

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

Anzeigenschaltung: Marie Heissler

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Die Sicherungsgrundschuld als gesetzlicher Tatbestand
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Bülow, Trier 1

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen
Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle)
Von Dr. Kathrin Kroll-Ludwigs und Dr. Markus Ludwigs, Bonn 7

Strafrecht

Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht?
Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008
Von Akad. Rätin Dr. Bettina Noltenius, Bonn 15

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Die Abgrenzung der Schadensarten nach § 280 BGB
Von Prof. Dr. iur. Arnd Arnold, Diplom-Volksw., Kiel 22

Die Beendigung des Mietverhältnisses
Von RiBGH a.D. Dr. Dietrich Beyer, Karlsruhe 29

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungsfall: Risiken der Selbstständigkeit
Von Rechtsanwalt Dr. Jochen Lux, Berlin 36

ÜBUNGSFÄLLE (Forts.)**Öffentliches Recht****Übungsfall: Der Atomkonsens**

Von Akad. Rätin Dr. Sophie-Charlotte Lenski, München 46

Übungsfall: Europarecht in Fällen, Fall 2

Von Prof. Dr. Thomas Schmitz, Universität Lettland 53

Strafrecht**Examensklausur – Strafrecht:****Liechtensteinische Erpressung**

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock 63

Übungsfall: Grenzen der Geschäftstüchtigkeit bei zivilistischem Denken im Strafrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Kjell Gasa, Rechtsreferendar Dr. Marcus Marlie, Kiel 71

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN**Zivilrecht****BGH, Urt. v. 6.11.2008 –IX ZR 158/07****(Ende der Verjährungshemmung nach § 203 BGB bei „Einschlafenlassen“ von Verhandlungen)**

(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 78

BGH, Urt. v. 11.11.2008 –VIII ZR 265/07**(Beweislastumkehr im Rahmen des Rückforderungsanspruchs; kein Anerkenntnis durch Bezahlung einer Rechnung)**

(Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/Heidelberg/Bielefeld) 80

BGH, Urt. v. 27.10.2008 –II ZR 290/07**(Geltung der Sitztheorie für Schweizer Aktiengesellschaft)**

(Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz) 83

Öffentliches Recht**BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05;****BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07****(Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen)**

(Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz) 85

Strafrecht**BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07****(Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte unter Einsatz eines Pkw als „Waffe“)**

(Privatdozent Dr. Arnd Koch, cand. iur. Katrin Wirth, Augsburg) 90

BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07**(Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB beim Einrichten einer verdeckten Kasse – Fall Siemens)**

(Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg/Greifswald, Wiss. Mitarbeiterin Nadine Sophie Wimmer, LL.B., Hamburg) 94

BUCHREZENSIONEN*Zivilrecht*

Ulrich Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2007
(RiLG Dr. Frank Wamser, Wiesbaden) 99

**Günter Christian Schwarz/Manfred Wandt,
Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2006**
(Wiss. Mitarbeiter Mario Bachmann, ref. iur., Jena) 100

Öffentliches Recht

**Josef Ruthig/Stefan Storr,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008**
(Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Hamburg) 102

Strafrecht

**Stephan Barton, Einführung in die Strafverteidigung,
2007**
(Rechtsanwalt Roman G. Weber, LL.M., Detmold) 104

VARIA*Zivilrecht*

**Die Papinian-Tragödie des Andreas Gryphius –
Eine Lektürehilfe für Juristen**
Von Diplomjurist Lorenz Franck, Köln 105

Die Sicherungsgrundschuld als gesetzlicher Tatbestand

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Bülow, Trier

Durch das Risikobegrenzungs-gesetz vom 12.8.2008¹ ist die Bezeichnung „Sicherungsgrundschuld“ zum Begriff des Gesetzes in Gestalt von § 1192 Abs. 1a BGB geworden. Kern der Neuregelung ist, dass der Erwerber einer Grundschuld den Bindungen ausgesetzt ist, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch wenn er nicht wusste, dass es solche Bindungen gibt, er also insoweit gutgläubig war. § 1191 Abs. 1a BGB schließt, anders gewendet, den gutgläubig-einredefreien Erwerb für den besonderen Fall einer Sicherungsgrundschuld aus, der im Allgemeinen gem. § 1157 S. 2 BGB möglich ist.

I. Befund

Rechtspolitischer Anlass für das Risikobegrenzungs-gesetz waren Missstände auf den Kapitalmärkten gewesen, die u. a. dazu geführt hatten, dass Erwerber von Sicherungsgrundschulden die Verwertung belasteter Grundstücke betrieben, obwohl das durch die Grundschuld gesicherte Darlehen vom Darlehensnehmer vertragsgemäß bedient wurde, die Verwertung durch Immobiliarzwangsvollstreckung nach §§ 864, 869 ZPO, 15 ff. ZVG nicht hätte durchgeführt werden sollen. Dass die Zwangsvollstreckung des Grundstücks trotz Vertragstreue des Darlehensnehmers (sei er selbst oder ein Dritter als Interzessionar Eigentümer des Grundstücks) gelingen kann, liegt daran, dass der Grundpfandgläubiger, also auch der Erwerber des Grundpfandrechts als Zessionar, einen Vollstreckungstitel in der Hand hat, nämlich eine notarielle Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Sie wird typischerweise zusammen mit der Grundschuldbestellung und meist mit dem Grundstückskaufvertrag nebst Auflassung (§§ 873, 925 BGB) errichtet. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung sind nicht nur Titel und Zustellung, sondern auch die Vollstreckungsklausel (§ 725 ZPO), die gem. § 797 Abs. 2 ZPO vom Notar auf Antrag des Gläubiger erteilt wird. In diesem Zusammenhang pflegt von den Parteien (Darlehensgeber und Grundstückseigentümer) durch eine Vollstreckungsunterwerfung (§§ 799, 800 ZPO) vereinbart zu werden, dass die Klausel ohne Nachweis der Fälligkeit zulässig ist, was zugleich bedeutet, dass die Klausel ohne Rücksicht auf die Valutierung der Grundschuld erteilt wird, d. h. ohne Rücksicht darauf, in welcher Höhe der Darlehensrückstattungs- und Zinsanspruch (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) besteht und ob der Darlehensnehmer vertragsgemäß geleistet hatte, also pünktlich zahlte und nicht in Verzug geriet. Ausgangspunkt einer solchen Verfahrensweise ist, dass der Grundstückseigentümer dem Gläubiger vertrauen kann und davon ausgehen darf, dass die Vollstreckungsklausel bei Vertragstreue des Darlehensnehmers nicht beantragt werden wird. Wenn dies aber doch geschieht, kann sich der Grundeigentümer dagegen wehren. Er muss allerdings prozessual aktiv werden, um sein Recht zu wahren. Er hat nämlich die Möglichkeit, Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 767, 797 Abs. 1

und 2 ZPO zu erheben, sodass er Kläger ist und im Übrigen auch Schuldner des Gerichtskostenvorschusses nach § 6 GKG, dessen Höhe streitwertabhängig ist, sich also am Wert des Grundstücks orientiert. Der Gläubiger ist in diesem Verfahren Beklagter. Bleibt der Grundstückseigentümer untätig, verliert er trotz Vertragstreue sein Grundstück. Dieser Fall tritt aber auch ein, wenn er Vollstreckungsabwehrklage erhebt, aber seine Einwendung, nämlich die Nichtvalutierung der Grundschuld, ins Leere geht, weil ihm diese Einrede gegen den Grundschuldner, den Zessionar, nicht zusteht. Sie steht ihm nicht zu, wenn der Zessionar die Grundschuld gutgläubig-einredefrei nach § 1157 S. 2 BGB erworben hatte. In diesem Fall hatte dem Grundstückseigentümer auch das prozessuale Tätigwerden nicht geholfen, vielmehr verliert er nicht nur sein Grundstück, obwohl er das Darlehen zurückgezahlt hatte, der Kredit also überhaupt nicht notleidend geworden war,² sondern trägt auch alle Kosten des Rechtsstreits (§ 91 ZPO).

Hier setzt das Risikobegrenzungs-gesetz an. Es schützt den Grundeigentümer vor dem gutgläubig-einredefreien Erwerb; es schützt ihn allerdings nicht vor dem unredlichen Grundschuldgläubiger, der die Zwangsvollstreckung trotz Nichtalutierung betreibt, immerhin aber im Nachhinein durch einen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger nach § 799 a ZPO. Die Last der Prozessführung wird dem Grundeigentümer ein wenig erleichtert, indem beim Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach näherer Maßgabe von § 769 Abs. 1 S. 2 ZPO eine Sicherheitsleistung, die der Eigentümer an sich zu erbringen hätte, nicht festgesetzt werden darf. Die Gesetzesverfasser gingen hierbei von der Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung im Rahmen von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aus³, sodass dem Grundeigentümer nicht deren Unwirksamkeit⁴ nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB geholfen werden kann.

II. Dogmatische Grundlagen: Sicherungsgrundschuld und Hypothek

1. Akzessorietät

Bekanntlich regelt das BGB zwei Arten⁵ von Grundpfandrechten, nämlich die akzessorische Hypothek und die nicht-akzessorische Grundschuld. Der Begriff der Akzessorietät erschließt sich aus der Betrachtung der Rechtsgeschäfte, die

¹ BGBl. I 2008, S. 1666 (1670).

² Clemente, ZfIR 2008, 589 (594); G.Vollkommer, ZIP 2008, 2060.

³ Langenbucher, NJW 2008, 3169 (3172); Habersack, NJW 2008, 3173; Bork, ZIP 2008, 2049.

⁴ So der vor Verabschiedung des Risikobegrenzungs-gesetzes erarbeitete Vorschlag von Schimansky, WM 2008, 1049, ihm folgend, freilich nach Veröffentlichung des Gesetzesentwurfs, LG Hamburg NJW 2008, 2784 und LG München I WM 2009, 114 (Vorwirkung des Gesetzes?, Langenbucher, NJW 2008, 3169).

⁵ Was historische Gründe hat, Buchholz, AcP 203 (2003), 786 (789 ff.).

in Zusammenhang mit der Grundpfandrechtsbestellung abgeschlossen zu werden pflegen. Ausgangspunkt ist meist ein Darlehensvertrag zwischen einer Bank (gemeint i. S. eines Kreditinstituts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG, private Bank, Sparkasse, Genossenschaftsbank) als Darlehensgeberin mit ihrem Darlehensnehmer, durch die sie Gläubigerin des Rückerstattungs- und Zinsanspruchs nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB wird. Für diesen Anspruch begehrt die Bank in aller Regel eine Sicherheit für den Fall, dass der Darlehensnehmer trotz Fälligkeit nicht leistet, sei er zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig. Als Folge dessen vereinbaren die Parteien, Darlehensgeber und Darlehensnehmer, dass der Darlehensnehmer eine Sicherheit zu stellen hat. Diese Verpflichtung ist nicht Inhalt des Darlehensvertrages, wie die Lektüre von §§ 488 ff. BGB ergibt, sondern eines gesondert, auch stillschweigend, abgeschlossenen Vertrags, der eben diese Verpflichtung des Darlehensnehmers und weitere Vertragspflichten, die sich in diesem Zusammenhang im Laufe des Darlehensverhältnisses ergeben, enthält. Es handelt sich um einen obligatorischen, unvollkommen zweiseitigen und im Gesetz nicht geregelten Vertrag⁶, der als Sicherungsvertrag bezeichnet zu werden pflegt und durch das Risikobegrenzungsgesetz auch Eingang in § 1192 Abs. 1 a BGB gefunden hat. Verpflichtet sich der Darlehensnehmer im Sicherungsvertrag zur Stellung einer Grundschuld (an seinem eigenen Grundstück oder an demjenigen eines Dritten als Interzessionar, vgl. §§ 1142, 1143 BGB), wird diese Verpflichtung vollzogen durch dingliche Einigung nach § 873 BGB und Eintragung im Grundbuch, i. d. R. verbunden mit der Erteilung des Grundschuldbriefs (§§ 1192 Abs. 1, 1116 BGB). Diese dingliche Einigung ist ein Verfügungsgeschäft, ihr Rechtsgrund ist der Sicherungsvertrag, nicht etwa der Darlehensvertrag. Für das Verhältnis zwischen Bestellung und obligatorischem Sicherungsvertrag gilt der Abstraktionsgrundsatz, sodass bei Nichtigkeit des Sicherungsvertrags eine Kondiktionsgrundlage entsteht.

Akzessorietät bedeutet, dass eine rechtliche Verknüpfung von Darlehensvertrag (der gerade nicht *causa* der Grundpfandrechtsbestellung ist) und Grundpfandrecht hergestellt wird, indem für das Recht des Grundpfandgläubigers, das Grundstück zu verwerten (§ 1147 BGB), der jeweilige Bestand der gesicherten Forderung (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) maßgebend ist, wie es § 767 Abs. 1 S. 1 BGB für die akzessorische Bürgschaft formuliert. Diese Verknüpfung ergibt sich für die Hypothek daraus, dass die Hypothek, solange die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, dem potentiellen Gläubiger nicht zusteht, sondern gem. § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB dem Grundeigentümer; erlischt die gesicherte Forderung, fällt die Hypothek gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB an den

⁶ Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, 7. Aufl. 2007, Rn. 49 -79 und passim; in den Motiven war aber für den Fall des Mobiliarpfandrechts ein obligatorischer Verpfändungsvertrag erwogen worden, Mot. II, S. 684 ff., bei *Mugdan*, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899, S. 382 ff. sowie Mot. III, S. 4191, bei *Mugdan*, S. 921.

Eigentümer⁷. Ohne gesicherte Forderung gibt es keine Hypothek, sodass es sich in Wahrheit gar nicht um eine (wenn auch im Grundbuch so bezeichnete) Hypothek, sondern um eine Grundschuld in Gestalt einer Eigentümergrundschuld handelt. Solange die Forderung besteht, ist das Grundpfandrecht wirklich Hypothek und steht dem Gläubiger als Fremdhypothek zu. Was das Verhältnis der Hypothek zum Sicherungsvertrag angeht, der die Verpflichtung zu ihrer Bestellung begründet, so bleibt es beim Abstraktionsgrundsatz, sodass die akzessorische Hypothek abstrakt zum Sicherungsvertrag ist und die Kondiktionslage entsteht, wenn der Sicherungsvertrag unwirksam ist. Insofern ist die Charakterisierung der Grundschuld als abstrakte Sicherheit wenig glücklich. Genauer ist sie als nicht-akzessorische Sicherheit bezeichnet.

Die besondere Verknüpfung zwischen Darlehensvertrag als Grundgeschäft und bestelltem Grundpfandrecht gibt es bei der Grundschuld nicht. Sie setzt, wie es in § 1192 Abs. 1 BGB formuliert ist, eine zu sichernde Forderung nicht voraus, sondern kann zu jeglichem Zweck bestellt werden. Allerdings ist dieser Zweck fast immer die Sicherung einer Forderung. Das Ziel einer jeden Sicherheit ist es, dem Gläubiger durch den Zugriff auf sie Befriedigung für seine Forderung nebst Erstattung der für diesen Zugriff entstandenen Kosten zu verschaffen, aber nicht mehr; der Gläubiger soll durch den Zugriff nicht zusätzlichen Ertrag bekommen. Wo dieses Ziel mangels des besonderen gesetzlichen Mechanismus der Akzessorietät nicht erreichbar ist, muss es durch die Anwendung allgemeiner Vorschriften verwirklicht werden. Ausgangspunkt hierfür ist zunächst, dass der Bestand der Grundschuld durch Veränderungen der gesicherten Forderung nicht berührt wird, der Gläubiger also den ungeschmäleren Anspruch auf Verwertung des Grundstücks behält und ihn ausüben kann. Jedoch folgt aus dem Sicherungsvertrag, dass der Verwertungsanspruch nur nach Maßgabe des Sicherungszwecks durchsetzbar ist. Inhalt des Sicherungsvertrags ist demgemäß, dass dem Sicherungsgeber, dem Grundeigentümer, eine Einrede zusteht, nach welcher der Gläubiger nur verwerten darf, soweit die gesicherte Forderung besteht und durchsetzbar ist, insbesondere, dass die Grundschuld valutiert. Demgemäß ist der Verwertungsanspruch des Grundschuldgläubigers von Anfang an mit der Einrede belastet, dass seine Ausübung dem Sicherungszweck unterworfen ist und dass er die Grundschuld nach Erledigung des Sicherungszwecks auf den Eigentümer⁸ zurückzuübertragen hat⁹,

⁷ Von der Akzessorietät als anspruchsbestimmendem Umstand ist die Verteilung der objektiven Beweislast zu unterscheiden: Behauptet der Eigentümer, entgegen dem Buch- und Briefausweis Inhaber des Grundpfandrechts zu sein, trägt er die Beweislast für die Nichtentstehung der Forderung resp. für deren Erlöschen, BGH WM 1972, 786; *Baumgärtel*, *Handbuch der Beweislast*, 2. Aufl. 1999, § 1163 BGB Rn. 1, 2; der Bürgschaftsgläubiger trägt die Beweislast für die Entstehung der Hauptverbindlichkeit, der Bürge für deren Erlöschen, BGH NJW 1996, 719.

⁸ Zu den besonderen Konstellationen bei einer Interzession, wo der persönliche Schuldner und nicht der Eigentümer

sodass sie (im Ergebnis wie gem. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB) zur Eigentümergrundschuld wird. Auf diese Weise ist die Sicherungslage bei Hypothekengläubiger und Grundschuldgläubiger gleich; was für jenen aus der Akzessorietät folgt, ergibt sich für diesen durch Erhebung der Einrede. Allerdings behält der Grundschuldgläubiger die Grundschuld länger in der Hand, nämlich bis zum Vollzug der Rückübertragung¹⁰.

2. Arten von Einwendungen

Für das Verständnis der gesetzlichen Neuregelung wird es sich als wichtig erweisen, die Art dieser Einrede der Nichtvalutierung zu kategorisieren. Man unterscheidet Einwendungen gegen das dingliche Recht (z. B. Nichtigkeit der dinglichen Einigung), Einwendungen aufgrund eines zwischen dem Eigentümer und dem Grundpfandgläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses (eigentümerbezogene Einreden¹¹, z. B. Moratorium, durch das von der Verwertung abgesehen wird, auch aufgrund Gesetzes, §§ 853, 821, 242 BGB), Einreden gegen die Forderung (§ 1137 BGB), hinzukommt das Widerspruchsrecht aus § 1160 BGB bei Briefgrundpfandrechten. Einreden gegen die Forderung sind wesensgemäß nur bei Akzessorietät, also bei der Hypothek erheblich, der gutgläubig-einrededefreie Erwerb richtet sich nach § 1138 BGB. Die Einrede der Nichtvalutierung folgt aus dem Sicherungsvertrag, also aus Vereinbarung mit dem Eigentümer, es handelt sich um eine eigentümerbezogene Einrede. Sie ist Gegenstand der Regelung von § 1157 BGB. Eigentümerbezogene Einreden können sowohl gegen der Verwertungsanspruch aus einer Hypothek wie aus einer Grundschuld¹² bestehen, sie sind also nicht akzessorietätsgebunden.

