Zivilrechtswissenschaft hat Werner Flume neben all dem mit seinem allseits bekannten "Rechtsgeschäft", dem zweiten Band des insgesamt drei Bücher umfassenden Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts geschaffen. Dieses Werk ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert und auf seinem Feld bis heute ein Solitär. Das gilt zunächst inhaltlich. Paukenschlagartig²⁰ stellt Flume die Privatautonomie des Einzelnen an den Anfang und in die Mitte seines Buches; und dies in einer Zeit (Erstauflage 1965), in der die Privatautonomie und mit ihr das gesamte überkommene System des Bürgerlichen Rechts den führenden Vertretern der Zivilrechtswissenschaft wenig galt. Überwiegend hielt man beides für die Ausgeburt eines überlebten Sozialmodells. Nicht auf die Gewährleistung, sondern auf die Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit des Einzelnen verwandte man die geistige Kraft. Und dabei spielte die junge Verfassung mit ihrem Sozialstaatsprinzip für die drängenden bürgerlichrechtlichen Fragen nicht selten eine größere Rolle als das BGB. "Das Rechtsgeschäft" war deshalb neben seiner - keineswegs bruchlos durchgehaltenen inhaltlichen Ausrichtung aber auch ein methodologischer Paukenschlag. Der Stoff wird nach Art der geschichtlichen Rechtswissenschaft behandelt. Einen dem Zeitgeist geschuldeten Neubau der Lehre vom Rechtsgeschäft etwa durch ihre Aufladung mit verfassungs- oder gar außerrechtlichen Wertungen lehnt Flume dezidiert ab. Vielmehr sollen die einschlägigen Regelungen des BGB als Ergebnis einer historischen Entwicklung erkannt und verstanden werden, um sie im Lichte und in Anknüpfung an diese Entwicklung ggf. auch fortzuentwickeln. Für eine Zivilrechtswissenschaft, die sich für das 19. Jahrhundert verbreitet die bequeme Schablone einer so realitäts- wie gerechtigkeitsfernen Begriffsjurisprudenz zurechtgelegt hatte, musste das Buch damit doppelte Provokation sein. Sein Rang wurde gleichwohl auch von Kritikern nie in Zweifel gezogen²¹.

Welche Wirkkraft "Das Rechtsgeschäft" entfaltet hat, ist hier nicht im Einzelnen nachzuzeichnen. Drei Hinweise mögen genügen: Wo immer man sich heute mit dem Grundsatz der Privatautonomie ernsthaft auseinandersetzt, wird diese –

⁹ S. Flume, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Göttingen (Hrsg.), Festschrift Niedermeyer, 1953, S. 155 (= Studien[Fn. 8], S. 72).

<sup>S. v. Caemmerer, in: Dölle et al. (Hrsg.), Festschrift Rabel,
Bd. 1, 1954, S. 333 (384 ff.); Leser, Von der Saldotheorie
zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg i. Br. 1956,
S. 49 ff.; dens., Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 110 ff.</sup>

¹¹ S. *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 50 ff.; *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 818 Rn. 124; i.E. ähnlich *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 599 ff.; s. jüngst wieder *Linke*, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S. 134 ff.

¹² S. *Canaris*, in: Pfister/Will (Hrsg.), Festschrift W. Lorenz, 1991, S. 19 ff.

¹³ S. *Frieser*, Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung, 1987, S. 252 ff.

¹⁴ S. *Mossler*, Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung, 2006, S. 140 ff.

¹⁵ BGHZ 53, 144 (145).

¹⁶ S. *Flume*, NJW 1950, 841 (847) sowie später auch noch AcP 154 (1955), 560 ff. und NJW 1959, 913 (918).

¹⁷ BGHZ 30, 149.

¹⁸ Vgl. BGHZ 55, 34 (35); 72, 308 (310); 98, 303 (314 f.); BGH, NJW 1999, 2588 (2589); NJW 2005, 1192 (1193).