III. Die Dogmatik der neuen Vorschriften

1. Der gutgläubig-einrededefreie Erwerb der Grundschuld in Bezug auf die Nichtvalutierung

a) Nach der neuen Vorschrift von § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB können bei einer Sicherungsgrundschuld Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen, dem Erwerber dieser Grundschuld (Zessionar) entgegengesetzt werden; § 1157 S. 2 BGB findet keine Anwendung, der gutgläubig-einrededefreie Erwerb des Zessionars ist also ausgeschlossen. Betrachtet man die Rechtslage, die sich ohne die Neuregelung einstellt, ergibt sich Folgendes:

Wer eine Grundschuld erwirbt (§§ 1192, 1154 BGB), weiß in aller Regel, dass es sich um eine Sicherungsgrundschuld handelt, weil andere Grundschulden kaum vorkommen. Wenn er aber weiß, dass er Zessionar einer Sicherungsgrundschuld ist, weiß er zugleich, dass obligatorische Grundlage der Grundschuldbestellung ein Sicherungsvertrag ist mit dem Inhalt, dass der Verwertungsanspruch aus der Grundschuld an den Sicherungszweck gebunden ist, der durch Einrede des Eigentümers verwirklicht wird, nämlich durch die Einrede der Nichtvalutierung oder der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung. Aufgrund dieses Wissens kennt der Zessionar die Einrede und ist folglich nicht gutgläubig. Bei dieser Sicht¹³ ergibt sich durch die Neuregelung insoweit (nachf. c) nichts Neues.

b) Diese Sicht ist allerdings nicht diejenige des Bundesgerichtshofs und weiten Teilen des Schrifttums. Danach ist der Zessionar in Bezug auf die Einrede der Nichtvalutierung, allgemeiner gesagt die Einrede des Sicherungszwecks, nicht schon dann bösgläubig, wenn er weiß, dass er eine Sicherungsgrundschuld erwirbt; er muss auch positiv (§§ 1157 S. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB) wissen, dass die Grundschuld im Zeitpunkt der Übertragung nicht valutierte. Der BGH¹⁴ begründet dies im Anschluss an *Harry Westermann*¹⁵ mit einem Vergleich zu der Regelung von § 1156 BGB. Nach dieser Vorschrift wird der Eigentümer, dessen Grundstück mit einer Hypothek belastet ist und der an seinen alten Hypothekengläubiger (den Zedenten) auf die gesicherte Forderung zahlt, weil er nicht weiß, dass die Hypothek auf einen Zessionar übertragen worden war, nicht gem. § 407 BGB frei. § 407 schützt den Schuldner einer Forderung im Falle der stillen Zession, wenn er die Abtretung nicht kennt, also redlich ist. Auch die Hypothek geht gem. §§ 1154 Abs. 1, 401 BGB durch Abtretung der gesicherten Forderung über, ist also selbst gar nicht Objekt der Übertragung, sodass § 407 BGB anwendbar wäre. Aber die Abtretung der hypothekengesicherten Forderung richtet sich nach den Regeln des Immobiliarsachenrechts, im üblichen Fall der Briefhypothek nach dem Inhalt des Briefs; hier sind Zahlungen nach Maßgabe von § 1145 BGB zu vermerken oder der Brief nach § 1144 BGB an den Eigentümer herauszugeben. Daneben eine nicht dokumentierte Leistung nach § 407 BGB wirken zu lassen, würde den Hypothekenverkehr an dieser Stelle funktionsunfähig machen; der Eigentümer andererseits ist geschützt, wenn er sich an die Regularien von §§ 1144, 1145 BGB hält. Notwendigerweise setzt die Befreiung des Eigentümers nach diesen Vorschriften aber voraus, dass seine Leistung an den Zedenten zeitlich vor der Abtretung an den Zessionar erbracht wurde; danach ist der Leistungsempfänger, der Zedent,

Gläubiger des Rückübertragungsanspruchs sein kann, *Bülow* (Fn. 6), Rn. 225, 226.

⁹ Im Einzelnen *Bülow* (Fn. 6), Rn. 219.

¹⁰ Kraft besonderer Vereinbarung ist aber auch die auflösend durch den Wegfall des Sicherungszwecks bedingte Grundschuldbestellung möglich (§ 158 Abs. 2 BGB), *Bülow* (Fn. 6), Rn. 141 a; für Sicherungsübereignung BGH NJW 1982, 275 mit krit. und zutr. Rezension *Jauernig*, NJW 1982, 268.

¹¹ *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 38 VII. 1. d (Rn. 67, S. 444); 18. Aufl. 2009 noch nicht verfügbar.

¹² Abw. allerdings *Buchholz*, AcP 187 (1987), 107.

¹³ So RGZ 91, 218 (224); *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 1772; *ders.*, JZ 1980, 625; *Westermann/Eickmann*, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 116 IV. 2. b (S. 817); *Lopau*, JuS 1976, 553 (556); *Bülow* (Fn. 6), Rn. 306, 307; *Koch*, ZBB 2008, 232, 236; *Fridgen*, WM 2008, 1862 (1867).

¹⁴ BGHZ 59, 1 = NJW 1972, 1463; BGHZ 103, 72 (81) = NJW 1988, 1375 zu B II. 1. d bb, S. 1378, auch bereits BGH WM 1967, 566.

¹⁵ Sachenrecht, 5. Aufl. 1966, § 116 III 3. b, S. 582.

nämlich nicht mehr im Besitz des Briefs, sondern der Zessionar (§ 1154 Abs. 1 S. 1 BGB). Wenn bei der Sicherungsgrundschuld dagegen bereits das Wissen um ihren Sicherungszweck genügt, um die Gutgläubigkeit des Zessionars auszuschließen, wären auch Leistungen des Eigentümers einzubeziehen, die zeitlich nach der Abtretung liegen, und die Sicherungsgrundschuld wäre so „ihrer Eigenschaft als Verkehrsgegenstand entkleidet“¹⁶, der Zessionar einer Hypothek wäre schlechter gestellt als derjenige einer Grundschuld. Schlägt diese Argument durch? Dem Gesetz ist nicht die Maxime zu entnehmen, dass beide Grundpfandrechtsarten in gleicher Weise verkehrsfähig sein müssten. Die Grundschuld hat für den Sicherungsnehmer (Bank) den Vorteil, dass die Inhaberschaft trotz Forderungstilgung zunächst unverändert bleibt; will die Bank diesen Vorteil gegenüber der Hypothek nutzen, muss sie schlechtere Verkehrsfähigkeit in Kauf nehmen, sich andernfalls eine Hypothek bestellen lassen. Bei der Hypothek erstreckt sich der öffentliche Glaube auf die Forderung (§ 1115 BGB), die insoweit im Rahmen von § 1156 BGB Maß gibt, während bei der Sicherungsgrundschuld keinerlei öffentlicher Glaube für die gesicherte Forderung erzeugt wird. Darauf gründen sich Unterschiede in der Verkehrsfähigkeit; ihre Vernachlässigung stellt, wie *Wilhelm*¹⁷ zutreffend feststellt, eine *petitio principii* dar.

Nicht richtig ist auch die Ansicht, mit der Erheblichkeit der Einrede des – bloßen – Sicherungszwecks werde die Sicherungsgrundschuld akzessorischer als die Hypothek¹⁸. Es geht jedoch nicht um die rechtstechnische Verknüpfung von gesicherter Forderung und Grundpfandrecht, die den Verwertungsanspruch kraft Akzessorität unmittelbar gestaltet, sondern um eine eigentümerbezogene Einrede, die bei akzessorischen wie bei nichtakzessorischen Sicherheiten bestehen kann.

c) Wie immer diese dogmatischen Sichtweisen bewertet werden mögen, der Federstrich des Gesetzgebers wendet sich gegen die Lösung des BGH und gibt dem Schutz des Grundeigentümers Vorrang vor Verkehrsfähigkeit.

Die Neuregelung geht jedoch darüber hinaus.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt

a) Nach § 1157 S. 1 BGB können dem Zessionar solche Einreden entgegengesetzt werden, die dem Eigentümer gegen den Zedenten zustehen, was bedeutet, dass der Einredetatbestand im Zeitpunkt der Übertragung vollständig erfüllt sein muss. Die Gesetzesformulierung steht im Gegensatz zur Parallelregelung von § 404 BGB für die Abtretung einer Forderung, wo es genügt, dass die Einwendung gegen die Forderung zur Zeit der Abtretung begründet war. Für den darin liegenden Bestandsschutz zu Gunsten des Schuldners

der abgetretenen Forderung reicht es aus, wenn die Einwendung im Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Zedent ihre Grundlage findet, auch wenn einwendungsbegründende Tatsachen erst nach der Abtretung eintreten, der Schuldner z.B. eine Kündigung erklärt¹⁹. Für die Nichtvalutierung der Grundschuld bedeutet dies für die Lösung des BGH (oben 2. b) Folgendes:

Kommt ein gutgläubig-einredefreier Erwerb überhaupt nur in Betracht, wenn der Zessionar nicht nur den Sicherungszweck der Grundschuld, sondern auch das – vielleicht teilweise – Nichtbestehen der gesicherten Forderung, insbesondere durch Erfüllung (§ 362 BGB), kannte²⁰, muss die Nichtvalutierung im Übertragungszeitpunkt abgeschlossen sein. Leistungen des Eigentümers an den Zedenten, die zeitlich nach der Übertragung liegen, können dem Zessionar bei dieser Sicht also niemals entgegengesetzt werden.

Folgt man hingegen der abweichenden Sicht (oben 2. a), steht dem Verwertungsanspruch aus der Sicherungsgrundschuld die Einrede des Sicherungszwecks von Anfang an entgegen, gleich in welcher Höhe die Grundschuld valutiert. Es handelt sich in der Terminologie von *Jahr*²¹ um eine unechte Einrede, nämlich mit Hemmungswirkung *ipso iure*, die den Verwertungsanspruch des Gläubigers von vornherein beschränkt, nämlich nach Maßgabe des Sicherungszwecks, und als Folge dessen dem Eigentümer von Anfang an und im Zeitpunkt der Übertragung zusteht. Auf dieser Grundlage bietet der in § 1157 S. 1 BGB bestimmte Zeitpunkt hinreichenden Eigentümerschutz.

Um aber diesen Schutz auch gegenüber der Lösung des BGH zu gewährleisten, wird der maßgebliche Zeitpunkt für die Entstehung der eigentümerbezogenen Einrede gem. der neuen Vorschrift von § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB nach dem Vorbild von § 404 BGB verschoben, indem der Eigentümer die Einrede gegenüber dem Zessionar erheben kann, wenn sie sich aus dem Sicherungsvertrag ergibt. Folglich muss der Zessionar auch Tilgungsleistungen gegen sich gelten lassen, die der Eigentümer an den Zedenten nach der Grundschuldübertragung erbrachte, sofern diese Leistungen für den Eigentümer respektive den persönlichen Schuldner befreiende Wirkung haben (§ 407 BGB, vgl. oben 2. b). Der Zessionar ist auch der Einrede ausgesetzt, dass die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist²².

c) Von der Fälligkeit der gesicherten Forderung ist die Fälligkeit der Grundschuld zu unterscheiden. Diese Fälligkeit setzt – im Allgemeinen dispositiv – die Kündigung der Grundschuld voraus. Bei der Sicherungsgrundschuld ist die Kündigung nach der Neuregelung von § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB zwingend. Sofern man die Kündigung allerdings nicht

¹⁶ *Harry Westermann* (Fn. 15), S. 583 Fn. 15.

¹⁷ *Sachenrecht*, 3. Aufl. 2007, Rn. 1775.

¹⁸ So *Wieling*, *Sachenrecht*, 5. Aufl. 2006, § 33 IV. 3. a (S. 480); *Knops*, *WM* 2008, 2185 (2188); *Bredow/Vogel*, *BKR* 2008, 271 (280); *Derleder*, *VuR* 2008, Heft 7, S. III (IV) – Editorial –; *Baden*, *JuS* 1977, 75 (77), offen *Dieckmann*, *NZM* 2008, 865 (872); zutreffend dagegen *Habersack*, *Examensrepetitorium Sachenrecht*, 4. Aufl. 2005, Rn. 375.

¹⁹ *BGH WM* 2004, 1080 zu II 1. mit Anmerkung *Wilhelm*, *LMK* 2004, 205 und *Batereau*, *WuB I F* 1. - 1.04; *BGHZ* 25, 27 (29) = *NJW* 1957, 1553; *BGH WM* 1985, 71; *Bülow*, *JA* 1983, 7 (9).

²⁰ *BGHZ* 103, 72 (81) = *NJW* 1988, 1375 zu B II. 1. d bb S. 1378; *BGHZ* 85, 388 (390) = *NJW* 1983, 752 zu II. 1.

²¹ *JuS* 1964, 125, 218, 293 (297)

²² *Bassenge*, in: *Palandt*, *Kommentar zum BGB*, 68. Aufl. 2009, § 1192 Rn. 3.

als Vollstreckungsvoraussetzung ansieht²³, ist der Eigentümer nicht vor dem unredlichen Vollstreckungsgläubiger (vgl. oben I.) geschützt.

3. Kenntnis des Zessionars

Der Ausschluss von § 1157 S. 2 BGB gem. § 1192 Abs. 1 a S. 1, zweiter Halbsatz BGB bedeutet, dass der Zessionar die Sicherungsgrundschuld nicht frei von Einreden aus dem Sicherungsvertrag erwerben kann, wie gutgläubig er auch sein mag. Er ist der Einrede auch dann ausgesetzt, wenn er nicht wusste, geschweige denn nur hätte wissen müssen oder können, dass die Grundschuld der Sicherung einer Forderung dient. Insoweit gilt die *Maxime nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* ebenso wie bei der Forderungsabtretung: Der Zedent kann die einredebehaftete Grundschuld nicht einrededefrei übertragen.

4. Einreden außerhalb des Sicherungsvertrags

a) Eigentümerbezogene Einreden nach § 1157 BGB brauchen nicht notwendig auf einen Sicherungsvertrag gegründet zu sein, namentlich dann nicht, wenn die Grundschuld keine Sicherungsgrundschuld ist. Auch bei einer solchen kann eine Einrede jenseits des Sicherungsvertrags erwachsen, z.B. durch ein nachträgliches Moratorium aufgrund der Vereinbarung, nach welcher die Verwertung ausgesetzt wird. Für solche Einreden bleibt es bei § 1157 BGB, wie § 1191 Abs. 1 a S. 2 BGB klarstellt. Ein Moratorium muss also vor der Übertragung der Grundschuld wirksam vereinbart sein, der Zessionar muss es positiv kennen, wenn es ihm entgegengehalten werden soll, oder es muss auf Brief oder im Grundbuch vermerkt sein.

b) Ist der Sicherungsvertrag nichtig, hat der Eigentümer aus seinem Rechtsverhältnis mit dem Gläubiger die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung gem. § 821 BGB. Sie bildet den Ausgleich für den gescheiterten Sicherungsvertrag und ist im Hinblick auf den Rückübertragungsanspruch (nachf. 5.) auf dasselbe gerichtet²⁴. Die Grundschuld wird auch bei nichtigem Sicherungsvertrag zur Sicherung eines Anspruchs verschafft und ist folglich Sicherungsgrundschuld. In interessengerechter extensiver Auslegung dürfte die Bereicherungseinrede deshalb als Einrede anzusehen sein, die sich aus dem - wenn auch gescheiterten - Sicherungsvertrag ergibt und folglich auch dem insoweit gutgläubigen Zessionar entgegengesetzt werden kann²⁵.

5. Der Rückübertragungsanspruch

Inhalt des Sicherungsvertrags bei einer Sicherungsgrundschuld ist ebenso wie bei der Sicherungsübertragung von beweglichen Sachen und Rechten der Anspruch auf Rückübertragung des Sicherungsgegenstandes nach Erledigung des Sicherungszwecks (vgl. auch oben II.1.). Den Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld (der nach Vollzug zu einer Eigentümergrundschuld führt) kann der Eigentümer

dem Verwertungsanspruch des Grundschuldgläubigers entgegensetzen, sodass eine peremptorische Einrede begründet wird. Aufgrund dieser Einrede kann der Eigentümer gem. § 1169 BGB verlangen, dass der Gläubiger auf seine Grundschuld verzichtet; der Verzicht des Gläubigers auf die Grundschuld führt gem. § 1168 Abs. 1 BGB wiederum zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld. Auch diese peremptorische Einrede ist eine eigentümerbezogene Einrede, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergibt, sodass auch insoweit der gutgläubig-einrededefreie Erwerb ausgeschlossen ist. Gleiches gilt richtigerweise für den sich aus § 812 BGB ergebenden Rückübertragungsanspruch (vorst. 4.b).

6. Keine Parallelregelung für die Hypothek

a) Eigentümerbezogene Einreden können - natürlich - auch gegen den Verwertungsanspruch aus der Hypothek bestehen. § 1157 BGB erfährt bei Hypotheken keine Neuerung. Der pathologische Fall, nämlich die Problematik der Nichtvalutierung, tritt bei der Hypothek aber auch nicht in Gestalt einer eigentümerbezogenen Einrede nach § 1157 BGB ein, sondern regelt sich durch die Akzessorietät, bestimmt also unmittelbar den Verwertungsanspruch und nicht bloß mittelbar über die Einrede der Nichtvalutierung. Die Forderung und nicht nur das Grundpfandrecht ist bei der Hypothek Gegenstand der Publizität durch Brief und Grundbuch. Ratenzahlungen auf ein gesichertes Darlehen braucht der Schuldner gem. § 1145 BGB nur gegen Vermerk auf dem Brief respektive Eintragung im Grundbuch zu leisten. Die Leistung an den Zedenten kommt bei Beachtung dieser Regelung nicht in Betracht, weil der Zedent den Brief nicht mehr hat, sondern dem Zessionar gem. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB übergab. Insoweit ist kein Raum für eine redlich - befreiende Leistung nach § 407 BGB, was Grund für die Regelung von § 1156 BGB ist (oben 2. b). An der Verkehrsfähigkeit der Hypothek als einer der Gesetzeszwecke gibt es keine Zweifel; für die Berücksichtigung von Leistungen an den Zedenten nach dem Zeitpunkt der Übertragung dürfte über §§ 1145, 1144, 1156 BGB hinaus kein Raum sein²⁶.

b) Was den gutgläubigen Erwerb der Hypothek trotz fehlender Forderung nach § 1138 BGB angeht, ist die so entstandene forderungsentkleidete Hypothek in Wahrheit Grundschuld. War die gesicherte Forderung zunächst entstanden, aber durch Erfüllung erloschen (und nachträgliche Eigentümergrundschuld geworden, § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB, oben II. 1.), ist das Grundpfandrecht, das der Zessionar erworben hatte, eine nichtvalutierte Sicherungsgrundschuld.

Nun schließt sich eine interessante Überlegung an: Wenn es sich in Wahrheit um eine Sicherungsgrundschuld handelt, ist gem. § 1157 S. 1 BGB die eigentümerbezogene Einrede der Nichtvalutierung erheblich, dem gutgläubig-einrededefreien Erwerb könnte § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB entgegenstehen, der gutgläubige Erwerb nach § 1138 BGB wäre nutzlos. Indessen: Durch § 1138 BGB ist gerade der gute Glaube an den Bestand der gesicherten Forderung geschützt, woran mit dem Risikobegrenzungsgesetz nicht gerüttelt werden sollte; die Einrede der Nichtvalutierung gründet sich auf eben denselben

²³ So Habersack, NJW 2008, 3173 (3176).

²⁴ BGH NJW 1985, 800 zu II. 1.

²⁵ Entgegen Dieckmann, NZM 2008, 865 (871).

²⁶ A. A. Derleder, VuR 2008, Heft 7, S. III - Editorial.

Bestand derselben Forderung, sodass es ausgeschlossen erscheint, den gerade festgestellten Schutz des guten Glaubens beim Zessionar an den Bestand der Forderung durch die Erheblichkeit der Einrede nach § 1157 BGB sogleich wieder umzustoßen. Es bleibt bei § 1138 BGB.

7. Zum Abschluss: Grundbuchausweis als „Sicherungsgrundschuld“

In der Vergangenheit war die Ansicht vertreten worden, dass eine Sicherungsgrundschuld mit dieser Bezeichnung im Grundbuch einzutragen sei²⁷, was der BGH allerdings lapidar ablehnt²⁸. Nicht zu verkennen ist, dass eine derartige Eintragung nicht unproblematisch ist, weil gem. § 1192 Abs. 1 BGB nur solche Hypothekenvorschriften auf die Grundschuld anwendbar sind, die eine Forderung nicht voraussetzen. Für das Grundbuch gilt nun § 1115 BGB, wo die Eintragung der Forderung gerade aus der Akzessorietät folgt. Es ist nicht abwegig, in der Bezeichnung als „Sicherungsgrundschuld“ einen derartigen Forderungsbezug zu sehen; dürfte aber der Eintragungsantrag nach § 13 GBO zurückgewiesen werden, wenn sich der bewilligende Eigentümer (§ 19 GBO) weigert, Angaben über eine Forderung zu machen? Auch fehlt dem Rechtspfleger das grundbuchrechtliche Instrumentarium, um die schuldrechtliche Grundlage, aus der sich der Sicherungszweck der Grundschuld ergibt, zu überprüfen (§ 12 FGG). Bei interessengerechter Auslegung und Anwendung des formellen Rechts wäre die Eintragung als Sicherungsgrundschuld aber wohl doch machbar. Jedoch dürfte die materiellrechtliche Begründung hierfür entfallen sein. Sie liegt nämlich gerade in der Erschwerung des gutgläubig-einredefreien Erwerbs in Bezug auf die Einrede der Nichtvaluierung, des Sicherungszwecks. Eben dieser gutgläubig-einredefreie Erwerb ist durch die Neuregelung von § 1192 Abs. 1 a S. 1 BGB aber nicht nur erschwert, sondern gänzlich ausgeschlossen, sodass die Frage nach dem Grundbuchausweis als „Sicherungsgrundschuld“ obsolet geworden ist.

²⁷ Wieling (Fn. 18), § 33 IV. (S. 476); Eickmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 1191 Rn. 41; Deubner, JuS 2008, 586 (589); Bülow (Fn. 6), Rn. 306.

²⁸ NJW 1956, 53 zu 3. b.

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen

Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle)

Von Dr. Kathrin Kroll-Ludwigs* und Dr. Markus Ludwigs**, Bonn

Fordert das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung eine richterliche Rechtsfortbildung über den Wortlaut der Norm hinaus? Wenn ja, wer bestimmt über ihre Grenzen, das Europarecht oder das nationale Recht? Und schließlich: Kann der deutschen Methodenlehre hier überhaupt noch eine substantielle Bedeutung zukommen? Grundlegende Fragen, die sich bei der Bewertung der Quelle-Entscheidung des BGH vom 26.11.2008 stellen. Das oberste deutsche Zivilgericht hat hier erstmals Umfang und Grenzen einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung des nationalen Rechts geprägt. Anlass genug, die neue Rechtsfigur in das Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen einzuordnen. Hierzu sind in einem ersten Teil des Beitrags zunächst die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der richtlinienkonformen Auslegung zu beleuchten, bevor der Fokus im zweiten Teil auf ihre Implementierung im nationalen Recht gerichtet wird.

1. Teil: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

I. Der Fall „Quelle“

Gegenstand der Entscheidung des BGH in der Rechtssache „Quelle“ war die Klage eines Verbraucherverbandes (i.S.v. § 4 UKlaG) gegen das Versandhandelsunternehmen „Quelle“ auf Rückzahlung von geleistetem Nutzungersatz in Höhe von 67,86 € nebst Zinsen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.¹ Gestützt auf eine entsprechende Ermächtigung vertrat der Kläger dabei die Interessen einer Verbraucherin, die von der Beklagten ein „Herd-Set“ zum Preis von 524,90 € für ihren privaten Gebrauch erworben hatte. Nach Feststellung eines unbehebbar Mangels des Geräts wurde dieses ausgetauscht. Im Gegenzug verlangte die Beklagte Nutzungersatz gem. § 439 Abs. 4 BGB in Verbindung mit § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, § 100 BGB, den die Käuferin in der Folge auch zahlte. Die mit der Sache befassten Instanzgerich-

te² gaben dem Antrag auf Rückzahlung des geleisteten Betrages – in Übereinstimmung mit einer Literaturmeinung, wonach der Käufer für die Nutzung einer mangelhaften Sache nicht zum Ersatz verpflichtet sein soll³ – zunächst statt. Der BGH setzte das Verfahren durch Beschluss vom 16.8.2006⁴ dagegen aus und ersuchte den EuGH gem. Art. 234 EG um Vorabentscheidung. Die Vorlage zielte auf Klärung der Frage, ob die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 i. V. mit Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 oder Art. 3 Abs. 3 S. 3 der Richtlinie 1999/44/EG⁵ (im Folgenden: VerbrGKRL) dahin auszulegen sind, dass sie eine nationale Regelung ausschließen, wonach der Verkäufer bei einer Ersatzlieferung vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung der zunächst gelieferten mangelhaften Sache verlangen kann.

Mit Urteil vom 17.4.2008 entschied der EuGH, dass Art. 3 der VerbrGKRL einer nationalen Regelung entgegenstehe, die dem Verkäufer „gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen“.⁶ Die deutsche Regelung zum Nutzungersatz bei Nachlieferung in § 439 Abs. 4 BGB konnte damit als richtlinienwidrig gelten.⁷ Zur Begründung führte der EuGH aus, Art. 3 VerbrGKRL statuiere eine „Garantie der Unentgeltlichkeit“, die jeder finanziellen Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts, auf das sich der Vertrag beziehe, entgegenstehe.⁸ Der Verbraucher solle auf diese Weise vor drohenden finanziellen Belastungen

² Vgl. LG Nürnberg-Fürth NJW 2005, 2558; OLG Nürnberg NJW 2005, 3000.

³ Vgl. dazu im Einzelnen *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1970 ff.), dabei insbesondere auf die Unterschiede zum Rücktrittsrecht verweisend; *dies.*, JuS 2006, 203 (204); kritisch auch *Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 BGB Rn. 19; *Weidenkaff* in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 439 BGB Rn. 25. Anders aber die h.M., die einen Anspruch auf Nutzungersatz im Rahmen von § 439 Abs. 4 BGB bejahte. Vgl. dazu die umfangreichen Nachweise bei BGH NJW 2006, 3200 (3201).

⁴ Vgl. BGH NJW 2006, 3200.

⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171, S. 12.

⁶ EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 43 (Quelle) = NJW 2008, 1433; vgl. hierzu z.B. *Staudinger*, ZJS 2008, 309.

⁷ Vgl. in diesem Sinne schon vor der Entscheidung des EuGH z. B. *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1973); *Lorenz* (Fn. 3), Vor § 474 BGB Rn. 19; *Roth*, JZ 2001, 474 (489).

⁸ EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 33 f. (Quelle) = NJW 2008, 1433; z.T. kritisch hierzu *Herresthal*, NJW 2008, 2475 (2476 f.).

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht, Prof. Dr. *Nina Dethloff*, LL.M., Universität Bonn.

** Der Autor ist Akademischer Rat und Habilitand am Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl Prof. Dr. *Matthias Schmidt-Preuß*, Universität Bonn.

¹ Daneben hatte der Kläger den Antrag gestellt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, Verbrauchern im Falle der Ersatzlieferung Beträge für die Nutzung der mangelhaften Ware in Rechnung zu stellen. Auf diesen Antrag wird im Folgenden mangels eigenständiger Relevanz für die Thematik der richtlinienkonformen Auslegung nicht näher eingegangen.

geschützt werden, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen.⁹

Der BGH war in seinem Urteil vom 26.11.2008 zwar an das Auslegungsergebnis des EuGH gebunden. Klärungsbedürftig blieb aber, inwieweit den Vorgaben mit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB entsprochen werden konnte. Diesbezüglich verneinte der BGH zunächst die Möglichkeit einer richtlinienkonformen „Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts“¹⁰ (sog. Auslegung im engeren Sinne). In einem weiteren Schritt stellte sich ihm die Frage nach der Möglichkeit einer *richtlinienkonformen Rechtsfortbildung*. Der BGH bejahte eine solche und entschied sich für die teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB „auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt“.¹¹ Danach sei die Vorschrift für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs dahingehend anzuwenden, dass „die in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen, hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen“.¹²

Inzwischen hat auch der Gesetzgeber auf die Entscheidung des EuGH reagiert und das nationale Recht richtlinienkonform ausgestaltet¹³: Nach dem neu gefassten § 474 Abs. 2 S. 1 BGB ist § 439 Abs. 4 BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf nunmehr mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.

II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen der richtlinienkonformen Auslegung

1. Entwicklung und Geltungsgrund

Die Figur der richtlinienkonformen Auslegung gehört spätestens seit den Entscheidungen von *Colson* und *Kamann* sowie *Harz* zum Standardrepertoire des EuGH.¹⁴ Sie dient der Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts¹⁵ und stellt auf diese Weise eine – im Grundsatz außer Streit stehende¹⁶ – Sonderform der gemeinschaftsrechtskon-

formen Auslegung dar.¹⁷ Den normativen Anknüpfungspunkt bildet neben dem Umsetzungsbefehl gemäß Art. 249 Abs. 3 EG und der Loyalitätspflicht aus Art. 10 EG auch die jeweilige Richtlinie selbst.¹⁸ Eine – von Teilen der Literatur vertretene¹⁹ – Herleitung aus dem normtheoretischen Vorrang der Richtlinie vor nationalem Recht ist demgegenüber abzulehnen. Gegen sie spricht, dass die richtlinienkonforme Auslegung – anders als der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts – gerade nicht die unmittelbare Wirksamkeit der Richtlinie voraussetzt.²⁰ Vorrangwirkung entfaltet freilich Art. 249 Abs. 3 EG, der die Zielverbindlichkeit der Richtlinie anordnet. Daraus folgt, dass die Richtlinie bei der Auslegung des nationalen Rechts maßgeblich und vorrangig zu berücksichtigen ist.²¹ In diesem Sinne lässt sich auch von der richtlinienkonformen Auslegung als „interpretatorischer Vorrangregel“ sprechen.²²

2. Inhalt der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung

Inhaltlich statuiert das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung die an alle Träger öffentlicher Gewalt gerichtete *Verpflichtung*, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu ergreifen, um das mit der Richtlinie vorgegebene Ziel zu erreichen.²³ Angesprochen sind damit neben den Verwaltungsbehörden auch und gerade die nationalen Gerichte. Sie haben „unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles [zu] tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten

Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EG Rn. 116 mit Fn. 411; aus der Lit.: *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (59); kritisch dagegen etwa noch *Scherzberg*, JURA 1993, 225 (231 f.), der nur ein Gebot der richtlinienkonformen Auslegung *kraft nationalen Rechts* anerkennt, dabei aber die Bindung von Gerichten und Behörden an die Zielvorgaben der Richtlinie negiert.

¹⁷ EuGH, NZA 2008, 581 Rn. 101 (Impact); Slg. I 2004, S. 835 Rn. 114 ff. (Pfeiffer u.a.); aus der Lit.: *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 102 ff. m.w.N.; für eine strikte terminologische Trennung zwischen *richtlinienkonformer* Auslegung und – „auf dem Primat des EG-Rechts [beruhender]“ – *gemeinschaftsrechtskonformer* Auslegung dagegen *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (49).

¹⁸ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 113 (Adeneler); EuGH, Slg. 1984, S. 1891 Rn. 26 (von Colson und Kamann); zu unterschiedlichen Begründungsansätzen: *Brechmann* (Fn. 14), S. 127 ff.; 247 ff.

¹⁹ Vgl. z.B. GA *Cosmas*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 1997, S. 6843 Rn. 22 (Daihatsu); aus der Lit. zuletzt *Wölker*, EuR 2007, 32 (43).

²⁰ Vgl. nur *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die EG, 1999, S. 294, 297 m.w.N.

²¹ *Herrmann* (Fn. 17), S. 133.

²² Ausführlich hierzu im 2. Teil unter III. 1.

²³ StRspr. seit EuGH, Slg. 1984, S. 1891 Rn. 26 (von Colson und Kamann).

⁹ EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 34 (Quelle) = NJW 2008, 1433.

¹⁰ Vgl. *Canaris*, in: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (81).

¹¹ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 21.

¹² BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 26.

¹³ Vgl. BGBI. I S. 2399; zur Begründung der Neuregelung siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 15.10.2008, BT-Drs. 16/10607, S. 5 f.

¹⁴ EuGH, Slg. 1984, S. 1891 Rn. 26 (von Colson und Kamann), wo erstmals eine *Verpflichtung* zur richtlinienkonformen Auslegung formuliert wird; EuGH, Slg. 1984, S. 1921 (Harz); zur Entwicklung der Rspr. des EuGH siehe *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 31 ff., 46 ff., 66 ff.

¹⁵ EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 114 (Pfeiffer u.a.) m.w.N.

¹⁶ BVerfGE 75, 223 (237 ff.); vgl. auch die Nachweise aus der Rspr. von BAG, BGH, BFH und BVerwG bei *Ruffert*, in:

und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt²⁴. Dies beinhaltet auch die ständige Aufgabe, die Rechtsprechung des EuGH zum Richtlinienrecht im Rahmen der Auslegung des nationalen Rechts nachzuvollziehen.²⁵

Richtet man den Blick auf den Fall „Quelle“, so wird deutlich, dass der BGH als vorlegendes Gericht bei der Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB an die Interpretation des EuGH im Hinblick auf Art. 3 VerbrGKRL gebunden war. Über den konkreten Rechtsstreit hinaus ergibt sich auch die Verpflichtung jedenfalls der letztinstanzlichen Gerichte, vor einem Abweichen von der Auslegung des EuGH erneut vorzulegen.²⁶

3. Gegenstand

Gegenstand des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung ist das gesamte nationale Recht²⁷, einschließlich der Verfassungen der Mitgliedstaaten.²⁸ Mit Blick auf die „volle Wirksamkeit“ und die Zielverbindlichkeit der Richtlinie kann es dabei nicht darauf ankommen, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt.²⁹ Ebenso wenig ist entscheidend, ob die innerstaatlichen Bestimmungen spezifisch zur Umsetzung der fraglichen Richtlinie erlassen wurden.³⁰

Unterwirft ein Mitgliedstaat Sachverhalte, die *nicht* von der Richtlinie erfasst werden, bewusst den richtlinienrechtlichen Regelungen, so spricht man von einer „überschießenden Umsetzung“.³¹ Eine klare Antwort auf die sich stellende Frage, ob die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung dann auch für das „überobligatorisch angeglichene Recht“³² gilt, hat der EuGH in seiner Recht-

sprechung³³ bislang nicht gegeben. In der Sache erscheint maßgeblich, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nicht weiter reichen kann, als der durch den Anwendungsbereich der Richtlinie begrenzte Umsetzungsbefehl.³⁴ Daraus folgt, dass sich die Entscheidung über eine einheitliche oder gespaltene Auslegung allein nach nationalem Recht bestimmt. Etwas anderes wird man allenfalls dann annehmen können, wenn bei einer gespaltenen Auslegung die Wirksamkeit der Richtlinienvorschrift beeinträchtigt würde.³⁵

Die Frage nach einer überschießenden Umsetzung beschäftigte auch den BGH in seinem *Quelle*-Urteil. Insoweit war einerseits zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber in § 13 BGB einen Verbraucherbegriff geschaffen hat, der über die Vorgaben des Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL hinausgeht.³⁶ Andererseits ist eine überschießende Umsetzung auch dahingehend vorgenommen worden, dass § 439 Abs. 4 BGB nicht nur für die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Verbrauchsgüterkäufe gilt. Vielmehr ist die Vorschrift unterschiedslos für sämtliche Kaufverträge, also z. B. auch solche zwischen Unternehmern, konzipiert worden. Das Gemeinschaftsrecht macht hier indes, wie gezeigt, keine Vorgaben hinsichtlich einer einheitlichen Auslegung auch des jeweils überschießend umgesetzten Teils. Auf die Frage, inwieweit sich eine derartige Verpflichtung aus dem *nationalen Recht* ergibt, wird zurückzukommen sein.³⁷

4. Qualitative Voraussetzungen

Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung unterliegt *als solches* keinen qualitativen Anforderungen.³⁸ Insbesondere setzt es – entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung³⁹ – nicht die inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Bestimmtheit der Richtlinie voraus. Einer Übertragung dieser für die unmittelbare Wirkung von Richtlinien geltenden Kriterien steht entgegen, dass die richtlinienkonforme Auslegung stets an das *nationale Recht* anknüpft. Auf die inhaltliche

²⁴ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 111 (Adeneler) m.w.N.

²⁵ Roth, EWS 2005, 385 (re. Sp.).

²⁶ Siehe dazu allgemein *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 861; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 234 EG Rn. 38.

²⁷ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 111 (Adeneler); Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 115 f., 118 f. (Pfeiffer u.a.). Zur Auslegung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats aufgrund einer kollisionsrechtlichen Verweisung vgl. *Roth*, EWS 2005, 385 f.

²⁸ Statt vieler *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 298 f.; kritisch *Di Fabio*, NJW 1990, 947 (948 ff.). Neben der richtlinienkonformen Auslegung verbleibt Raum für eine *verfassungskonforme Auslegung*, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum einräumt (darauf hinweisend *Schroeder*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rn. 128 mit Fn. 408 m.w.N.).

²⁹ Vgl. aus der Rspr.: EuGH, Slg. I 1990, S. 4135 Rn. 8 (Marleasing); Slg. I 2000, S. 4941 Rn. 30, 32 (Océano).

³⁰ EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 115 (Pfeiffer u.a.).

³¹ Vgl. *Herrmann* (Fn. 17), S. 127; grundlegend *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913.

³² *Leible*, Wege zu einem einheitlichen Privatrecht, 2003, S. 308 (zitiert nach *Herrmann* [Fn. 17], S. 127).

³³ EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-48/07 Rn. 27 (État belge); Slg. I 1997, S. 4161 Rn. 32 ff. (Leur-Bloem); in der Literatur wird die Frage überwiegend verneint, vgl. z.B. *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913 (919); *Hommelhoff*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, 889 (913 ff.); *Lutter*, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 571 (574 f.); *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545 (548 f.); anders aber *Roth*, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. II, 2000, S. 847 (883 ff.); s. auch *Büdenbender*, ZEuP 2004, 36 (47 f.).

³⁴ Statt vieler: *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545 (548 f.); *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1416).

³⁵ Ebenso *Remien*, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, 2006, § 14 Rn. 34, unter Rekurs auf EuGH, Slg. I 1998, S. 4695 Rn. 34 (ICI).

³⁶ Vgl. dazu *Heinrichs* in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 13 BGB Rn. 3.

³⁷ Ausführlich dazu im 2. Teil unter III. 3.

³⁸ Eingehend *Herrmann* (Fn. 17), S. 113 f.

³⁹ *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121 (124 f.); *Scherzberg*, JURA 1993, 225 (232); undeutlich EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 102 ff. (Pfeiffer u.a.), hierzu aber *Roth*, EWS 2005, 385 (387).