¹⁹ Vgl. aus jüngerer Zeit nur etwa *Picker*, JuS 1988, 375 (378 ff.); *Eidenmüller/Engert*, in: Bork/Hoeren/Pohlmann (Hrsg.), Festschrift Kollhosser, Bd. II, 2004, S. 103, (107 ff.).

²⁰ Vgl. *Rückert*, in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, 2003, vor § 1 Rn. 108.

²¹ S. nur *Brox*, JZ 1966, 761 (767).

vielfach schon ohne jeden Nachweis - im Sinne des berühmten ersten Satzes des "Rechtsgeschäfts" als "das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen" verstanden²². Dabei steht heute im Grunde auch nicht mehr im Streit, dass dieses Prinzip zu den prägenden Strukturelementen des geltenden Privatrechts gehört. Mit welcher Wucht Flumes Forderung nach einer Rückbesinnung auf dieses Strukturprinzip damals eingeschlagen hat, zeigen am deutlichsten wohl die schon kurz darauf spürbaren Auswirkungen auf das Arbeitsrecht als einem – zumal in dieser Zeit – geradezu klassischen privatautonomieskeptischen, wenn nicht gar -feindlichen Feld. So ist insbesondere Reinhard Richardis in dieser Zeit nicht minder bemerkenswerte und gegen den Strom schwimmende Habilitationsschrift über "Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses" aus dem Jahr 1968 merklich von *Flume* beeinflusst²³. Dass man heute in Bezug auf die Tarifautonomie ganz selbstverständlich (wenn auch nicht immer mit Recht) von "kollektiv ausgeübter Privatautonomie" spricht²⁴, markiert deshalb einen im Arbeitsrecht vor gut 40 Jahren kaum vorstellbaren Umbruch, der – jedenfalls mittelbar – ganz maßgeblich auch von Werner Flume befördert wurde. Generell, und das ist der abschließende dritte Hinweis auf die Wirkungsmächtigkeit des "Rechtsgeschäfts", hat die Privatautonomie als Grundprinzip unserer Rechtsordnung heute wieder einen Stellenwert erlangt, der selbst diejenigen, die ihr den größten Tort antun, dazu zwingt, sich dem Grundsatz nach zu ihr zu bekennen und ihr Handeln mit mehr als rechtsfernen Hinweisen auf überlebte Sozialmodelle zu rechtfertigen²⁵.

In seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des BGB, namentlich in den zwei Teilen des ersten Bandes, spiegelt sich auch Werner Flumes Bedeutung für das Handels- und Gesellschaftsrecht. Wieder stehen diese Werke aber nicht etwa am Anfang seiner Forschungen auf diesen Feldern, sondern bilden gleichsam die Summa. Sie sind Lehrbuch im ursprünglichen und idealtypischen Sinn, weil sie die zuvor in Einzeluntersuchungen erarbeitete Lehre für ein ganzes Rechtsgebiet zusammenfassen und vervollständigen. Im Gegensatz zum Gros der heutigen Lehrbuchliteratur erschöpft sich die Motivation des Verfassers nicht in didaktischen Zielen, wie sie auch Schulbücher verfolgen. Vielmehr leitet ihn allein der rote Faden.

Teilband 1 des ersten Bandes enthält das Bahnbrechende bereits im Titel. Die *Personengesellschaft* wird im Allgemeinen Teil behandelt, weil *Flume* sie als rechtsfähige Wirkungseinheit, als "*Gruppe*" sieht. Mit dieser ursprünglich gegen die ganz herrschende Meinung gerichteten Sicht hat er

sich heute weitgehend durchgesetzt. In seiner berühmten Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts vom 29. Januar 2001²⁶ ist schließlich auch der BGH *Flume* gefolgt.

In Teilband 2 über die juristische Person werden naturgemäß auch die Grundlagen des Aktienrechts behandelt, das *Flume* bereits früher maßgeblich beeinflusst hatte. So gingen insbesondere die Regelungen über den *faktischen Konzern* in der Aktienrechtsreform 1965 auf ihn zurück. Der Gesetzgeber zog die *Flume*'sche Konzeption schließlich dem ursprünglichen Referentenentwurf vor.