Unbedingtheit und hinreichende Bestimmtheit der *Richtlinie* kann es dann aber nicht ankommen.⁴⁰

Zu beachten ist freilich, dass die sachlich inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie entscheidend für die Bestimmung der *Reichweite* des Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung sind: Wird den Mitgliedstaaten darin etwa ein Umsetzungsspielraum eingeräumt, dann muss sich die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens bewegen.⁴¹

5. Maßgeblicher Zeitpunkt

In zeitlicher Hinsicht beginnt die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung mit Ablauf der Umsetzungsfrist.⁴² Dies folgt schon daraus, dass erst mit Fristende die Herstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage geboten ist.⁴³ Zwar ist es den Mitgliedstaaten auch schon vorher untersagt, die Verwirklichung der Richtlinienziele durch nationale Maßnahmen in Frage zu stellen.⁴⁴ Die *nationalen Gerichte* müssen es soweit wie möglich unterlassen, „das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde“.⁴⁵ Dieses „Frustrationsverbot“⁴⁶ bezieht sich aber allein auf das effektive Wirksamwerden der Richtlinie *nach Fristablauf*.⁴⁷

Der Ablauf der Umsetzungsfrist bildet im Übrigen selbst dann den maßgeblichen Zeitpunkt für die Aktivierung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung, wenn der nationale Gesetzgeber die Richtlinie schon vor Fristablauf (ganz oder teilweise) umgesetzt hat.⁴⁸ Denn der Inhalt der *gemeinschaftsrechtlichen* Pflicht wird durch den nationalen Umsetzungsakt nicht modifiziert.⁴⁹ Eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung vorfristi-

ger Umsetzungsmaßnahmen wird sich aber regelmäßig *aus dem nationalen Recht* ergeben: Sie folgt aus dem Kanon der nationalen Auslegungsregeln, insbesondere dem Umsetzungswillen des Gesetzgebers.⁵⁰

Von der Pflicht der nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung vor Fristablauf ist die Frage zu unterscheiden, ob die Richtlinienvorgaben in diesem Stadium zumindest berücksichtigt werden *dürfen*. Praktisch ist dies dann relevant, wenn der nationale Gesetzgeber noch nicht tätig geworden ist. Das Gemeinschaftsrecht enthält für diesen Fall keine Vorgaben, so dass die Antwort erneut im nationalen Recht zu suchen ist.⁵¹ Als problematisch erweist sich dabei der drohende Eingriff der Gerichte in den Kompetenzbereich des (Umsetzungs-)Gesetzgebers. Dem Rechnung tragend hat der *BGH* im „Testpreis-Angebot“-Urteil einen differenzierenden Ansatz gewählt. Danach ist eine „richtlinienkonforme Auslegung“ zulässig, „solange sich die Konformität mittels [einfacher] Auslegung im nationalen Recht [...] herstellen lässt und soweit dem Gesetzgeber ohnehin kein Spielraum bei der Umsetzung bleibt“.⁵² Sollte damit gemeint sein, dass die Richtlinie bei einer „interpretatorischen Gesamtabwägung“ als eines unter mehreren Auslegungselementen berücksichtigt werden kann⁵³, ist dem zuzustimmen.

6. Abgrenzung zur unmittelbaren Wirkung

Zwischen den Instituten der „unmittelbaren Wirkung von Richtlinien“ und der „richtlinienkonformen Auslegung“ besteht ein *kategorialer Unterschied*: Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bedeutet gerade nicht, dass einer Richtlinienbestimmung „irgendeine unmittelbare Wirkung zwischen den Einzelnen verliehen würde“.⁵⁴ Vielmehr kommt eine Direktwirkung hier allein den richtlinienkonform ausgelegten *nationalen Vorschriften* selbst zu.⁵⁵ Dementsprechend rückt bei der richtlinienkonformen Auslegung die Spannungslage zwischen (nationaler) Legislative und (nationaler) Judikative in den Fokus, während Fragen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien allein das Rangverhältnis zwischen der nationalen Rechtsordnung und der Gemeinschaftsrechtsordnung betreffen.⁵⁶

In Betracht kommt eine richtlinienkonforme Auslegung vor allem dann, wenn eine Richtlinie – wie regelmäßig – *keine* unmittelbare Wirkung entfaltet. Dies ist insbesondere

⁴⁰ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50).

⁴¹ Näher *Herrmann* (Fn. 17), S. 113 ff. m.w.N.

⁴² EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 115 (Adeneler); undeutlich noch EuGH, Slg. 1987, S. 3969 Rn. 16 (Kolpinghuis Nijmegen); aus der Lit. statt vieler: *von Danwitz*, JZ 2007, 697 (699); *Götz*, NJW 1992, 1849 (1854); für ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens dagegen: GA *Kokott*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 44 ff. (Adeneler); *Steindorff*, AG 1988, 57 (58); differenzierend *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (52).

⁴³ *Schroeder* (Fn. 28), Art. 249 EG Rn. 130; vgl. auch schon *Lutter*, JZ 1992, 593 (605).

⁴⁴ EuGH, Slg. I 1997, S. 7411 Rn. 40 ff. (Inter-Environnement Wallonie); Slg. I 2003, S. 4431 (ATRAL); Slg. I 2005, S. 9981 Rn. 67 (Mangold).

⁴⁵ EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 123 (Adeneler).

⁴⁶ So in Anlehnung an die Terminologie des allgemeinen Völkervertragsrechts (Art. 18 WVK): *Weiß*, DVBl. 1998, 568 (572 f.); zur normativen Verankerung dieser „Vorwirkung“ der Richtlinie im Gemeinschaftsrecht vgl. *Schroeder* (Fn. 28), Art. 249 EG Rn. 83 einerseits (Art. 249 Abs. 3 EG) und *Roth*, EWS 2005, 385 (387) andererseits (Art. 10 EG).

⁴⁷ *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 119.

⁴⁸ A.A. *Herrmann* (Fn. 17), S. 120.

⁴⁹ Überzeugend *Herresthal*, EuZW 2007, 396 (397 f.).

⁵⁰ *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (75); *Ehrlicke*, EuZW 1999, 553 (554); *Leible/Sosnitzka*, NJW 1998, 2507 (2508); *Roth*, ZIP 1992, 1054 (1056).

⁵¹ *Roth*, EWS 2005, 385 (387); vgl. auch *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, § 9 Rn. 40.

⁵² BGHZ 138, 55 (59 ff.); zustimmend *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 458; kritisch A. *Staudinger*, JR 1999, 198 (199 f.); ausführlich *Herrmann* (Fn. 17), S. 195 ff. m.w.N.

⁵³ Näher *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (75 f.); „Rechtsgewinnungsquelle“; ähnlich *Leible/Sosnitzka*, NJW 1998, 2507.

⁵⁴ GA *van Gerven*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 1990, S. 4135 Rn. 7 (Marleasing).

⁵⁵ *Herrmann* (Fn. 17), S. 93; *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (50).

⁵⁶ *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261 (283).

dann der Fall, wenn die Richtlinienbestimmung nicht hinreichend bestimmt oder nicht inhaltlich unbedingt gefasst ist oder wenn sie rechtliche Verpflichtungen für Einzelpersonen enthält. Damit kommt der richtlinienkonformen Auslegung gerade im Bereich horizontaler Rechtsbeziehungen besondere Bedeutung zu. Im Bürger-Bürger-Verhältnis ist eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nämlich – aufgrund der individuellen Belastungen – ausgeschlossen.⁵⁷

Auch eine Differenzierung zwischen *positiver* und *negativer* Wirkung von Richtlinien kann nicht überzeugen.⁵⁸ Abzulehnen ist daher die von mehreren Generalanwälten⁵⁹ und Teilen der Literatur⁶⁰ vertretene These, wonach das nationale Gericht im Falle der Unmöglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung „die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts dadurch [...] gewährleiste[t], dass es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt [...]“.⁶¹ Das soll selbst dann gelten, wenn die nicht (ordnungsgemäß) umgesetzten Richtlinien „wegen fehlender Genauigkeit oder weil sie in ‚horizontalen‘ Beziehungen nicht unmittelbar wirksam sind, dem Einzelnen keine gerichtlich einforderbaren Rechte verleihen“.⁶² Gegen diesen Ansatz ist mit Recht eingewandt worden, dass die Reichweite der Suspensivwirkung der Richtlinie dann von der – aus Sicht des Gemeinschaftsrechts – zufälligen Ausgestaltung des einschlägigen nationalen Gesetzes abhängen würde.⁶³ In rechtspraktischer Hinsicht ist zudem auf das drohende „rechtliche Vakuum“ hinzuweisen.⁶⁴ Dementsprechend war es auch

der Verbraucherin im Fall „Quelle“ verwehrt, ihren Rückzahlungsanspruch unmittelbar auf die von Art. 3 VerbrGKRL geforderte „Unentgeltlichkeit“ und die daraus resultierende Unanwendbarkeit der entgegenstehenden nationalen Vorschrift (§ 439 Abs. 4 i.V. mit §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) zu stützen.

Das *Verbot der horizontalen Direktwirkung* wird im Übrigen auch weder durch die *Mangold*- noch durch die *Unilever*-Rechtsprechung des EuGH in Frage gestellt.⁶⁵ Was die Rechtssache *Mangold* betrifft, so leitet der EuGH das hier in Rede stehende unmittelbar wirksame Verbot der Altersdiskriminierung letztlich nicht aus der einschlägigen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG⁶⁶ selbst, sondern aus einem allgemeinen (primärrechtlichen) Grundsatz des Gemeinschaftsrechts her.⁶⁷ In der Entscheidung *Unilever* geht der EuGH zwar von der Unanwendbarkeit bestimmter – unter Verstoß gegen eine richtlinienrechtliche Mitteilungspflicht erlassener – technischer Vorschriften des nationalen Rechts in privatrechtlichen Streitigkeiten aus.⁶⁸ Insoweit handelt es sich indes nicht um einen Fall der horizontalen Direktwirkung. Es geht hier nämlich nicht um eine Umsetzung von Richtlinien durch den Gesetzgeber, sondern um die Erfüllung einer spezifischen Verfahrenspflicht (Mitteilung technischer Vorschriften) der Mitgliedstaaten.⁶⁹

Ist in der Beziehung zwischen einem Privaten und dem Staat eine Berufung auf die Richtlinie möglich, so stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von unmittelbarer Wirkung und richtlinienkonformer Auslegung. Beide Rechtsinstitute schließen einander nicht aus: Vielmehr sprechen sowohl der vom nationalen Richter zu beachtende *Umsetzungsbefehl* des Art. 249 Abs. 3 EG als auch der Gedanke der Schonung der mitgliedstaatlichen Souveränität für einen Vorrang des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung.⁷⁰ Nur wenn eine Auslegung des nationalen Rechts in Übereinstimmung mit den Richtlinienanforderungen ausscheidet, hat die zuständige nationale Stelle „das Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang

⁵⁷ Grundlegend EuGH, Slg. 1986, S. 723 Rn. 48 (Marshall) (zur Kritik an dieser Rechtsprechung *Ruffert* [Fn. 16], Art. 249 EG Rn. 94 ff. m.w.N.); vgl. für das Staat-Bürger-Verhältnis (sog. umgekehrt vertikale Direktwirkung): EuGH, Slg. 1987, S. 3969 Rn. 6 ff. (Kolpinghuis Nijmegen). Zur – insbesondere im Umweltrecht diskutierten – unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in öffentlich-rechtlichen Dreiecksverhältnissen *Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., 2005, S. 244 ff., 795 ff., 799 f. m.w.N.; vgl. aus der Rspr. insbes. EuGH, Slg. I 2004, S. 723 Rn. 56 f. (Delena Wells).

⁵⁸ Die Frage offen lassend BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 35.

⁵⁹ Z.B. GA *Saggio*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2000, S. 4941, Rn. 30 ff. (Océano); GA *Léger*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2000, S. 6917 Rn. 50 ff. (Linster); GA *Colomer*, Schlussanträge v. 27.4.2004 zu EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 15 ff. (Pfeiffer u.a.); GA *Mengozzi*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2007, S. 4307 Rn. 53 mit Fn. 22.

⁶⁰ Vgl. eingehend *Herrmann* (Fn. 17), S. 78 ff. m.w.N.

⁶¹ GA *Colomer*, Schlussanträge v. 27.4.2004 zu EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 15 (Pfeiffer u.a.).

⁶² GA *Saggio*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2000, S. 4941, Rn. 30 (Océano).

⁶³ Überzeugend *Herresthal*, *Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen*, 2005, S. 78 ff.; *Osterloh-Konrad*, CR 2008, 545 (547 f.); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911).

⁶⁴ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (53); vgl. auch *Herresthal*, NJW 2008, 2475 (2477); gegen die Lehre von der negativen Direktwirkung auch GA *Mazák*, Schlussanträge zu

EuGH, Slg. I 2005, S. 8531 Rn. 123 ff., 126 (Félix Palacios de la Villa); *Canaris*, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 41 (44); *von Danwitz*, JZ 2007, 697 (703).

⁶⁵ Ausführlich *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 83 ff. m.w.N.

⁶⁶ ABl. 2000 L 303 S. 16.

⁶⁷ EuGH, Slg. I 2005, S. 9981 Rn. 74 ff. (*Mangold*); vgl. auch BAG NZA 2007, 1101 (1102); aus der Lit. statt vieler: *Heiderhoff*, ZJS 2008, 25 (29); *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2008, § 1 Rn. 30.

⁶⁸ EuGH, Slg. I 2000, S. 7535 Rn. 31 ff. (*Unilever*); s. auch schon EuGH, Slg. I 1996, S. 2201 Rn. 32 ff. (*CIA Security International*).

⁶⁹ Überzeugend *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 84 mit Fn. 266 unter Verweis auf EuGH, Slg. I 2000, S. 7535 Rn. 50 f. (*Unilever*).

⁷⁰ Aus der Lit. *Höpfner* (Fn. 28), S. 231 ff.; *Roth*, EWS 2005, 385 (387); *Schroeder* (Fn. 28), Art. 249 EG Rn. 125; in diese Richtung jetzt wohl auch EuGH, Urt. v. 22.12.2008, Rs. C-414/07, Rn. 44 (*Magoora*); a.A. *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (55).

anzuwenden und die Rechte, die dieses dem Einzelnen einräumt, zu schützen, indem [sie] notfalls jede Bestimmung unangewandt lässt, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gemeinschaftswidrigen Ergebnis führen würde“.⁷¹

7. Gemeinschaftsrechtliche Schranken

a) Auslegungsbegriff

Mit Blick auf die Grenzen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung stellt sich zunächst die Frage, wie der *gemeinschaftsrechtliche Begriff* der „Auslegung“ zu verstehen ist. In der deutschen Methodenlehre wird ganz überwiegend der *Wortlaut* der Norm als Trennlinie zwischen Gesetzesauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung anerkannt.⁷² Auf den ersten Blick erscheint es daher überzeugend, wenn von Teilen der Literatur der Wortlaut der *Umsetzungsvorschrift* auch als absolute Grenze der richtlinienkonformen „Auslegung“ bestimmt wird.⁷³ Für den Fall „Quelle“ würde dies bedeuten, dass eine richtlinienkonforme Auslegung am eindeutigen Wortlaut von § 439 Abs. 4 BGB, wonach die Rückgewähr einer mangelhaften Sache im Falle der Nachlieferung nach „Maßgabe der §§ 346 bis 348“ verlangt werden kann, scheitern müsste. Auch nach Ansicht des BGH sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass damit nur die Herausgabe der Sache selbst, nicht dagegen der Ersatz gezogener Nutzungen gemeint ist.⁷⁴ Dies macht insbesondere der Verweis auf § 347 BGB deutlich, der andernfalls bedeutungslos wäre.⁷⁵

Bei einem derart engen Verständnis des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs der Auslegung bliebe allerdings unberücksichtigt, dass der EuGH – im Anschluss an die französische Doktrin – in ständiger Rechtsprechung auch dann von „Auslegung“/„interprétation“ spricht, wenn es der Sache nach um richterliche Rechtsfortbildung geht.⁷⁶ Im Übrigen würde

der Ausschluss einer – im deutschen Recht grundsätzlich anerkannten – richterlichen Rechtsfortbildung mit dem gemeinschaftsrechtlichen *Grundsatz der Äquivalenz* kollidieren. Zur Erzielung richtlinienkonformer Ergebnisse hat sich der nationale Richter nämlich desselben methodischen Instrumentariums zu bedienen, das ihm auch bei der Entscheidung von Fällen im Rahmen des autonom nationalen Rechts zu Gebote steht.⁷⁷ In der Rechtssache *Pfeiffer*⁷⁸ verlangt der EuGH sogar, dass zur Vermeidung eines Konflikts mit Richtlinienrecht die Methoden zur Lösung innerstaatlicher Normkollisionen entsprechend anzuwenden sind.⁷⁹ Im deutschen Recht zählt hierzu insbesondere die verfassungskonforme Auslegung. Zwar ließe sich im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung einwenden, dass eine Normenkollision nur dann zu bejahen wäre, wenn die Richtlinie auch unmittelbare Wirkung entfaltet. Gleichwohl erscheint die Sichtweise des Gerichtshofs konsequent, wenn man das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung im Verhältnis zu den nationalen Auslegungskanonens als „interpretatorische Vorrangregel“ begreift.⁸⁰

Nach Vorstehendem erhellt, dass eine richtlinienkonforme Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB nicht am Wortlaut der Norm enden darf. Vielmehr sind die in der deutschen Methodenlehre entwickelten Grundsätze der richterlichen Rechtsfortbildung zu berücksichtigen.⁸¹ Eine solche Auslegung im *weiteren Sinne* ist gemeinschaftsrechtlich geboten.

b) Ausschluss von Belastungen Privater?

Die Frage, inwieweit eine richtlinienkonforme Auslegung auch Belastungen Privater zur Folge haben darf, wurde im Schrifttum zunächst kontrovers erörtert.⁸² Durchgesetzt hat sich – jedenfalls für privatrechtliche Streitigkeiten⁸³ – eine befürwortende Sichtweise, die auch der Gerichtshof u. a. in den Rechtssachen *Marleasing* und *Pfeiffer* zugrunde gelegt hat.⁸⁴ Maßgeblich erscheint dabei, dass Verpflichtungen Privater bei der richtlinienkonformen Auslegung nicht unmittelbar aufgrund Gemeinschaftsrechts, sondern nur mittelbar, aufgrund nationalen, richtlinienkonform ausgelegten Rechts entstehen.⁸⁵ Der richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB im *Quelle*-Urteil des BGH standen demnach

Rechtsfindung“; für einen rechtsvergleichenden Überblick zur Methodenlehre vgl. *Prechal*, *Directives in European Community Law*, 2. Aufl. 2006, S. 180 ff.

⁷¹ Roth, EWS 2005, 385 (390).

⁷² EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 116 (Pfeiffer u.a.).

⁷³ Vgl. auch *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 115 m.w.N.; kritisch *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2304 f.).

⁷⁴ Siehe oben unter II. 1. und ausführlich im 2. Teil unter III. 1.

⁷⁵ Ausführlich hierzu im 2. Teil unter III. 2.

⁷⁶ Ablehnend noch z.B. *Scherzberg*, JURA 1993, 225 (232).

⁷⁷ Für einen Ausschluss der richtlinienkonformen Auslegung im Bereich strafrechtlicher Vorschriften *Roth*, EWS 2005, 385 (391) m.w.N.

⁷⁸ EuGH, Slg. I 1990, S. 4135 (Marleasing); Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 110 ff. (Pfeiffer u.a.).

⁷⁹ *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 120 m.w.N.

⁷¹ EuGH, Slg. I 2000, S. 7321 Rn. 40 (Engelbrecht) für die primärrechtskonforme Auslegung; s. auch schon EuGH, Slg. 1988, S. 673 Rn. 11 (Murphy).

⁷² *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 441; *Canaris* (Fn. 64), S. 41 (51); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 322 f.; kritisch z.B. *Rüthers*, JZ 2006, 53 (57 f.).

⁷³ *Ehricke*, ZIP 2004, 1025 (1029 f.); *Habersack/Mayer*, WM 2002, 253 (256); *Hummel*, EuZW 2007, 268 f.; wohl auch GA *Léger*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2005, S. 9215 Rn. 84 ff. (Schulte); anders aber die h.M. in der Literatur: vgl. statt vieler *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (81 ff.); *Roth*, EWS 2005, 385 (389); *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2305).

⁷⁴ In diesem Sinne auch BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 20.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 20 a.E.

⁷⁶ Vgl. insb. EuGH, Slg. I 1996, S. 1029 Rn. 24–26 (*Brasserie du Pêcheur/Factortame*); ausführlich *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, 2001, S. 289 ff., 365 f., 394 f., 606 ff. m.w.N.; *Neuner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, S. 231 (232); kritisch zur Terminologie des EuGH z.B. *Riesenhuber/Domröse*, EWS 2004, 47: „richtlinienkonforme

auch nicht die hiermit verbundenen Belastungen des Verkäufers – Wegfall des Nutzungsersatzanspruchs – entgegen.

c) Allgemeine Rechtsgrundsätze und contra-legem-Grenze

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unterliegt die Verpflichtung des nationalen Richters zur richtlinienkonformen Auslegung in zweierlei Hinsicht Beschränkungen:

Eine *erste Begrenzung* bilden die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere das Prinzip der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot.⁸⁶ Hieraus hat der *EuGH* etwa gefolgert, dass eine Richtlinie „für sich allein und unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften [...] nicht die Wirkung haben kann, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften der Richtlinie verstoßen, festzulegen oder zu verschärfen“.⁸⁷

Eine zweite Grenze folgt aus der Feststellung des *EuGH*, wonach die mitgliedstaatlichen Gerichte „nicht gezwungen werden [sollen, ihr] nationales Recht *contra legem* auszulegen“.⁸⁸ Daraus folgt, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nur nach Maßgabe der nationalen Methodenlehre besteht. Es bleibt dem nationalen Recht überlassen, die Grenze seiner Auslegbarkeit zu bestimmen.⁸⁹ Im deutschen Recht sind insoweit vor allem die Verfassungsgrundsätze der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) und der richterlichen Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) einschlägig.⁹⁰

Die Verpflichtung des *BGH* zur richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB bestand demnach nur insoweit, als sie nicht „*contra legem* des nationalen Rechts“ war. Zu beachten waren also die in der nationalen Methodenlehre anerkannten Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung. Diese sind dann erreicht, wenn neben dem eindeutigen Wortlaut auch der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte klar erkennbare Wille des Gesetzgebers entgegensteht.⁹¹ Für die damit entscheidende Frage, wie der Gesetzes-

zweck einer Umsetzungsvorschrift zu bestimmen ist, wird einerseits auf den generellen Willen des Gesetzgebers zur Umsetzung der Richtlinie, andererseits auf die konkrete Regelungsabsicht hinsichtlich des Bestehens eines Nutzungsersatzanspruchs abgestellt. Der *BGH* wählte im *Quelle*-Urteil einen vermittelnden Ansatz, indem er auf die konkret geäußerte, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragene Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers abstellte.⁹² Hierauf wird im 2. Teil des Beitrags näher einzugehen sein.⁹³

d) Konsequenzen bei Unmöglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung

Kann das Ziel der Richtlinie nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung erreicht werden, so ist zu prüfen, ob das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten zum Ersatz der dem Einzelnen durch die Nichtumsetzung der Richtlinie verursachten Schäden verpflichtet.⁹⁴ Liegen die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen der *Francovich*-Rechtsprechung⁹⁵ des *EuGH* nicht vor, kommt nur die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 ff. EG) in Betracht. Wollte man – entgegen dem *BGH* im *Quelle*-Urteil – die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB verneinen, bliebe mithin die Frage nach einem Staatshaftungsanspruch der Verbraucherin. Als problematisch dürfte sich hier freilich das vom *EuGH* in ständiger Rechtsprechung⁹⁶ geforderte Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes erweisen.⁹⁷

8. Richtlinienkonforme Auslegung als Umsetzungsersatz?

Wie bereits hervorgehoben wurde, hat auch der deutsche Gesetzgeber auf die Entscheidung des *EuGH* in der Rechtsache *Quelle* reagiert und mit § 474 Abs. 2 S. 1 BGB die Verbrauchsgüterkäufe von der Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB insoweit ausgenommen, als Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind. Hierdurch sollte eine „klare, richtlinienkonforme Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gewährleistet [werden]“.⁹⁸

⁸⁶ *EuGH*, NZA 2008, 581 Rn. 100 (Impact); Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 (Adeneler); Slg. I 2005, S. 3565 Rn. 66 ff. (Berlusconi); Slg. 1987, S. 3969 Rn. 13 (Kolpinghuis Nijmegen). Vgl. für die „rahmenbeschlusskonforme Auslegung“ in der „Dritten Säule“ auch *EuGH*, Slg. I 2005, S. 5285, Rn. 44 und 47 (Pupino); kritisch hierzu *Hillgruber*, JZ 2005, 841.

⁸⁷ *EuGH*, Slg. 1987, S. 3969 Rn. 13 (Kolpinghuis Nijmegen); vgl. z.B. auch *EuGH*, Slg. I 1996, S. 4705 Rn. 42 (Arcaro); Slg. I 2005, S. 3565 Rn. 74 (Berlusconi).

⁸⁸ *EuGH* NZA 2008, 581 Rn. 103 (Impact) [Hervorhebung im Original]; s. auch schon *EuGH*, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 (Adeneler); Slg. I 2005, S. 5285, Rn. 44 und 47 (Pupino); weitergehend noch *Lutter*, JZ 1992, 593 (607); vgl. auch *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47 (52).

⁸⁹ Statt vieler: *Auer*, NJW 2007, 1106 (1007); *Jarass/Beljin*, JZ 2003, 768 (775).

⁹⁰ Ausführlich *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1928 ff.); s. auch *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860 (874 ff.).

⁹¹ Vgl. insoweit *Canaris* (Fn. 10), S. 47 (92). So auch die Rspr., etwa BVerfGE 101, 312 (319); 98, 17 (45); 18, 97 (111) (zur verfassungskonformen Auslegung); BAG NJW 2006, 3161 (3164); *BGH* NJW 2006, 3200 (3201).

⁹² *BGH*, Urt. v. 26.11.2008 – VIII 200/05, Rn. 25.

⁹³ Vgl. dazu im 2. Teil unter III. 2.

⁹⁴ *EuGH*, Slg. I 1994, S. 3325 Rn. 27 (Faccini Dori); Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 112 (Adeneler). An eine Haftung der Mitgliedstaaten ist im Übrigen auch bei einer Missachtung des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung durch die nationalen Gerichte zu denken. Zur Verantwortlichkeit für judikatives Unrecht vgl. zuletzt *EuGH*, Slg. I 2006, S. 5177 Rn. 30 ff. (Traghetti del Mediterraneo [Staat haftet nur in dem Ausnahmefall, dass ein letztinstanzliches nationales Gericht „offenkundig“ gegen das geltende Recht verstoßen hat]).

⁹⁵ *EuGH*, Slg. I 1991, S. 5357 Rn. 28 ff. (Francovich).

⁹⁶ Vgl. für die Richtlinienumsetzung erstmals *EuGH*, Slg. I 1996, S. 1631 Rn. 37 ff. (British Telecommunications).

⁹⁷ Näher *Staudinger*, ZJS 2008, 309 (310 f.).

⁹⁸ Vgl. insoweit die Begründung des Rechtsausschusses v. 15.10.2008, BT-Drs. 16/10607, S. 6.

Angesichts der vom BGH bejahten Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB stellt sich freilich die Frage nach einer *Verpflichtung* des deutschen Gesetzgebers zum Tätigwerden. Eine solche ist zu bejahen.⁹⁹ Der EuGH hat nämlich gerade im Bereich des Verbraucherschutzes betont, dass „eine etwa bestehende nationale Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinn auslegt, der als den Anforderungen einer Richtlinie entsprechend angesehen wird, nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen kann, die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen“.¹⁰⁰ Die richtlinienkonforme Auslegung kann mithin nicht als vollwertiger und dauerhafter Umsetzungsersatz fungieren¹⁰¹, sie ist „kein Surrogat für die Umsetzung des Richtlinieninhalts durch Rechtsnormen“.¹⁰² Immerhin aber lässt sie sich einem Staatshaftungsanspruch des durch die richtlinienkonforme Auslegung Belasteten entgegenhalten.

9. Zwischenfazit

Mit Blick auf den Fall „Quelle“ bleibt festzuhalten, dass das Urteil des BGH den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung Rechnung trägt. Dies gilt insbesondere für die vom BGH vorgenommene richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB. Voraussetzungen und Umfang dieser neuen Rechtsfigur bleiben freilich klärungsbedürftig. Zu diskutieren ist hier u. a., ob sich der BGH innerhalb der vom EuGH anerkannten Grenzen der nationalen Methodenlehre – vor allem der *contra legem*-Grenze – bewegt. Hierauf wird im 2. Teil des Beitrags näher einzugehen sein.

⁹⁹ In diesem Sinne bereits *Möllers/Möhring*, JZ 2008, 919 (921); *Staudinger*, ZJS 2008, 309 (311).

¹⁰⁰ EuGH, Slg. I 2001, S. 3541 Rn. 17, 21 (Kommission/Niederlande); vgl. auch EuGH, Slg. I 2008, S. 3787 Rn. 79 (Kommission/Österreich); Slg. I 1996, S. 4459 Rn. 12 ff. (Kommission/Griechenland).

¹⁰¹ Überzeugend *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1926 f.); *Ruffert* (Fn. 16), Art. 249 EG Rn. 121; vgl. auch GA *Tizzano*, Schlussanträge zu EuGH, Slg. I 2001, S. 3541 Rn. 32 ff. (Kommission/Niederlande); ausführlich zur Problematik *Herrmann* (Fn. 16), S. 207 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.

¹⁰² S. insoweit *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1926 f.), mit Verweis auf die Parallele zum richtlinienkonformen Verwaltungshandeln.

Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht?

Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008

Von Akad. Rätin Dr. **Bettina Noltenius**, Bonn*

In dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2008 hat die Mehrheit des 2. *Senats* festgestellt, die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren bedroht, sei mit dem Grundgesetz vereinbar.¹ Eine abweichende Meinung vertritt der Bundesverfassungsrichter *Hassemer*.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschwerdeführer, der schon früh von Pflegeeltern adoptiert worden war, lernte im Alter von 23 Jahren seine damals 16jährige Schwester kennen und ging mit ihr eine Liebesbeziehung ein. Aus dieser eheähnlichen Beziehung gingen insgesamt vier Kinder hervor. Das AG Leipzig hatte den Beschwerdeführer gem. § 173 Abs. 2 S. 2 StGB u.a. wegen mehrfachen Beischlafs zwischen ihm und seiner Schwester zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt. Die Revision des Beschwerdeführers wurde vom OLG Dresden als unbegründet verworfen. Mit der Verfassungsbeschwerde griff er das Urteil des AG und den Beschluss des OLG und damit die Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB an.

Der Beschwerdeführer macht u.a. geltend, § 173 Abs. 2 S. 2 StGB sei deshalb verfassungswidrig, weil er unverhältnismäßig und willkürlich in seine allgemeine Handlungsfreiheit eingreife und sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in nicht gerechtfertigter Weise einschränke. Zudem verletze die Verurteilung sein Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 GG).

Auffallend ist neben dem ungewöhnlichen Aufbau der Entscheidung die – man muss es so hart sagen – Unbekümmertheit, mit der die Senatsmehrheit mit dem Institut der Strafe umgeht. Insbesondere verkennt sie die notwendige innere Art der Verbundenheit von Verfassungsrecht und Strafrecht. Der Grund liegt darin, dass die Entscheidung auf keinen Prinzipien ruht, an denen sie sich orientiert, sondern nur einzelne Aspekte herausgreift, die unverbunden nebeneinander stehen. Die Entscheidungsgründe sind insofern grundlos.

I. Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG entscheidet das BVerfG „über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen Rechten verletzt zu sein“. Daraus ergibt sich der Prüfungsmaßstab des BVerfG. Es überrascht daher, dass das Gericht,

bevor es zur eigentlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB übergeht, unter anderem die Wurzeln des Inzestverbots (bis ins Altertum) verfolgt (Rn. 4), auf das Vorbild des § 173 des Reichsstrafgesetzbuchs, das preußische Strafgesetzbuch und seine Begründung, verweist (Rn. 4), an die nationalsozialistische Zeit und ihr Verhältnis zum Geschwisterinzest erinnert (Rn. 5) und schließlich ausführlich Ergebnisse mitteilt, die eine Analyse eines vom *Senat* beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg in Auftrag gegebenes Gutachten, das die jeweilige Rechtslage in zwanzig Staaten aus dem angloamerikanischen, kontinentaleuropäischen und sonstigen außereuropäischen Rechtskreis vergleicht, erbracht hat (Rn. 16-18). In welchem Verhältnis diese gewonnenen Erkenntnisse zum Prüfungsmaßstab des BVerfG stehen und welche Bedeutung ihnen hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit des zu prüfenden Gesetzes mit dem heutigen Grundgesetz zukommt, ist nach dem vorgestellten Prüfungsmaßstab nicht unmittelbar einsichtig. Nimmt man die Entscheidungsgründe im Ganzen in den Blick, so wirkt dieser Beginn wie eine zusätzliche Rechtfertigung des Entscheidungsergebnisses.

II. Kritische Auseinandersetzung mit einzelnen Ausführungen der Senatsmehrheit zur Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB

1. Der Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre – „abwägungsoffener Kernbereich“?

Die Senatsmehrheit untersucht, ob § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, welches auch den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre schützt, vereinbar ist. Konkreter Maßstab zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit des Geschwisterinzests sei Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Den Schutzbereich bestimmt das BVerfG mit dem Satz: „Dazu gehört, dass der Einzelne sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden kann, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter darauf hinnehmen will“ (Rn. 32). Dieses Recht ist jedoch, so das Gericht weiter, nicht vorbehaltlos gewährleistet, soweit es nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung betrifft. Der Einzelne müsse staatliche Maßnahmen hinnehmen, „die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden“ (Rn. 33). Nach Ansicht der Senatsmehrheit betrifft der Beischlaf zwischen Geschwistern nicht allein den Kernbereich privater Lebensgestaltung, sondern kann in die Familie und die Gesellschaft hinein wirken und ebenso Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder haben. Da das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand habe und die

* Die *Autorin* ist Akademische Rätin am Rechtsphilosophischen Seminar der Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, abrufbar unter http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html.

Möglichkeit intimer Kommunikation nur punktuell verkürze, würden die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt (Rn. 40). Eine Einschränkung des Grundrechts sei somit möglich.

In dieser Schutzbereichsbestimmung liegt ein Bruch. Das BVerfG stellt zunächst die Freiheit des Sexuallebens fest, relativiert diesen Schutzbereich aber sogleich wieder, indem es nach den Folgen des Verhaltens fragt und unterzieht so das Persönlichkeitsrecht schon in der Schutzbereichsbestimmung einem Abwägungsprozess.² Die Begründung, dass das Inzestverbot nur ein „eng umgrenztes Verhalten“ zum Gegenstand habe, die intime Kommunikation nur „punktuell“ verkürze und daher einschränkbar sei, muss für die Betroffenen zynisch klingen. Der Beischlaf zwischen Personen betrifft zweifellos einen Kernbereich der Intimsphäre.³ Dass jedes menschliche Handeln auch Folgen für die Außenwelt hat, liegt in der Natur der Sache, nämlich dass der Einzelne in einer Gemeinschaft mit anderen lebt.⁴ Aus diesem Grunde hat jede Entäußerung des Einzelnen Folgen für andere. Das für das Persönlichkeitsrecht konstitutive Moment, die Selbstbestimmung des Einzelnen, findet aber in der abwägungsoffenen Begriffsbestimmung des BVerfG keine Berücksichtigung mehr. Inwieweit eine Außenwirkung angenommen wird oder ob der Kernbereich betroffen ist, wird so zu einer Definitionsfrage des Staates.⁵

² Vgl. ebenso schon die „Tagebuch-Entscheidung“ des BVerfG, BVerfGE 80, 367 (375) = JZ 1990, 431 (432): „Enthalten solche Aufzeichnungen (Tagebuchaufzeichnungen) etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten, stehen sie also in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen, so gehören sie dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht an.“ Anders demgegenüber noch die sog. „Tonband-Entscheidung“ des BVerfG, BVerfGE 34, 238 = JZ 1973, 504, in der es einen absoluten Kernbereich, der Einwirkungen der öffentlichen Gewalt entzogen ist, anerkannt hat. Vgl. zu beiden Entscheidungen instruktiv *Geis*, JZ 1991, 112.

³ So auch *Hassemer*, Rn. 128, hinsichtlich der Ausführungen des BVerfG zur Übereinstimmung des Straftatbestandes mit dem Übermaßverbot. Vgl. auch zutreffend *Greco*, ZIS 2008, 234 (238): Die Argumentation des Gerichts, der Beischlaf zwischen Geschwistern betreffe nicht alleine diese, sondern auch die Familie, die Gesellschaft etc, reduziere den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu einem praktischen Nichts, denn jede noch so private Handlung könne indirekte Folgen für andere haben.

⁴ Demgegenüber ist nach der Entscheidung der Senatsmehrheit wohl nur das Sexualleben ohne einen Partner vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst.

⁵ Kritisch zur Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der (abwägungsoffenen) Kernbereichsbestimmung des Persönlichkeitsrechts *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (30 f.), der zu Recht darauf hinweist, dass dem Einzelnen dann nur noch das Denken bleibt; vgl. auch *Geis*, JZ 1991, 112 (115 ff.); a.A. demgegenüber *Baldus*, JZ 2008, 218, wobei schon der Titel

Es verwundert zudem, dass das BVerfG nur auf den Schutzbereich der Intimsphäre und des Sexualbereichs abstellt. Es lässt dabei die grundsätzliche Frage der *Strafbarkeit* des Beischlafs von Geschwistern außer Betracht. Denn das Besondere der Norm ist, dass sie nicht nur ein bestimmtes Verhalten verbietet, sondern dieses Verbot unter Strafe stellt. Diese unterscheidet sich von einem bloßen Verbot dadurch, dass der Straftäter wegen der begangenen Tat eine Einbuße seines Grundrechtsstatus (Freiheit, Vermögen) von Rechts wegen dulden muss. So sieht § 173 Abs. 2 StGB eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder eine Geldstrafe vor. Diese Strafandrohung ist auch nicht nur symbolischer Natur,⁶ sondern hat ihre Realität. Dies zeigt gerade auch der vorliegende Fall. Der Beschwerdeführer wurde mehrfach wegen Beischlafs zwischen Geschwistern gem. § 173 Abs. 2 S. 2 StGB zu Freiheitsstrafen verurteilt. Durch die Strafnorm betroffen sind damit Art. 2 Abs. 1 GG, die allgemeine Handlungsfreiheit⁷ und – soweit § 173 Abs. 2 StGB eine Freiheitsstrafe androht – Art. 2 Abs. 2 GG. Bei der Schutzbereichsbestimmung hätte dies Berücksichtigung finden müssen. Das BVerfG geht aber erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auf Art. 2 Abs. 2 GG ein.⁸

des Aufsatzes „Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen“ in sich widersprüchlich ist. Denn entweder ist dieser Kern absolut geschützt und kann dann auch einer diffusen Abwägung nicht unterzogen werden oder er ist abwägungsoffen, dann besteht aber gerade kein absoluter Schutz.

⁶ So aber *Frommel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 173 Rn. 10, die erklärt, die Bedeutung des § 173 StGB sei „rein symbolischer Natur. 1998 wurden 5 und 2002 10 Personen verurteilt“. Die Verurteilten werden dies wohl anders sehen. Dem einzelnen Verurteilten ist es gleichgültig, ob neben ihm noch ein anderer oder 400 andere verurteilt wurden.

⁷ Nicht heranzuziehen ist demgegenüber bei Geldstrafen oder Geldbußen Art. 14 GG, da eine reine Geldzahlungspflicht vorliegt und das Vermögen als solches nicht von Art. 14 GG geschützt ist. Vgl. auch *Appel*, Verfassung und Strafrecht, 1998, S. 169 Fn. 507 m.w.N.