Pioniertaten hat Werner Flume nicht nur im Privatrecht, sondern gleichermaßen - und schon diese Kombination der Arbeitsfelder war zu Beginn seiner Professorentätigkeit bemerkenswert - im Steuerrecht vollbracht. Die spezifische Sicht des Zivilrechtlers und die praktische Erfahrung als Unternehmensjurist führten ihn zu einer Forderung, die uns heute weitgehend selbstverständlich erscheint, die aber in ihrer Zeit alles andere als selbstverständlich war und mit der Flume der modernen Steuerrechtswissenschaft eine entscheidende Prägung gegeben hat: die Forderung, dass Steuergesetze, sollen sie "Recht" sein, auch materiellen Rechtsgehalt aufweisen müssen²⁷. Darunter verstand er dann allerdings mehr als nur eine allgemeine Orientierung an der Rechtsidee und den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Als "Recht" unterlägen die Steuergesetze vielmehr dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung, dem Gesetz der Kongruenz²⁸. Damit nahm Flume im Kern bereits 1952 etwa auch das vorweg, was in der verfassungsrechtlichen Diskussion über die Steuergesetzgebung erst sehr viel später anerkannt und unter dem Schlagwort des steuerrechtlichen Halbteilungsgrundsatzes schließlich sogar in - bekanntlich hochkontroverse - Prozentvorgaben umgesetzt wurde, dass nämlich ein Steuergesetz die Güterverteilung der allgemeinen Rechtsordnung von einer bestimmten Grenze ab "außer Kurs" setzen kann: "Wenn die Erbschaftssteuer den Erbschaftserwerb ganz oder im ,Übermaß' wegnimmt, so wird mit dem Erbrecht das Privateigentum als das entscheidende Strukturelement unserer Rechtsordnung in Frage gestellt"29.

Es wäre verwunderlich, wenn Werner Flume nicht auch dort Anstoß zu neuen Sichtweisen gegeben hätte, wo sein wissenschaftliches Arbeiten den Anfang nahm, im Römischen Recht. Die Summa findet sich hier in dem 1990 er-

²² S. nur BVerfGE 72, 155 (170 f.); 89, 214 (231).

²³ S. *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 7 ff.

²⁴ St. Rspr. seit BAGE 88, 118 (123); s. BAG NZA 1998, 775 (776); NZA 1998, 778 (779); NZA 2002, 917 (918); BAGE 118, 232 (240).

²⁵ Vgl. hierfür nur die Begr. zum RegE eines allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), BT-Drucks. 16/1780, S. 39.

²⁶ BGHZ 146, 341.

²⁷ S. *Flume*, Steuerwesen und Rechtsordnung 1952, S. 6. (= Festschrift Smend, 1952, S. 59 [60]).

²⁸ S. *Flume*, Steuerwesen und Rechtsordnung 1952, S. 6. (= Festschrift Smend, 1952, S. 59 [60]).

²⁹ S. *Flume* (Fn. 27), S. 7 f. (= Festschrift Smend, 1952, S. 59, [62]); s. entsprechende erste Anklänge beim BVerfG in der Entscheidung BVerfGE 19, 119; wohl deutlich über *Flumes* eigene Vorstellungen hinaus (vgl. *dens.*, DB 1995, 1779) hat sich die entsprechende Erkenntnis schließlich auf der Basis grundlegender Arbeiten von *P. Kirchhof* in der Entscheidung BVerfGE 93, 121 durchgesetzt. Sie wurde im Grundsatz auch durch die Entscheidungen BVerfGE 95, 267; 115, 97 nicht mehr in Zweifel gezogen.

schienen Band "Rechtsakt und Rechtsverhältnis". Flume verfolgt in den dort versammelten Untersuchungen die These, dass sich das juristische Denken der Römer von dem unseren grundlegend unterscheidet, weil es nicht auf Rechts- oder auch Schuldverhältnisse bezogen war, die sowohl gegenüber ihrem Begründungsakt als auch den aus ihnen resultierenden Klagen (heute: Ansprüchen) verselbstständigt waren. Die "Pole" des Denkens der römischen Juristen seien allein der Rechtsakt (etwa der Vertragsschluss) und die hieraus resultierende actio (heute etwa ein Erfüllungsanspruch) gewesen. Warum es bei den Römern etwa keine direkte Stellvertretung und auch keinen Vertrag zugunsten Dritter geben konnte, lässt sich so unschwer erklären.