⁸ Auch in anderen Entscheidungen lässt das BVerfG nicht erkennen, am Maßstab welcher Grundrechte strafrechtliche Normen zu prüfen sind. Vgl. hierzu ausführlich *Appel* (Fn. 7), S. 167 m. Fn. 497, 169 f. *Appel* kommt bei seiner Analyse mehrerer Entscheidungen des BVerfG zu dem Ergebnis, dass es den Anschein hat, „als ob das Gericht mit Blick auf die strafrechtliche Sanktionsnorm lediglich irgendein Grundrecht nennt, um dann vergleichsweise freihändig vor allem die Verhältnismäßigkeit prüfen zu können“ (S. 169).

2. Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung strafrechtlicher Normen – bloße Bindung des Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz?

a) Wahlfreiheit des Gesetzgebers bei der Zweckbestimmung von Normen?

Nach Ansicht der Senatsmehrheit ist der Gesetzgeber bei der Einschränkung des Grundrechts der sexuellen Selbstbestimmung in materieller Hinsicht „zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet“ (Rn. 34). Dieser gebiete bei der Androhung von Freiheitsstrafen auch hinsichtlich der Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit diene. „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich ist“ (Rn. 35). Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit komme als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm deshalb besondere Bedeutung zu, weil in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe das sozioethische Unwerturteil zum Ausdruck komme. Allerdings sei der Gesetzgeber bei der Entscheidung grundsätzlich frei, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies tun wolle (Rn. 35).

Obwohl das BVerfG hier Maßstäbe nennt, die an Strafrechtsnormen zu stellen sind, verliert es diese gleich wieder aus den Augen. Es geht davon aus, dass der Gesetzgeber einen Entscheidungsspielraum habe, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage festzulegen. „Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht. Strafnormen unterliegen von Verfassungen wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen [vom Gesetzgeber, *Anm. der Verf.*] verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtslehre ableiten“ (Rn. 38f.). Schon über den Begriff des Rechtsguts bestehe keine Einigkeit (Rn. 39). Auch stelle der Rechtsgüterschutz „jedenfalls keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen“ (Rn. 39).

Es ist nicht nachzuvollziehen, warum die Senatsmehrheit zunächst das Strafrecht abstrakt als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes bezeichnet (Rn. 34), vier Absätze später aber erklärt, dass sich aus der strafrechtlichen Rechtslehre keine Anforderungen für Strafrechtsnormen ableiten ließen (Rn. 39). Die vorherigen Ausführungen mutieren dann zu reinen Floskeln, da sie für die Entscheidung letztlich völlig unerheblich sein sollen.⁹ Zudem sind die Einwände der Se-

natsmehrheit gegenüber der Rechtsgutslehre von sehr geringem Gewicht. Zum einen kann sie nicht allein deswegen vom Tisch gewischt werden, weil über den Begriff des Rechtsguts keine Einigkeit besteht. Zum anderen verkennt die Senatsmehrheit die notwendige innere Verbundenheit zwischen Verfassungsrecht und Strafrecht. So stellt sie nach einer Auseinandersetzung mit dem sog. normativen Rechtsgutsbegriff und dem sog. naturalistischen Rechtsgutsbegriff fest, dass die Rechtsgutslehre keine inhaltlichen Maßstäbe bereit halte, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, möge auch das Konzept des Rechtsgüterschutzes möglicherweise rechtspolitisch oder dogmatisch bedeutungsvoll sein (Rn. 39). Die Senatsmehrheit scheint insoweit von zwei unterschiedlichen Systemen auszugehen, einerseits dem Strafrecht und andererseits dem Verfassungsrecht. Staat, Verfassung und Strafrecht sind nun aber keine gegeneinander isolierten funktionalen Konstruktionen, sondern haben ihren (gemeinsamen) Grund in der Freiheit des Einzelnen. Anders als beispielsweise eine Personengesellschaft ist der Staat nicht dazu bestimmt, einen von den Mitgliedern besonderen, festgelegten Zweck zu erfüllen, der beliebig (sei es wirtschaftlicher oder sozialer Art) sein kann und der sodann in seinen Verfassungsbestimmungen niedergelegt wird, sondern er ist selbst Zweck. Das ist kurz auszuführen:

Die grundlegenden Bestimmungen, wie die einzelnen Grundrechte und die Verfassungsprinzipien (Demokratie, Gewaltenteilung), sind auf die Freiheit des Einzelnen rückführbar und ergeben sich nicht erst aus der schriftlichen Fixierung in einer Verfassungsurkunde, sondern sind im Staatsbegriff selbst enthalten. Die Grundrechte sind damit auch nicht als solche zu verstehen, die der Staat dem Einzelnen freundlicherweise gewährt, sondern sie ergeben sich notwendig aus dem Zusammenhang von Freiheit und Staat.¹⁰

musste sie sich nicht mit den kritischen Stimmen in der Literatur auseinandersetzen, die § 173 StGB deswegen insgesamt als verfassungswidrig ansehen, da kein strafrechtlich (zu schützendes) Rechtsgut existiert, welches nicht schon durch andere Straftatbestände erfasst würde. Vielmehr beruhe § 173 StGB auf einem kulturgeschichtlich mächtigen Tabu bzw. auf überlieferte Moralvorstellungen. Vgl. *Jung*, in: Kerner/Göppinger/Streng (Hrsg.), Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 311 (316 ff.); kritisch auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 173 Rn. 2; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, S. 34 ff.; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 173 Rn. 1; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2003, § 63 Rn. 86; *Dippel*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 173 Rn. 16; *Klöpper*, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, nimmt einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK an, vgl. insbesondere S. 98 ff., 133 ff.; a.A. demgegenüber *Frommel* (Fn. 6), § 173 Rn. 6 f.

¹⁰ Für das Strafprozessrecht hat diesen Zusammenhang *Kahlo* näher herausgearbeitet, in: *Zaczyk/M. Köhler/Kahlo* (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff, 1998, S. 153 (171 f.).

⁹ Dadurch, dass die Senatsmehrheit die Frage nach dem Rechtsgut aus ihren weiteren Ausführungen herausnimmt,

Soll sich die Freiheit des Einzelnen im Staat entfalten können, ist dieser in seiner Machtkonzentration auch an sie gebunden. Nicht nur die vollziehende und rechtsprechende Gewalt, sondern auch die Gesetzgebung selbst ist daran zu messen (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 GG). Denn auch diese ist keine Allmacht gegenüber dem Einzelnen, sondern sein Personensein ist und bleibt der Maßstab für die (Rechts-)Gültigkeit eines Gesetzes.¹¹

Auch den Strafgesetzen liegen diese Prinzipien zugrunde, an denen die Normen gemessen werden können. Aus einem freiheitlichen Rechtsstaatsverständnis sind die Normen des Strafrechts zu deduzieren bzw. an ihr sind die bestehenden Strafrechtsvorschriften zu messen. Damit ist nicht gemeint, dass man automatisiert Voraussetzungen in eine Subsumtionsmaschine eingibt und dann konkrete Strafnormen erhält, sondern es sind Prinzipien genannt, anhand derer eine beurteilende Überprüfung von grundlegenden Normen, insbesondere solchen, die – wie die Strafgesetze – intensiv in die Rechte des Einzelnen eingreifen, zu messen sind. Demgegenüber überbestimmt die Senatsmehrheit die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers und unterbestimmt seine eigene Aufgabe hinsichtlich der Prüfung strafrechtlicher Normen.¹² Strafe betrifft das Grundverhältnis des Staates zum Einzelnen. Sie trifft den Täter in einem besonderen Maße, da sie einen intensiven staatlichen Eingriff in seine Freiheitssphäre legitimiert. Daraus folgt auch der Bestimmtheitsgrundsatz: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“ (Art. 103 Abs. 2 GG). Betroffen sind vom Straffall alle, einerseits das Opfer hinsichtlich der Verletzung selbst, andererseits der Täter in Bezug auf die Strafe, schließlich aber auch der Gesetzesanwender, dem ein rationaler Umgang mit dem Geschehen obliegt und der das Strafrecht gegenüber dem Einzelnen vermitteln und anwenden muss.¹³ Der Parlamentsvorbehalt und die Gesetzesbestimmtheit dürfen dann aber nicht auf ihre formelle Seite reduziert werden. Es liegt gerade nicht allein im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, welche Verhaltensweisen er unter Strafe stellt und welche nicht. Vielmehr kommt Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG auch eine materielle Bedeutung zu. Nicht jede Verletzung von Rechtsgütern kann ein Eingreifen des Staates in Form von Strafe rechtfertigen; diese muss vielmehr von einer solchen Qualität sein, dass sie das Vermögen des Einzelnen überschreitet, sich auf sie einzustellen

und auf sie zu reagieren.¹⁴ Der Staat würde sich selbst in Widerspruch setzen und die Selbstbestimmtheit des Einzelnen nicht ernst nehmen, wenn er bestimmte Handlungen, die zwar die Freiheitssphären anderer berühren, die aber keinen intensiven Eingriff darstellten, bestrafen würde. Art. 2 Abs. 1 GG wäre dann eine bloße Leerformel. Denn jede Handlungsäußerung des Einzelnen führt zwangsläufig zu einer Änderung der Außenwelt und berührt damit auch die Freiheitssphäre anderer. Nicht jede Verletzungshandlung stellt nun aber das staatlich verfasste Anerkennungsverhältnis grundlegend in Frage. Es kann nur eine solche sein, die intensiv in das Gleichheitsverhältnis eingreift, das Anerkennungsverhältnis als solches nicht mehr respektiert. Bei einem einfachen Vertragsbruch ist dies noch nicht gegeben, wohl aber wenn beispielsweise der Vertrag von vornherein auf Seiten des Täters in betrügerischer Weise geschlossen wurde.¹⁵ Aufgabe des Staates und nicht des einzelnen betroffenen Bürgers ist es dann, dieses staatlich anerkannte und durch die Tat gebrochene Basisverhältnis wieder herzustellen. Das gilt zum einen, weil der Einzelne aufgrund der Erschütterung der Vertrauensbasis nicht in der Lage ist, das Verhältnis selbst zu restituieren, zum anderen, weil nicht nur der Verletzte selbst, sondern gerade auch die Allgemeinheit betroffen ist.¹⁶ Liebe man demgegenüber dem Gesetzgeber hinsichtlich der Zweckbestimmungen freie Hand, ließe dies auf eine Beliebigkeit der Strafnormen hinaus. Einerseits könnte eine Unterscheidung zwischen Zivil-, Ordnungs- und Strafrecht nicht getroffen werden und andererseits wäre eine Abgrenzung von Moral- und Rechtsbestimmungen nicht möglich.

Folgen hat die freie Wahl des Gesetzgebers in der Zweckbestimmung auch für die Verhältnismäßigkeitsbestimmung. Wenn diese Zweckbestimmung ohne jede Prinzipienorientierung vorgenommen wird, liegt es in der Hand des Gesetzgebers, an welchem Zweck die Verhältnismäßigkeit einer Strafnorm zu konkretisieren ist. Sobald er Ziele der Allgemeinheit nennt, werden diese in der Regel automatisch über dem Recht des Einzelnen stehen, so dass sich die Verhältnismäßigkeit einer Norm jederzeit begründen ließe. Mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht hat das nichts mehr zu tun. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird so zu einer reinen Leerformel, was sich auch bei der Bestimmung des sog. Übermaßverbots durch die Senatsmehrheit zeigen wird. Aber auch die konkreten Zwecke, die dem Straftatbestand § 173 Abs. 2 S. 2 StGB unterlegt werden, sind keine, die sich rechtsstaatlich legitimieren ließen bzw. mit der Verfassung zu vereinbaren sind:

So geht die Senatsmehrheit davon aus, der Gesetzgeber habe seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten, indem er die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der in einer Inzestbeziehung „unterlegenen“ Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegend genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen als ausrei-

¹¹ Kant, Über den Gemeinspruch, 1793, Akad.-Ausgabe, Band VIII, S. 304: „Was ein Volk über sich selbst nicht beschließen kann, das kann der Gesetzgeber auch nicht über das Volk beschließen.“

¹² Zu Recht weist der dissentierende Richter Hassemer daher darauf hin, dass der Gesetzgeber „in der Wahl der Anlässe und der Ziele seines Handelns nicht frei ist“ (Rn. 77). Eine Strafnorm dürfe nicht nur ein legitimes Ziel der Allgemeinheit verfolgen, das Grund und Rechtfertigung für die strafgesetzliche Einschränkung der bürgerlichen Freiheit ist (Rn. 77).

¹³ Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 74 f.

¹⁴ E. A. Wolff, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, 137 (212 f.).

¹⁵ E. A. Wolff (Fn. 14), S. 212.

¹⁶ Köhler (Fn. 13), S. 23.

chend erachtet habe, das in der Gesellschaft nahezu verankerte Inzesttabu weiterhin strafrechtlich zu sanktionieren (Rn. 41). Bei dieser Zweckbestimmung seitens des Gesetzgebers, die das BVerfG aufnimmt, zeigt sich ein weiteres – allerdings weit verbreitetes – Fehlverständnis von Strafe und Strafrecht. Beide dienen zum einen gerade nicht unmittelbar dem Schutz vor etwas, sondern die Strafe ist Grund und Folge der bereits geschehenen Verletzungshandlung. Aufgabe des Strafrechts ist es nicht primär, eine Tat zu verhindern, sondern die Strafe stellt gerade die Folge der geschehenen Verletzungshandlung dar. Beispielsweise kann das Strafrecht nicht die familiäre Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests bewahren. Wenn man davon ausgeht, dass der Geschwisterinzest diese Bewahrung zerstören kann, ist dies bereits durch die Tat erfolgt. Begründen ließe sich ein solcher Schutz allenfalls generalpräventiv. Die Generalprävention kann aber nicht den Grund für eine Strafnorm angeben, da sie nicht an der Tat selbst ansetzt, sondern den Täter als exemplarisches Beispiel zur Abschreckung anderer benutzt.¹⁷ Zum anderen lässt sich die Reaktion der Strafe auch nicht durch ein in der Gesellschaft verankertes Inzesttabu legitimieren. Ein moralisches Tabu kann für sich genommen nicht Grund einer Strafe sein, sondern nur dann, wenn in ihm tatsächlich auch ein besonderer freiheitlicher Rechtsbruch zum Ausdruck kommt.

Zudem ist der von der Senatsmehrheit herangezogene „er ergänzende“ Zweck, schwerwiegende genetisch bedingte Erbkrankheiten bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen zu vermeiden, keiner, der § 173 Abs. 2 S. 2 StGB legitimieren könnte. Das Rechtsgut, um das es hier geht (das unversehrte Leben des Kindes), ist noch nicht einmal existent und es ist auch gar nicht gewiss, ob es überhaupt jemals ein Dasein haben wird. Ein an sich nicht bestehendes Rechtsgut kann aber auch nicht zum Rechtsgut „ernannt“ werden.¹⁸ Insofern kann man auch noch nicht einmal von einer potentiellen Gefährdung eines Rechtsguts sprechen. Denn dieses würde zumindest die Existenz eines Rechtsguts voraussetzen, welches potentiell gefährdet werden kann. Voraussetzung für strafrechtliches Unrecht ist aber, dass das Handeln zumindest geeignet ist, die Freiheit des Einzelnen zu verletzen. Zieht man aber die Handlung vom möglichen Erfolg derselben derart weit auseinander, dass ein Erfolg geschützt werden soll, der noch gar nicht eintreten kann, da das Rechtsgut noch nicht einmal existiert, wird die Bestimmung von Unrecht willkürlich.

Die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke sind damit bereits keine, die die Strafnorm des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB verfassungsrechtlich legitimieren könnten.¹⁹

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Auch die Ausführungen der Senatsmehrheit zur Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne können nicht überzeugen. Sie geht davon aus, dass die angegriffene Norm geeignet ist, „den erstrebten Erfolg zu fördern“ (Rn. 52). Bei der Begründung fällt auf, dass die Geeignetheit der Norm nicht positiv festgestellt wird, sondern nur Einwänden begegnet wird, z.B. hinsichtlich der Frage, ob eine abschreckende Wirksamkeit der Strafnorm in sozial schwachen und gestörten Familienverbänden, die für die psychologische Wirkung der Strafdrohung wenig empfänglich seien, überhaupt durchgreift. Die Senatsmehrheit antwortet: „Dies kann aber – bereits aus grundsätzlichen Erwägungen [welche das sein könnten, wird nicht erwähnt] – die Berechtigung des Gesetzgebers nicht in Frage stellen, ein als sozialschädlich eingeschätztes Verhalten ungeachtet dessen zu pönalisieren, dass eine abschreckende Wirksamkeit der Strafnorm zumindest nicht in allen Lebensbereichen nachweisbar sein mag“ (Rn. 53). Zusammenfassend stellt das BVerfG hinsichtlich der Geeignetheit schließlich fest: „Nach alledem ist die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren, den Freiraum, der Kindern und Jugendlichen für eine individuell angemessene Reifung ihrer Persönlichkeit auch in sexueller Hinsicht zustehen soll, zu bewahren, die sexuelle Selbstbestimmung von Frauen in besonderem Maße zu schützen und nicht durch Abschaffung der Strafnorm kriminalpolitisch unerwünschte, für den angestrebten umfassenden sexualstrafrechtlichen Schutz von Kindern, Jugendlichen und Frauen kontraproduktive Reflexe zu ermöglichen“ (Rn. 58). Auch hier ist einzuwenden, dass eine Strafnorm nicht geeignet sein kann, einen Schutz zu gewährleisten, sondern gerade repressiv wirkt. Hinzu kommt, dass selbst die Senatsmehrheit davon ausgeht, dass die mangelnde Geeignetheit im Hinblick auf eine generalpräventive Wirkung „zumindest nicht in allen Lebensbereichen nachweisbar sein mag“. Dann ist – abgesehen von den grundlegenden Einwänden gegenüber einer generalpräventiven Aufgabe des Strafrechts – die Geeignetheit der Norm selbst nach den Ausführungen der Senatsmehrheit in Frage zu stellen.²⁰ Warum eine Geeignetheit aus „grundsätzlichen Erwägungen“ dennoch vorliegen soll, wird von der Senatsmehrheit nicht explizit ausgeführt. Sollte sie damit konkludent – was sie an späterer Stelle ausführt – meinen, dass § 173 StGB durch seine „Ausstrahlungswirkungen über den tatbestandlich eng umgrenzten strafbewehrten Bereich hinaus – eine appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion“ (Rn. 50) habe, stellt dies keine verfassungsrechtliche Legitimation dar. Denn – und das hängt mit den oben genannten grundlegenden Einwänden zusammen – eine Strafnorm, die auch auf den Einzelnen angewendet wird und damit intensive Grundrechtsbeeinträchtigungen zur Folge hat, kann nicht deshalb verfassungskonform sein, weil sie Ausstrahlungswirkungen hat, die mit der Straftat selbst in keinem Zusammenhang stehen.²¹

Hinsichtlich der Erforderlichkeit kommt die Senatsmehrheit zu dem Ergebnis, dass vormundschaftliche und jugend-

¹⁷ Vgl. zur Kritik gegenüber der Generalprävention E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 (791 ff.); Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1993, S. 29 ff.

¹⁸ Vgl. auch die Kritik Hassemers, Rn. 83.

¹⁹ Vgl. hierzu auch Zabel, JR 2008, 453 (455 f.).

²⁰ Vgl. auch Hassemers, Rn. 106.

²¹ Vgl. auch Hassemers, Rn. 108.

wohlfahrtspflegerische Maßnahmen gegenüber einer Strafbewehrung deshalb kein milderes Mittel mit gleicher Wirksamkeit darstellen würden, weil diese keine generalpräventive und normstabilisierende Wirkung hätten (Rn. 59). Außerdem habe das MPI festgestellt, dass die Durchführung eines Strafverfahrens für das Opfer bei der Erfahrung des Inzests als Missbrauch einen für den konkreten Fall positiven Einfluss haben könnte, wie z.B. die öffentliche Anerkennung als Opfer, die Verminderung von Schuldgefühlen, die Stärkung des Selbstwertgefühls oder die Herbeiführung einer moralischen Zufriedenheit über ein gerechtes Urteil (Rn. 59). Eine „moralische Zufriedenheit des Opfers“ kann aber keinen Grund für eine Strafnorm angeben. Es geht im Strafrecht gerade nicht allein darum, dem Opfer eine Genugtuung zu verschaffen, sondern das durch die Tat gebrochene Rechtsverhältnis zu restituieren. Zudem ist beim Geschwisterinzezt unklar, wer das Opfer ist, da die Beteiligten gerade einvernehmlich handeln.²²

Schließlich ist die Strafandrohung des Geschwisterinzests nach Ansicht der Senatsmehrheit auch nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne. Bei der Abwägung wirft das BVerfG auf der einen Seite in die Waagschale, dass aufgrund der Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare von dem „Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise“ betroffen seien und die Strafandrohung moderat sei, eine Mindeststrafe nicht vorgesehen sei (Rn. 60). Auf der anderen Seite stünden der Schutz der Familie, der sexuellen Selbstbestimmung und die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten (Rn. 61). Abschließend weist das BVerfG darauf hin, dass in besonderen Fällen, in denen eine Bestrafung wegen geringer Schuld als unangemessen erscheine, eine Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsgesichtspunkten, ein Absehen von Strafe oder besondere Strafzumessungserwägungen in Betracht kommen. „Jedenfalls vor diesem Hintergrund, der bereits im Gesetzgebungsverfahren in den Blick genommen wurde, verletzt das strafbewehrte Verbot des Beischlafs unter Geschwistern nicht das rechtsstaatliche Übermaßverbot“ (Rn. 62). Auch bei der Abwägung im engeren Sinn seitens des BVerfG zeigt sich, dass es nicht die Strafbarkeit des Verhaltens in den Blick nimmt, sondern allein darauf hinweist, dass „die Strafandrohung nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung berühre.“ Dabei benennt es diesen Bereich der persönlichen Lebensführung nicht einmal: Einerseits könnte damit der Bereich der sexuellen Selbstbestimmung gemeint sein, da das Gericht die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit an dieser misst. Andererseits deutet der sich anschließende Satz darauf hin, dass der „schmale Bereich“ deswegen „schmal“ ist, weil nur wenige Menschen davon betroffen sind. So heißt es: „Es spricht viel dafür, dass aufgrund einer Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen sind.“²³ Eine solche quantitative Aussage hat mit rechtlichen Maßstäben nichts mehr zu tun, sondern ist reiner Utilitarismus: Das Recht des Einzelnen ist umso bedeutungsloser je weniger Menschen davon betroffen sind,

solange es einen Nutzen für die Allgemeinheit mit sich bringt.²⁴ Das „Wohl der Allgemeinheit“ kann aber keinen Grund angeben, warum es gegenüber dem Einzelnen ein Recht beanspruchen sollte.²⁵ Damit zeigt schon die Betrachtung der beiden Abwägungskriterien, die Allgemeinheit auf der einen Seite und das Recht des Einzelnen auf der anderen Seite, dass der Einzelne bei der Verhältnismäßigkeitsbestimmung immer unterlegen sein muss.²⁶

Auch die Erwägung des Gerichts, dass in besonderen Fällen die Möglichkeit bestehe, das Verfahren nach Opportunitätsgründen einzustellen oder von Strafe abzusehen, sind Überlegungen, die mit der Frage der Strafandrohung des § 173 StGB und seiner Verfassungsmäßigkeit nichts zu tun haben. Sie betreffen einerseits jedes Vergehen und andererseits stellt eine Strafbarkeitsbegründung keine Frage der Opportunität dar, die dem Beurteilungsspielraum eines Staatsanwaltes überlassen werden könnte.²⁷ Sie liegt vielmehr außerhalb der konkreten Strafdrohung des § 173 StGB.

III. Ergebnis

Die Entscheidungsgründe der Senatsmehrheit weisen deutliche Ungereimtheiten und Brüche auf. Diese sind auf das Versäumnis des Gerichts zurückzuführen, Prinzipien zugrunde zu legen, auf denen das Verhältnis von Verfassung und Strafe aufbaut. Für die Begründung einer solchen Verhältnisbestimmung bedarf es Überlegungen, die nicht erst die positiviert Staatsverfassung in den Blick, sondern den Ausgangspunkt ernst nehmen, auf dem sie ruht. Auch wenn das BVerfG bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Strafgesetzes in seiner Entscheidung keine grundlegenden Aussagen darüber treffen kann, wie sich das Verhältnis des freien Einzelnen zur Verfassung, zum Staat und zum Strafrecht bestimmt, so muss es doch – zumindest implizit – Prinzipien zugrunde legen, auf die es seine Entscheidung aufbaut und die auch im Grundgesetz, den einzelnen Grundrechten und Verfassungsbestimmungen selbst zum Ausdruck kommen.

²⁴ Der Richter *Hassmer* weist in seiner abweichenden Meinung zu Recht darauf hin, dass „man die Übereinstimmung eines Straftatbestandes mit dem Übermaßverbot nicht damit rechtfertigen (sollte), dass ‚sie nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung‘ berühre und nur Wenige ‚überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen‘ seien. Solche Argumente können im Strafrecht, das seit jeher in besonderer Weise auf die Person hin orientiert ist, zynisch wirken: Wer vom Inzestverbot betroffen ist, wird in einem zentralen Bereich seiner Lebensführung berührt sein, und diese Berührung kann ihn tief und langfristig treffen“ (Rn. 128).

²⁵ *Kant*: „Der Nutz vieler gibt ihnen kein Recht gegen einen“, Reflexionen zur Moralphilosophie, Akademie-Ausgabe, Refl. XIX 6586.

²⁶ Vgl. insgesamt zur Kritik gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (15 ff.).

²⁷ So auch *Köhler*, ZStW 104 (1992), 3 (41) hinsichtlich Opportunitätserwägungen im Rahmen der Strafbegründung.

²² So auch i.E. *Lautmann*, ZRP 1980, 45 (47 f.).

²³ Vgl. auch *Frommel* (Fn. 6), § 173 Rn. 10.

Schon der Maßstab hinsichtlich der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB ist nicht vollständig. Denn dieser berührt nicht nur die sexuelle Selbstbestimmung, sondern stellt das Verhalten des Geschwisterbeischlafs unter Strafe. Betroffen ist damit die allgemeine Handlungsfreiheit, soweit eine Geldstrafe angedroht wird, und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, soweit die Strafvorschrift eine Freiheitsentziehung androht. Der enge Prüfungsmaßstab des Gerichts hat weiter zur Folge, dass auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne, die für sich genommen schon keine prinzipiengründeten Aussagen treffen kann, das Gericht nicht die Schutzgüter des von der Geld- oder Freiheitsstrafe Betroffenen in die Abwägung mit einbezieht. Schließlich ist der Aussage des Gerichts, dass Strafnormen von Verfassungs wegen keinen über den vom Gesetzgeber mit ihnen verfolgten Zweck hinaus unterlägen und sich solche insbesondere nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten ließen (Rn. 39),²⁸ nicht zu folgen. Sie stellt einen Freibrief für den Gesetzgeber dar und verliert den fragmentarischen Charakter des Strafrechts aus den Augen. Dabei hat das Gericht zuvor selbst auf den Rechtsgüterschutz hingewiesen (vgl. Rn. 35: „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt“). Wozu dieser abstrakte Hinweis dienen sollte, wenn die Senatsmehrheit daraus letztlich keine Schlüsse für eine Grenze des Strafrechts zieht, bleibt offen.

Dem dissentierenden Richter *Hassemer* ist somit zuzustimmen, wenn er zu Beginn seiner abweichenden Meinung feststellt: „eine so verunglückte Strafdrohung passieren zu lassen, segnet schwere Fehler und Versäumnisse des Gesetzgebers verfassungsrechtlich ab und überdehnt den legislativen Spielraum im Strafrecht auf Kosten der Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts“ (Rn. 73).

²⁸ Der dissentierende Richter *Hassemer* erklärt zu Recht, die Senatsmehrheit fasse die Rechtsgutslehre „mit spitzen Fingern“ an (Rn. 80).

Die Abgrenzung der Schadensarten nach § 280 BGB

Von Prof. Dr. iur. Arnd Arnold, Diplom-Volksw., Kiel*

Die Frage, ob sich ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers bereits aus § 280 Abs. 1 BGB ergibt oder ob die zusätzlichen Voraussetzungen nach § 280 Abs. 2 und 3 BGB vorliegen müssen, bereitet Studenten nicht selten Probleme. Der folgende Beitrag, der sich sowohl an Studienanfänger als auch fortgeschrittene Studenten richtet, stellt die verschiedenen Abgrenzungsformeln vor und zeigt, daß tatsächlich nur wenige Fälle problematisch sind.

I. Einleitung

Seit der Schuldrechtsreform sieht das BGB bei Störungen im Schuldverhältnis mit § 280 BGB einen einheitlichen Haftungstatbestand vor. Die Vorschrift stellt grundsätzlich die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche aus Schuldverhältnissen dar; Ausnahmen bilden lediglich einige Sonderregeln wie etwa § 536a BGB beim Mietvertrag und § 311a Abs. 2 BGB, der nach Vorstellung des Gesetzgebers eine eigenständige Anspruchsgrundlage für den Fall des anfänglichen Ausschlusses der Leistungspflicht darstellen soll.¹ Hinter diesem Konzept steht der Gedanke, daß der Schuldner bei jeder Leistungsstörung mit seinem Leistungsergebnis hinter den Anforderungen zurückbleibt, die das Schuldverhältnis stellt, und damit eine Pflichtverletzung begeht.² Dies biete einen Ansatzpunkt für ein in sich geschlossenes lückenloses Leistungsstörungsrecht, das auch Vereinfachungspotentiale nutze.

Allerdings sollen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in allen Fällen für einen Schadensersatzanspruch ausreichen. So kann der Gläubiger gemäß § 280 Abs. 2 BGB Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs verlangen. Weiterhin will das Gesetz den Vorrang der Erfüllung sichern³ und erlaubt es dem Gläubiger daher nicht, bereits unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB vom Erfüllungsanspruch zu einem Anspruch auf Schadensersatz zu wechseln. Einen derartigen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nach § 280 Abs. 3 BGB vielmehr nur alternativ unter den Voraussetzungen der §§ 281, 282, 283 BGB verlangen. Für die Fallbearbeitung kommt damit der

Frage, ob der Gläubiger Schadensersatz wegen Verzögerung bzw. statt der Leistung verlangt oder ob es sich um „einfachen“ Schadensersatz⁴ nach § 280 Abs. 1 BGB handelt, erhebliche Bedeutung zu. Studierende werden hierzu in der Literatur teilweise mit komplizierten, scheinbar widersprechenden Abgrenzungsformeln sowie einer Vielzahl von Streitfragen konfrontiert. Dies verstellt jedoch den Blick darauf, daß die verschiedenen Ansätze in der Regel zu gleichen Ergebnissen kommen und nur wenige Fälle tatsächlich problematisch sind. Der vorliegende Beitrag soll daher zeigen, wie sich die meisten Fälle ohne überflüssigen Theorienstreit bewältigen lassen und wo die wirklichen Probleme liegen. Zu diesem Zweck werden zunächst die verschiedenen Schadensarten und die zu ihnen vertretenen Abgrenzungsformeln kurz vorgestellt (II.-III.). Dabei müssen nur der Verzögerungsschaden und der Schadensersatz statt der Leistung, nicht aber der „einfache“ Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB definiert werden, da letzterer nach der gesetzlichen Systematik alle Positionen umfaßt, die nicht den beiden anderen Schadensarten zuzurechnen sind. Sodann wird gezeigt, welche Schadensarten bei den verschiedenen Pflichtverletzungen vorkommen können (IV.).

II. Der Verzögerungsschaden

1. Grundsatz

Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hat an dem Grundsatz festgehalten, daß die bloße Verzögerung der Leistung über die Fälligkeit hinaus für den Schuldner noch keine wesentlichen Rechtsnachteile erzeugen soll. Vielmehr entspreche es der beizubehaltenden Rechtstradition, daß solche Nachteile erst im Schuldnerverzug, also bei Vertretenmüssen des Schuldners sowie einer Mahnung oder einem gleichgestellten Umstand, eintreten.⁵ Dementsprechend kommt es für die Abgrenzung des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 2 BGB nicht auf die geltend gemachte Schadensersatzposition, sondern die Pflichtverletzung an⁶: Alle durch die Verzögerung einer Leistungspflicht entstandenen Schäden sind nach § 280 Abs. 2 BGB allein unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig.

Verzögerungsschäden können nicht mehr entstehen, wenn der Leistungsanspruch nach §§ 275, 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen ist. Es fehlt dann an einer Leistungspflicht, an die angeknüpft werden könnte.

2. Erfasste Schadenspositionen

Verzugsschäden betreffen vielfach das Erfüllungsinteresse des Gläubigers. Typische Beispiele sind etwa Mehraufwendungen, die dem Gläubiger dadurch entstehen, daß er die

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Steuerrecht an der Universität zu Kiel.

¹ Begründung zu § 311a, BT-Drs. 14/6040, S. 165. Dem folgend etwa *Canaris*, JZ 2001, 499 (507); *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 311a Rn. 6. Mit beachtlichen Gründen kritisch dagegen etwa *Maier-Reimer*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 291 (302 f.); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, 5. Aufl. 2005, Rn. 559, nach denen die Vorschrift nur den Bezugspunkt des Vertretenmüssens modifiziert.

² Begründung zu § 280, BT-Drs. 14/6040, S. 134.

³ Vgl. dazu BT-Drs. 14/6040, S. 93.

⁴ So die verbreitete, wenn auch nicht durch das Gesetz vorgeprägte Terminologie. Gelegentlich wird auch vom Schadensersatz „neben der Leistung“ gesprochen, siehe etwa *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (204).

⁵ Begründung zu § 286, BT-Drs. 14/6040, S. 145.

⁶ Ausführlich *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

Leistung verspätet erhält, und Gewinnausfälle aufgrund der verspäteten Leistung.

Beispiel: Da der Schuldner den verkauften LKW nicht liefert, entgeht dem Gläubiger ein Gewinn, den er durch den Einsatz des LKW hätte erzielen können, oder er muß zwischenzeitlich ein Ersatzfahrzeug anmieten.

Nur unter den Voraussetzungen des Verzugs ist auch der Gewinn ersatzfähig, der dem Gläubiger dadurch entgeht, daß er den geschuldeten, aber nicht geleisteten Gegenstand nicht mit Gewinn weiterveräußern kann. Dies gilt allerdings nur dann, wenn sich die Weiterveräußerungsmöglichkeit durch die Verzögerung zerschlagen hat. Ist dies nicht der Fall, ist ein Weiterveräußerungsgewinn nur als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig.⁷

Beispiel: V verkauft dem K seinen 37 Jahre alten Mercedes 230 zum Preis von 1.000 Euro. Kurz darauf erfährt K, daß ein Filmproduzent ein derartiges Fahrzeug benötigt, und verkauft diesem das Fahrzeug für 5.000 Euro weiter. Da V das Fahrzeug nicht rechtzeitig liefert, zerschlägt sich das Geschäft jedoch. K kann in diesem Fall von V unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB den Ersatz des ihm entgangenen Weiterveräußerungserlöses verlangen.

Die §§ 280 Abs. 2, 286 BGB erfassen jedoch nicht nur Schäden, die – wie die eben beschriebenen – das Erfüllungsinteresse des Gläubigers betreffen. Vielmehr sind auch Integritätsschäden, die der Gläubiger aufgrund der verspäteten Leistung des Schuldners erleidet, nicht schon nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig, sondern es müssen die zusätzlichen Voraussetzungen nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB vorliegen.⁸

Beispiel: Dachdecker D soll das schadhafte Dach des B neu eindecken. Da er diese Verpflichtung nicht termingerecht erfüllt, dringt bei einem Unwetter Wasser ein und beschädigt die unter dem Dach eingelagerten Möbel des B. Dieser kann Schadensersatz nur unter den Voraussetzungen der §§ 280, 286 BGB verlangen.

Gerechtfertigt wird diese Zuordnung damit, daß das spezifische Leistungsinteresse des Gläubigers hier gerade darin besteht, daß durch die Leistung ein Schaden an den betroffenen Rechtsgütern verhindert werden soll.⁹ Die vertragliche Leistung zielt gerade auf den Schutz der Rechtsgüter des Gläubigers vor bereits drohenden Beeinträchtigungen. Zu prüfen ist aber selbstverständlich, ob ein sofortiger Verzugsseintritt ohne Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB in Betracht kommt, was insbesondere bei besonders eiligen Leistungen denkbar ist.

3. Verzögerungsschäden bei der Schlechtleistung

Äußerst kontrovers diskutiert wird, ob auch bei der Schlechtleistung Verzögerungsschäden denkbar sind. §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB verweisen nicht auf § 286 BGB. Dennoch ist anerkannt, daß die Verzugshaftung unentbehrlich ist, wenn der Schuldner die ursprüngliche Schlechtleistung nicht zu

vertreten hat. In diesem Fall kann eine Schadensersatzhaftung nur auf Grundlage der Verzögerung der Nacherfüllungspflicht begründet werden.¹⁰

Unklar ist hingegen, ob auch bestimmte, bereits auf die ursprüngliche Schlechtleistung zurückzuführende Schäden allein unter den Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig sind. Der Streit hat sich hier an der – praktisch besonders bedeutsamen – Konstellation des sogenannten Betriebs- oder Nutzungsausfallschadens entzündet.

Beispiel (angelehnt an *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2535): K bestellt für sein Restaurant beim Hersteller H einen Backofen. Bei dem alsbald von H an K ausgelieferten Gerät kommt es aufgrund eines für H erkennbaren Produktionsfehlers nach zwei Wochen zu einem Komplettausfall. Die Küche und damit auch das Restaurant können darauf den Betrieb nicht mehr aufrechterhalten. H kann den Schaden innerhalb von 16 Stunden beheben. Dennoch hat K zwischenzeitlich einen Betriebsausfallschaden von 4.000 Euro erlitten. Er verlangt deshalb von H Schadensersatz.

Es dürfte heute geklärt sein, daß derartige Betriebsausfallschäden nicht dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind.¹¹ Umstritten ist dagegen, ob derartige Schäden – ein Vertretenmüssen des Schuldners vorausgesetzt – unmittelbar nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig sind oder ob die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs vorliegen müssen. Dies wird von einem Teil der Literatur¹² im Anschluß an die Gesetzesbegründung abgelehnt.¹³ §§ 280 Abs. 2, 286 BGB erfassen nur die Schäden, die ausschließlich auf die Verzögerung der Leistung zurückzuführen seien. Es bestehe von der Interessenlage her ein Unterschied, ob der Verkäufer bei Fälligkeit lediglich untätig bleibe oder ob er fehlerhaft leiste; denn mit der Lieferung einer mangelhaften Sache dringe er gefährlich in die „Gütersphäre“ des Käufers ein.¹⁴ Ferner ergebe die für einen Verzugsseintritt grundsätzlich erforderliche Mahnung bei der Schlechtleistung keinen Sinn.¹⁵ Sie habe den Charakter eines Warnsignals für den Schuldner, der bei Fehlen eines festen Leistungstermins über die Dringlichkeit seiner Leistungspflicht im Unklaren sein könne. Bei der Pflicht zur mangelfreien Leistung könnten aber keine solchen

¹⁰ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 37; *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB, Stand 1.2.2007, § 437 Rn. 69 f.; *Schubel/Koch*, DB 2004, 119 (122).

¹¹ *A. A. Ady*, ZGS 2003, 13 (15) und teilweise *P. Huber*, in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 13/106.