Flumes romanistische Forschungen wurden allerdings nie allein von seiner Liebe zu den alten Sprachen, seinem historischen Sinn und der Vorbildlichkeit seines akademischen Lehrers, Fritz Schulz, getragen. Sie hatten von Beginn an immer auch einen methodologischen Hintergrund. Und das führt zu dem letzten und vielleicht sogar wichtigsten Feld, auf dem Werner Flume als Ausnahmeerscheinung herausragt. Zwar ist die bloße Zahl seiner explizit die juristische Methode betreffenden Abhandlungen vergleichsweise gering; Flume zog es vor, seine Art der Jurisprudenz am konkreten Sachproblem zu demonstrieren, statt abstrakt über sie zu reden. Gleichwohl finden sich auch hier Schriften, die schon heute als "Klassiker" gelten. Dies trifft insbesondere für seinen Schlussvortrag "Richter und Recht" auf dem 46. Deutschen Juristentag 1966³⁰ zu. *Flume* fordert hier – wieder in provozierender Antithese zum herrschenden Zeitgeist - die Rückbesinnung auf einen – allerdings in strikter Abgrenzung zum bloßen Gesetzespositivismus zu verstehenden - Rechtspositivismus, wie er für die historische Schule und auch noch das Selbstverständnis des BGB prägend war. Die Autonomie des Rechts als einer eigenständigen, der Verwirklichung der Rechtsidee verpflichteten Ordnung ist hiernach in zweifacher Weise abzusichern:

Sie ist zunächst, und das war seinerzeit die wohl vordringlichste Aufgabe, gegen Aufweichungen zu verteidigen, die darin gründen, dass man die Verbindlichkeit der für den Richter bestehenden Entscheidungsvorgaben des geltenden Rechts gedanklich abbaut und ihn so vom Organ der Rechtserkenntnis zu einem Organ der Rechtsgestaltung, gar zum Sozialingenieur macht. Flume rettet bei dieser Gelegenheit nicht nur die Ehre der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, indem er ihr nachweist, nicht weniger am Rechtsgedanken orientiert gewesen zu sein als unsere Zeit. Er stellt sich - wie wir heute wissen: in weiser Voraussicht - schützend speziell auch vor die Zivilrechtswissenschaft, der unter dem Banner der Grundrechtsverwirklichung eine subtile Publifizierung und Politisierung droht. Messerscharf wird erkannt, dass die Grundrechte für die konkret zu entscheidenden zivilrechtlichen Fragen zumeist nur Leerformeln bereithalten, welche die eine Entscheidung so gut begründbar machen wie die andere und die deshalb aufs Beste zur Scheinlegitimierung von Vorurteilen missbraucht werden können, zu denen der Richter nicht in Verfolgung des Rechts, sondern in Verfolgung persönlicher Sachziele gelangt. Für den Historiker *Flume* mag bei dieser dezidierten Haltung darüber hinaus auch noch die Gewissheit eine Rolle gespielt haben, dass bei einer solchen Jurisprudenz in weitem Umfang nur das Küken die Henne belehrt, weil die Freiheiten, die mit den Grundrechten gegenüber dem Staat gesichert werden sollen, in ihrem Kern zumeist mit den Freiheiten identisch sind, die im Zivilrecht schon Jahrhunderte zuvor zu wirken begannen.

Ohne Frage dem Historiker zu verdanken sind die Absicherungen, die Flume in der anderen Richtung vornimmt. Denn so vehement, wie er sich gegen eine Relativierung der richterlichen Bindung an Recht und Gesetz verwahrt, wendet er sich auch gegen die Verkümmerung der Jurisprudenz zur bloßen Buchstabenklauberei. Die Bindung des Richters erschöpft sich nicht in einer Bindung an das geschriebene Gesetz; er ist an Recht und Gesetz gebunden. Das Recht aber ist als ein Gesamtsystem zu begreifen, in dem der einzelne positive Rechtssatz immer nur als Ausdruck des Bemühens um die Verwirklichung des Rechtsgedankens erscheinen kann. Der Richter ist deshalb ganz selbstverständlich auch zur Rechtsfortbildung, ggf. sogar gegen die lex scripta, befugt, solange diese Rechtsfortbildung in der Gesamtrechtsordnung begründet ist, von dieser erzwungen wird und nicht darauf beruht, dass der Richter die Wertentscheidungen der Gesamtrechtsordnung oder die in diesem Rahmen vom Gesetzgeber verfolgten Sachziele korrigieren will, weil er es selbst besser weiß. "Ius est" ist die vom Richter geforderte Überzeugung. Das "ius esto" ist demgegenüber dem formellen Gesetzgeber vorbehalten und vermag eine vom Richter betriebene Rechtsfortbildung nicht zu legitimieren. In der Tat ist das Recht erst hierdurch als selbständiges, einer ureigenen Idee folgendes Ordnungssystem gewährleistet. Denn so, wie es mit dem Beharren auf der Verbindlichkeit des positiven Rechts gegen Relativierungen von innen geschützt wird, wird es mit der Zulassung systemimmanenter Fortbildung auch gegen Relativierungen von außen, namentlich gegen seine vollständige Usurpation durch die Politik, geschützt, ohne dabei aber erstarren zu müssen. Es ist noch nicht einmal der weite Blick des Historikers erforderlich, um zu erkennen, wie wenig Substanz die damals verbreitete Diskreditierung eines solchen Rechtsverständnisses als Ausgeburt einer überlebten historischen Schule hatte und wie notwendig demgegenüber gerade dessen Wiederbelebung für ein Gemeinwesen war und ist, das sich, wie die damals noch junge Bundesrepublik, als ein freiheitliches verstehen will. Denn erst ein in der Flume'schen Ausprägung autonomes Recht ist auch seiner wissenschaftlichen Erschließung zugänglich, vermag so Kulturleistung zu werden und hierdurch schließlich die Würde zu erlangen, die es benötigt, um die Würde derer machtvoll schützen zu können, die ihm unterworfen sind.

IV.

Die Kraft des Einzelnen für ein Leben von über hundert Jahren beruht auf einem Geschenk. Die Kraft der Gemeinschaft für ein Leben in rechtlich gesicherter Freiheit und Würde beruht dagegen auf Einsicht. Was uns *Werner Flume* gegeben hat, um diese Einsicht zu erlangen, wird weit länger bestehen

³⁰ S. Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil K, 1967.

VARIA

Thomas Lobinger

als die beeindruckende Zahl seiner nun erreichten Lebensjahre. Um als Jahrhundertjurist zu gelten, hätte *Werner Flume* nicht 100 Jahre alt werden müssen. Dass er es gleichwohl geworden ist, ist für alle ein großes Glück!

Tagungsbericht – Herbstakademie Mietrecht

Von Rechtsreferendarin Antonia Hösch, Frankfurt a.M., Wiss. Mitarbeiterin Inga Schüttfort, Passau

Vom 8. bis 11. Oktober 2008 fand zum ersten Mal die Herbstakademie Mietrecht des Deutschen Mietgerichtstags in Berlin statt. Die Veranstaltung richtete sich als "praxisorientierter Intensivkurs für Nachwuchsjuristen" an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Ziel war, Berührungsängste mit dem im Studium eher vernachlässigten Rechtsgebiet Mietrecht abzubauen, theoretisches Wissen zu vermitteln, einen Einblick in die praktische Tätigkeit auf diesem Gebiet zu gewähren und die am Mietrecht interessierten Jungjuristen besser zu vernetzen.

Der Einladung des Deutschen Mietgerichtstags und der Organisatoren Prof. Dr. Wolfgang Hau und PD Dr. Markus Artz nach Berlin waren 38 Teilnehmer aus ganz Deutschland gefolgt. Eine erste angenehme Überraschung erwartete die Teilnehmer bereits bei der Anreise am Mittwochnachmittag. Der Tagungsort, das Harnack-Haus der Max-Plack-Gesellschaft in Berlin-Dahlem, machte auf den ersten Blick gewiss, dass nicht nur für geistige Nahrung sondern auch für das körperliche Wohlbefinden bestens gesorgt sein würde.

Nachdem der Vorsitzende des Deutschen Mietgerichtstages RiAG Ulf Börstinghaus die Herbstakademie am Mittwochabend eröffnet hatte, hielt Richter am BVerfG Dr. Reinhard Gaier den Eröffnungsvortrag zum Thema "Das Wohnungsmietrecht als Verwirklichung des Verfassungsauftrags zur Ausgestaltung des Eigentums". Darin zeichnete er äußerst anschaulich die Entwicklung der BVerfG-Rechtsprechung zum Mietrecht nach und füllte den Satz "auch das Besitzrecht des Mieters wird von Art. 14 I 1GG geschützt" mit Leben. Diese Vorstellung des Verfassungsauftrags zur Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen Eigentümer- und Mieterrechten hat dann auch den Boden für die sich anschließende Podiumsdiskussion zum Mietrecht "im wirklichen Leben" bereitet. Unter der Leitung von RA Dr. Andreas Kappus (Schriftleiter der NZM) entwickelte sich eine lebhafte Diskussion zwischen RA Norbert Eisenschmid (Deutscher Mieterbund), Prof. Dr. Peter Derleder (Univ. Bremen), Frau Barbara Jansen (BMJ), RiBGH a.D. Dr. Dietrich Beyer, RA Jürgen Herrlein und RA Dr. Kai Warnecke (Haus und Grund). Schnell wurde dabei das Spannungsfeld von Vermieter- und Mieterinteressen deutlich, in dem sich das Mietrecht bewegt. Es erschien nicht ganz zufällig, dass die Vertreter von Mieterbund und Haus und Grund an entgegengesetzten Seiten des Podiums Platz genommen hatten. Die Expertendiskussion bildete einen gelungenen Einstieg in das Thema des Intensivkurses, da auf unterhaltsame Art und Weise viele aktuelle Streitpunkte und Grundprobleme des Mietrechts aufgezeigt wurden.

Anschließend lud der Deutsche Mietgerichtstag zum geselligen Teil des Abends mit exzellenter Bewirtung in ein nahe gelegenes Restaurant ein. Dabei gab es genügend Gelegenheit zu einem ersten Kennenlernen der Teilnehmer untereinander, aber auch zu Gesprächen mit den Organisatoren und Referenten, die sich unter die Teilnehmer mischten.

Der Donnerstagmorgen war verschiedenen Vorträgen zu den Grundlagen des Mietrechts gewidmet. Die Teilnehmer sollten, wie Prof. Dr. *Hau* es ausdrückte, zunächst das "Bodenturnen" erlernen.

So ging es im Vortrag von Prof. Dr. *Derleder* anhand kleiner und anschaulicher Fallbeispiele um den Mietvertrag an sich, insbesondere um Probleme in Zusammenhang mit dessen Begründung. Hier machte sich, nicht zum letzten Mal, positiv bemerkbar, dass die Seminargruppe nur Schulklassengröße hatte. So entstand nicht nur schnell eine entspannte, sondern vor allem auch eine interaktive Atmosphäre.

Dem Einführungsvortrag von Prof. Dr. *Derleder* folgte eine Vorstellung des Themas Miete und Mieterhöhung von RiAG *Börstinghaus*. Insoweit war interessant zu hören, welche Einschränkungen die Vertragsfreiheit aufgrund des sozialen Mietrechts erfährt. Auf besonderes Interesse stießen auch die Anekdoten aus dem Berufsleben eines erfahrenen Richters.

Daran schloss sich ein leider unfreiwillig gekürzter Beitrag von PD Dr. Artz zur mangelhaften Wohnung an. Die Teilnehmer des Seminars hatten bei den vorhergehenden Beiträgen so viel gefragt und es war soviel diskutiert worden, dass im Hinblick auf das Nachmittagsprogramm nun die nächsten Referenten ihr Programm straff durchziehen mussten. Dies ist aber natürlich nur der Beweis dafür, dass das Rechtsgebiet Mietrecht viel zu viel beinhaltet, als dass man selbst die Grundzüge an einem Vormittag behandeln könnte.

Der letzte Vortrag des Vormittags von RiBGH a.D. Dr. *Beyer* behandelte die Beendigung des Mietverhältnisses. Neben den Kenntnissen, die die Teilnehmer zum Beispiel zur umstrittenen Eigenbedarfskündigung erwarben, war natürlich vor allem auch interessant, wie die Entscheidungsprozesse am höchsten deutschen Gericht ablaufen. Insofern hat bestimmt für viele Teilnehmer durch Herrn Dr. *Beyer* "der BGH" ein Gesicht bekommen.

Nach diesem intensiven Vormittag erwartete die Teilnehmer am Nachmittag ein Sightseeing-Programm der besonderen Art.

Zunächst stand ein Mittagessen im Bundesministerium der Justiz auf dem Programm. Allein schon die Kantine, deren attraktive Auswahl sicher die meisten Uni-Mensen in den Schatten stellen kann, ließ einige Teilnehmer zumindest kurz daran denken, wie es wohl wäre, hier täglich zu speisen.

Danach folgte ein kleiner Vortrag über die Geschichte des BMJ und die verschiedenen Gebäude, die es schon beherbergt hatten nebst kleinen Anekdoten hierzu. Weiter ging es dann mit einem Vortrag über die Arbeit des Ministeriums im Allgemeinen und zum Mietrecht im Besonderen. Hierbei wurde insbesondere die Gratwanderung deutlich, die die dort tätigen Juristen zwischen Politik und dogmatisch sauberen Lösungen absolvieren müssen. Aufschlussreich waren außerdem die Ausführungen zu den Möglichkeiten, beruflich im BMJ einzusteigen.

Anschließend ging es weiter zum Bundestag. Hier geht der besondere Dank der Teilnehmer an die Auswahl der Besucherführer durch die Organisatoren. So war einer der Führer zum Beispiel promovierter Historiker. Natürlich wusste er neben Daten und Fakten zu den Graffiti sowjetischer Soldaten im Gebäude auch die Geschichte zur Farbe der Sessel im Bundestag zu berichten: Der eigens kreierte Blauton (genannt "Reichstags-Blue") ist ein Kompromiss aller Parteien auf

eine politisch neutrale Farbe, die andererseits in der sonst grauen Einrichtung Akzente setzt. Abgerundet wurde die Führung schließlich mit einem Besuch der Terrasse, von der aus sich ein atemberaubender Blick über die Dächer Berlins bot. Von hier aus konnten die Teilnehmer das abendlich Berlin dann auf eigene Faust erkunden.

Insgesamt war es ein toller erster Tag, der einerseits den fachlichen Ansprüchen gerecht wurde, indem die Fähigkeiten der Teilnehmer weder über- noch unterschätzt wurden, sondern angesichts des unterschiedlichen Studienfortschritts ein gesundes Mittelmaß fand. Andererseits entsprach das Nachmittagsprogramm auch den Wünschen der Teilnehmer, in der Hauptstadt auch etwas von den vielen Sehenswürdigkeiten zu genießen.

Der Freitagvormittag stand im Zeichen der Themen Räumungsanspruch, Räumungstitel und Räumungsvollstreckung. Den Anfang machte Prof. Dr. Hau mit einer Einführung in das für viele Studenten doch eher unsichere Terrain des Zwangsvollstreckungsrechts mittels einer Fallstudie. Den praktischen Teil übernahm Herr Jörg-Peter Müller, Gerichtsvollzieher in Berlin. Gebannt lauschten Teilnehmer und Referenten den Erzählungen des Berliner Originals aus 30 Jahren Berufstätigkeit. Dabei erfuhren die Zuhörer, dass viele Probleme aus Rechtsprechung und Forschung in der Praxis kaum Beachtung finden, da dort eher pragmatisches Handeln gefragt ist. Schließlich wird eine Räumung für den Vermieter immer teurer, je komplizierter die Sache wird. So dürfte es den Vermietern entgegenkommen, dass nicht mehr brauchbare Habe des Mieters eher mal entsorgt statt eingelagert wird. Zwei ganz praktische Tipps zum Schluss haben das Publikum staunend zurückgelassen: Erstens klingelt der Gerichtsvollzieher nicht, da dadurch eine Gasexplosion ausgelöst werden kann, wenn der Mieter den Gashahn aufgedreht hat. Zweitens wird an der Wohnungstür der Schlüsseldienst vorgeschickt, falls durch die Tür geschossen wird (das nennt man dann "Minimierung des Berufsrisikos").

Gestärkt durch ein luxuriöses Mittagsbuffet im Harnack-Haus ging es am Nachmittag weiter. Nach einem kurzen Update zum Dauerbrenner-Thema "Schönheitsreparaturen" durch PD Dr. Artz folgte ein Workshop zur Mietvertragsgestaltung. Prof. Dr. Birgit Weitemeyer und RAin Katrin Teschner weihten die Teilnehmer in die Geheimnisse des Gewerberaummietrechts ein. Die Teilnehmer bildeten zwei Gruppen – Vermieter und Mieter – und entwickelten zahlreiche Ideen für das jeweilige Wunschvertragswerk. Obwohl die jeweiligen Vorstellungen zu Beginn recht gegensätzlich schienen, stand am Ende die Erkenntnis, dass Vermieter und Mieter letztlich an einem Strang ziehen müssen, um erfolgreich zu sein. Die Teilnehmer haben mitgenommen, dass ein Vertragshandbuch nicht das eigene Nachdenken und die Erfahrung eines guten Rechtsanwalts ersetzen kann.

Schließlich klang der Tag bei einem informellen Empfang in den Berliner Räumen der Kanzlei *Herrlein Reeh &* Coll. aus. Herzlichen Dank für die Einladung nochmals auf diesem Wege!

Am letzten Tag des Seminars durften die Teilnehmer nun "ans Reck": Die Vorträge behandelten speziellere Themen und erforderten volle Konzentration.

Los ging es mit einem Beitrag aus dem "prallen Leben" von RA *Frank Laurinat* und RAin *Teschner* aus Hamburg zu den "Mietvertraglichen Besonderheiten in Shoppingcentern", der eine gelungene Fortführung des Vertragsgestaltungsworkshops vom Vortag darstellte. Der Vortrag machte vor allem deutlich, dass auch betriebswirtschaftliche Aspekte eine große Rolle bei der Vertragsgestaltung spielen.

Es folgte ein Ausflug ins Wohnungseigentumsrecht. Prof. Dr. *Martin Häublein* erläuterte zunächst die sachenrechtlichen Grundlagen. Weiter schärfte er das Problembewusstsein für die Fälle, in denen die aus dem Wohnungseigentum resultierenden Besonderheiten mit mietrechtlichen Problemen aufeinander treffen.

Den Abschluss bildete ein Vortrag von RA *Eisenschmid* zu der aktuellen Entwicklung in Sachen Klimawandel, Wohnraummodernisierung und Energiepass. Auch hier konnten die Teilnehmer Interessantes und auch für die eigene mietrechtliche Situation Relevantes lernen.

Die Herbstakademie endete mit einem Schlusswort, in dem allseitig betont wurde, wie positiv die Veranstaltung insgesamt aufgenommen wurde. Es schien wirklich allen so zu gehen: An einem Seminar über ein so praxisrelevantes Rechtsgebiet im eindrucksvollen Berlin mit solch herausragenden Referenten und guter Stimmung unter den Teilnehmern teilzunehmen, ist eine Erfahrung, die nicht nur fachlich sondern auch persönlich wertvoll ist. Es wäre toll, wenn dieses Erlebnis dem Juristennachwuchs mit Hilfe der großzügigen Unterstützung des Deutschen Mietgerichtstags auch zukünftig ermöglicht würde!