¹² *Faust* (Fn. 10), § 437 Rn. 6; *Grunewald*, in: *Erman*, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 437 Rn. 13; *Ernst*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2007, § 280 Rn. 55 ff.; *Heinrichs*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 280 Rn. 18; *Canaris*, ZIP 2003, 321 ff.; *U. Huber*, in: *Habersack* (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, 2003, S. 1165 (1182); *Medicus*, JuS 2003, 521 (528); *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (204).

¹³ BT-Drs. 14/6040, S. 225.

¹⁴ So *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323 f.); ferner *Medicus*, JuS 2003, 521 (528).

¹⁵ *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

⁷ Siehe dazu unter III. 1.

⁸ *Dauner-Lieb*, in: *Anwaltkommentar zum BGB*, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 58; *Canaris*, ZIP 2003, 321 (324); *Grigolet/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (752 f.).

⁹ *Grigolet/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (752 f.).

Unsicherheiten bestehen.¹⁶ Schließlich wird kritisiert, daß das Verzugserfordernis den Gläubiger unbillig hart treffen würde. Da eine Mahnung in der Regel erst nach Schadenseintritt erfolge, drohe bei einer „gestreckten“ Schadensentstehung eine willkürliche Differenzierung hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von Schäden je nachdem, ob sie vor oder nach der Mahnung entstanden seien.¹⁷

Nach anderer Auffassung¹⁸ sind dagegen wegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB Schlecht- und Nichtleistung gleichzustellen und daher für die Ersatzfähigkeit des Betriebsausfallschadens die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs erforderlich. Da die Mangelfreiheit zur Erfüllungspflicht des Schuldners gehöre, liege in der Lieferung einer mangelhaften Sache immer auch eine Verzögerung der mangelfreien Leistung. Der Hinweis, der Schuldner dringe mit der Schlechtleistung gefährlich in die Gütersphäre des Gläubigers ein, rechtfertige keine Ungleichbehandlung gegenüber der Nichtleistung. Die damit angesprochene Schutzpflichtverletzung könne über § 280 Abs. 1 BGB nur zum Ersatz des Integritätsinteresses, nicht aber auch des eigentlichen Leistungsinteresses führen und biete damit keine Lösung für reine Betriebsausfallschäden.¹⁹ Schließlich habe das Mahnungserfordernis auch bei der Schlechtleistung seinen guten Sinn, da der Schuldner sich über die Mangelhaftigkeit seiner Leistung in Unkenntnis befinden könne. Teilweise wird allerdings auch angenommen, bei Betriebsausfallschäden sei die Mahnung generell nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich.²⁰

Eine höchstrichterliche Klärung der Frage steht bislang aus. Allerdings hatte der BGH²¹ vor der Reform im alten Werkvertragsrecht die Auffassung vertreten, Betriebsausfallschäden seien ohne zusätzliche Voraussetzungen ersatzfähig. Zudem wird in zwei instanzgerichtlichen Entscheidungen zum modernisierten Kaufrecht eine Ersatzfähigkeit nach § 280 Abs. 1 BGB bejaht.²²

Zu beachten ist im übrigen, daß beide Auffassungen bei der Fallbearbeitung spezifische Probleme aufwerfen können. Leistet der Schuldner vor Fälligkeit schlecht, so ist es z. B.

bei Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB nicht ganz einfach zu erklären, weshalb ein Anspruch des Gläubigers auf Ersatz seines Betriebsausfallschadens erst ab Fälligkeit des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs in Betracht kommen kann.²³ Die Anwendung der §§ 280, 286 BGB provoziert hingegen die Frage, warum für andere mangelbedingten Schäden wie z.B. Schäden an den absoluten Rechtsgütern Käufers (Beispiel: Das Pferd des Käufers stirbt am gelieferten vergifteten Hafer) bereits nach § 280 Abs. 1 BGB gehaftet wird. Insoweit wird vertreten, die Voraussetzungen des Verzugs müßten nur vorliegen, wenn der Schaden auch bei einer reinen Nichtleistung entstanden wäre.²⁴ Zudem bleibt auf Grundlage dieser Auffassung zu klären, ob ein vor der mangelhaften Lieferung eingetretener Verzug fortwirkt und ob eine erst nach der Schlechtleistung abgelaufene Lieferfrist (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) den Verzug auslöst.²⁵

4. Aufklärungspflichten

Schwierige Fragen hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB stellen sich auch bei Aufklärungspflichten.

Beispiel (nach *Fliegner*, JR 2002, 314 [323]): V verkauft K eine Maschine, die dieser in seiner Werkhalle aufstellt. Da V den K über Besonderheiten bei der Bedienung der Maschine bei der von K beabsichtigten Verwendung nicht aufgeklärt hat, löst sich ein Schwungrad an der Maschine und beschädigt die Werkhalle. K verlangt von V Schadensersatz.

Hier könnte man sich auf den Standpunkt stellen, daß K nur nach §§ 280, 286 BGB Schadensersatz verlangen könne, da V seine Aufklärungspflicht nicht erfüllt habe. Allerdings spricht gegen dieses Ergebnis bereits, daß es sich hier um eine Schutzpflicht handelt und der Schwerpunkt des Verhaltens des B in der Verbringung einer – ohne weitere Aufklärung – gefährlichen Maschine in die Sphäre des K liegt. Daher wird angenommen, daß sich in derartigen Fällen die Haftung des Verkäufers bereits aus § 280 Abs. 1 BGB ergebe.²⁶ Ist der Leistungsgegenstand dagegen wegen fehlender Aufklärung durch den Schuldner nicht nutzbar, sollen entsprechende Schäden nur unter den Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig sein.²⁷ Dies gilt erst recht, wenn Information als Hauptleistungspflicht geschuldet ist.²⁸

¹⁶ *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

¹⁷ *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323).

¹⁸ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 60 ff.; *Chr. Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 437 Rn. 17; *Schmidt-Kessel*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2008, § 280 Rn. 58 f.; *Loo-schelders*, Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2008, Rn. 575; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, Rn. 267 ff.; *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2535 ff.; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (754 ff.); *Teichmann/Weidmann*, in: *Häuser* (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 2004, S. 287 (300 f.).

¹⁹ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 64.

²⁰ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (755 ff.); *dies.*, JuS 2004, 746 ff.; *Schmidt-Kessel* (Fn. 18), § 280 Rn. 59; *Teichmann/Weidmann* (Fn. 18), S. 287 (301 f.).

²¹ BGHZ 72, 31; 92, 308.

²² OLG Hamm, BeckRS 02006, 07007; LG Krefeld, DAR 2008, 90.

²³ Siehe *Faust* (Fn. 10), § 437 Rn. 142 (Schaden nicht vom Schutzbereich umfaßt).

²⁴ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 68.

²⁵ Dazu *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 67 (bejahend) und *Oetker/Maultzsch* (Fn. 18), Rn. 271 (verneinend), jeweils m.w.N.

²⁶ *Canaris*, ZIP 2003, 321 (325); *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 59; *Fliegner*, JR 2002, 314 (323 f.).

²⁷ *Canaris*, ZIP 2003, 321 (325); *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 59.

²⁸ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 59.

III. Der Schadensersatz statt der Leistung

1. Die Abgrenzungsformeln

Anders als beim Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kommt es beim Schadensersatz statt der Leistung nicht auf die Pflichtverletzung, sondern die Art des Schadens an.²⁹ Inhaltlich ist mit dem „Schadensersatz statt der Leistung“ der schon aus dem alten Schuldrecht geläufige – und in § 651f BGB noch heute angesprochene – Schadensersatz „wegen Nichterfüllung“ gemeint. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff jedoch bewußt aufgegeben, da der Schadensersatzanspruch nicht an die Stelle der Erfüllung, sondern an die Stelle der primär geschuldeten Leistung trete, die nicht mehr verlangt werden könne, und damit auch Erfüllung – nämlich der auf Schadensersatz gerichteten Verbindlichkeit – darstelle.³⁰

Zur näheren Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung finden sich in der Literatur verschiedene Abgrenzungsformeln. Die einfachste versteht dabei „Schadensersatz statt der Leistung“ ganz wörtlich als den Schadensersatz, der an die Stelle der geschuldeten Leistung tritt.³¹ Damit lasse sich der Schadensersatz statt der Leistung vom Verzögerungsschaden einfach abgrenzen; denn letzterer lasse den Erfüllungsanspruch unberührt und stelle den Gläubiger letztlich so, wie er bei verspäteter Erfüllung stünde. Andere differenzieren danach, ob der Schadenseintritt durch eine Nacherfüllung noch abgewendet werden könne.³² Dem entspricht die Formulierung, daß es für die Unterscheidung zwischen einfachem Schadensersatz und Schadensersatz statt der Leistung entscheidend sei, ob eine Fristsetzung noch Sinn ergebe.³³ Schließlich werden dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in der Literatur gelegentlich alle Schäden zugeordnet werden, die vermieden worden wären, wenn der Schuldner im spätestmöglichen Zeitpunkt nacherfüllt hätte. Schadensersatz statt der Leistung sei nur der Schaden, der aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung resultiere.³⁴ Alle Schäden, die nach Wegfall des (Nach-)Erfüllungsanspruchs

gem. § 275 BGB oder § 281 Abs. 4 BGB entstünden, seien dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen.³⁵

Alle diese Definitionen kommen in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnis.³⁶ Von welcher man in der Klausur ausgeht, ist daher fast Geschmackssache. Am einfachsten ist dabei sicherlich auf den ersten Blick die Definition, nach der der Schadensersatz statt der Leistung alle Positionen erfaßt, die die Leistung funktional ersetzen sollen. Sie nimmt den Begriff des Schadensersatzes „statt der Leistung“ wörtlich. „Einfacher“ Schadensersatz und Verzögerungsschaden unterscheiden sich damit vom Schadensersatz statt der Leistung dadurch, daß sie den Erfüllungsanspruch unberührt lassen. Unter den „Schadensersatz statt der Leistung“ fallen somit neben der schadensrechtlichen Restitution des Leistungsgegenstands auch die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts oder die Kosten einer Ersatzvornahme durch den Gläubiger, da in diesen Fällen ein Nachholen der Leistung durch den Schuldner sinnlos oder sogar unmöglich wird.³⁷ Allerdings kann die Antwort auf die Frage, was die Leistung funktional ersetzt, manchmal schwierig sein. Deutlich wird dies am Problem eines entgangenen Weiterveräußerungsgewinns, der dem Gläubiger nicht bereits durch die Nichtleistung endgültig entgangen ist und daher zweifellos nicht dem Verzögerungsschaden zuzuordnen ist: Während teilweise die Auffassung vertreten wird, ein solcher entgangener Gewinn unterfalle § 280 Abs. 1 BGB, da der Schuldner diesen nicht schulde³⁸, ordnen ihn andere dem Schadensersatz statt der Leistung zu.³⁹

Diese Schwierigkeiten treten nicht auf, wenn man fragt, ob eine Fristsetzung noch sinnvoll ist bzw. der Schaden noch durch Nacherfüllung abgewendet werden kann. Freilich passen diese Formeln nicht, wenn eine Nachfrist nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.⁴⁰ Noch weniger geeignet sind sie bei §§ 282, 283 BGB, die gar nicht auf eine Nacherfüllung abstellen, sondern den Schadensersatz statt der Leistung an ganz andere Voraussetzungen knüpfen.⁴¹ Bei der Prüfung dieser Normen sollte man die genannten Definitionen daher besser nicht verwenden.

Folgt man hingegen dem zuletzt vorgestellt vorgestellten Ansatz, der dem Schadensersatz statt der Leistung alle Schäden zuordnet, die bei Nacherfüllung zum spätestmöglichen Zeitpunkt vermieden worden wären, so muß man sich darüber bewußt sein, daß dieser in Einzelfällen zu anderen Ergebnissen als die anderen Abgrenzungsformeln führt.

Beispiel: K kauft bei V einen Gebrauchtwagen und baut für 1.000 Euro Zusatzausstattung ein. Kurz darauf stellt K fest, daß die Bremsen des Fahrzeugs nur unzureichend funktionieren, was auch schon V hätte auffallen müssen. K setzt V darauf eine angemessene Frist zur Nacherfüllung, die V

²⁹ Siehe nur besonders eindringlich *Canaris*, ZIP 2003, 321 (322).

³⁰ Begründung zu § 280, BT-Drs. 14/6040, S. 137.

³¹ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 73; *Schmidt-Kessel* (Fn. 18), Rn. 37; *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (733 ff.); *Grunewald*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt* (Hrsg.), *Praxis der Schuldrechtsreform*, 2003, S. 313 (317).

³² *Stadler*, in: *Jauernig*, *Kommentar zum BGB*, 12. Aufl. 2007, § 280 Rn. 4; *Heinrichs* (Fn. 12), § 280 Rn. 18; *Otto*, in: *Staudinger*, *Kommentar zum BGB*, Neubearbeitung 2004, § 280 Rn. E 7; ähnlich auch *Emmerich*, *Leistungsstörungen*, 6. Aufl. 2005, § 17 Rn. 8.

³³ *Haas*, in: *Haas/Medicus u.a.*, *Das neue Schuldrecht*, 2002, Kap. 5 Rn 235; *Teichmann*, in: *Schwab/Witt*, *Examenswissen zum neuen Schuldrecht*, 2003, S. 283 f.

³⁴ *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (204) und *Unberath*, in: *Bamberger/Roth*, *Kommentar zum BGB*, Stand 1.2.2007, § 280 Rn. 28.

³⁵ *Ernst* (Fn. 12), § 280 Rn. 66; *Faust* (Fn. 10), § 437 Rn. 57 ff.

³⁶ Zur einzigen relevanten Ausnahme siehe sogleich im Text.

³⁷ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 73.

³⁸ *Grunewald* (Fn. 12), § 437 Rn. 13.

³⁹ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 74.

⁴⁰ *Grunewald* (Fn. 31), S. 313 (315).

⁴¹ *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 280 Rn. 83.

ungenutzt verstreichen läßt. Darauf ruft K den V an und erklärt, daß er nun anstelle der Nacherfüllung Schadensersatz verlange und V den Wagen sofort zurückgeben werde. Auf dem Weg zu V kommt es, obwohl K alle erdenklichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat, infolge des Bremsdefekts zu einem Unfall, bei dem der Wagen beschädigt und K verletzt wird. K verlangt von V den Ersatz seiner Heilungskosten.

Fragt man hier, ob die geltend gemachten Heilungskosten funktionell die Leistung ersetzen sollen oder durch Nacherfüllung abgewendet werden können, so liegt die Einordnung als „einfacher“ Schadensersatz auf der Hand. Ordnet man dagegen alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zu, so würden auch die Heilungskosten hierunter fallen; denn zum Zeitpunkt ihrer Entstehung war der Nacherfüllungsanspruch bereits nach § 281 Abs. 4 BGB entfallen. „Einfacher“ Schadensersatz kann also nach der zuletzt vorgestellten Auffassung nach Wegfall des Leistungsanspruchs nicht mehr entstehen; selbst durch die mangelhafte Leistung verursachte Integritätsschäden (im alten Recht als „Mangelfolgeschäden“ bezeichnet) nach Wegfall des Leistungsanspruchs wären dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen.⁴² Auswirkungen auf die Ersatzfähigkeit der entsprechenden Schadenspositionen ergeben sich daraus nicht, da mit Wegfall des Leistungsanspruchs die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung vorliegen.

Der Vorteil dieser zeitlichen Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung wird in ihrer großen Klarheit gesehen.⁴³ Zu Problemen kann der Ansatz jedoch führen, wenn der Gläubiger Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangt. Dies zeigt das obige Beispiel: Wollte der Käufer Aufwendungsersatz für die von ihm angeschaffte Zusatzausstattung verlangen, so könnte er dies nach § 284 BGB nur „anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ tun und stünde auf den ersten Blick vor der Wahl, ob er den Ersatz seiner Heilungskosten oder Aufwendungsersatz geltend macht. Eine derartige Alternativität zwischen Integritätsinteresse und Aufwendungsersatz ergäbe jedoch keinen Sinn und ist mit § 284 BGB auch nicht beabsichtigt.⁴⁴ Daher wollen die Befürworter einer zeitlichen Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung insoweit das Alternativitätsverhältnis zwischen Schadens- und Aufwendungsersatz teleologisch reduzieren.⁴⁵ Nach den anderen Abgrenzungskriterien stellt sich dieses Problem dagegen von vornherein nicht, da sie Integritätsschäden immer § 280 Abs. 1 BGB zuordnen.

⁴² Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 60.

⁴³ Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 60.

⁴⁴ Siehe zum Alternativitätsverhältnis zwischen Schadens- und Aufwendungsersatz Arnold, in: Anwaltkommentar zum BGB, 2005, § 284 Rn. 37 ff. und Gsell, NJW 2006, 125 (126).

⁴⁵ Ernst (Fn. 10), § 311a Rn. 90; Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 60.

2. Einbeziehung vorher entstandener Schadensersatzansprüche in den Schadensersatz statt der Leistung?

Im alten Recht konnte der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist einen bis dahin entstandenen Verzögerungsschaden in den Schadensersatz wegen Nichterfüllung einbeziehen.⁴⁶ Eine derartige Vorgehensweise wäre auch bei §§ 280 ff. BGB denkbar: Der Gläubiger wäre dann im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung so zu stellen, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre, und alle bis dahin entstandenen Verzögerungsschäden nach §§ 280, 286 BGB und Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB wären in den Anspruch nach §§ 280, 281 BGB als unselbständige Rechnungsposten einzubeziehen.⁴⁷ Eine solche Integration wird jedoch von der h.M.⁴⁸ abgelehnt und ist in Klausur und Hausarbeit kaum zu empfehlen. Durch sie könnten die Grenzen zwischen den Ansprüchen und ihre Beschränkungen verwischt werden. So bliebe z.B. bei der Integration „einfacher“ Schadensersatzansprüche in einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Unterbleiben der Nacherfüllung ungeklärt, ob das für den einfachen Schadensersatzanspruch erforderliche Vertretenmüssen hinsichtlich der ursprünglichen Schlechtleistung überhaupt vorliegt.⁴⁹ Weiter bliebe unberücksichtigt, daß § 281 BGB – anders als § 326 BGB a.F. – nicht formal den Verzug mit der Leistungspflicht voraussetzt und daher zumindest theoretisch Fälle vorstellbar sind, in denen zwar die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, nicht aber für einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens vorliegen.⁵⁰ Schließlich ist eine derartige Integration im Hinblick auf § 284 BGB nicht praktikabel, da andernfalls der Gläubiger für den Aufwendungsersatz auf den Ersatz seiner sämtlichen Schäden – auch der nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB – verzichten müßte.⁵¹ Man muß daher auch nach Wegfall des Leistungsanspruchs zwischen den einzelnen Schadensarten unterscheiden.

IV. Die verschiedenen Pflichtverletzungen: Welche Schadensarten sind möglich?

1. Schutzpflichtverletzung

Ausgehend von den vorgestellten Abgrenzungskriterien soll im folgenden gezeigt werden, welche Schadensarten bei den

⁴⁶ Siehe nur BGH NJW 1997, 1231; Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 61. Aufl. 2002, § 326 a.F. Rn. 26.

⁴⁷ Dafür etwa Recker, NJW 2002, 1247; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 291; Gruber, ZGS 2003, 130 (131).

⁴⁸ Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 42; Dauner-Lieb (Fn. 8), § 280 Rn. 85; Emmerich (Fn. 32), § 13 Rn. 16; Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 68; Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (750 f., 753); Grüneberg (Fn. 1), § 281 Rn. 17; St. Lorenz, JuS 2008, 203 (205). Offenlassend Ernst (Fn. 12), § 280 Rn. 69.

⁴⁹ Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 68.

⁵⁰ St. Lorenz, JuS 2008, 203 (205) und ders., in: Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 5, 46 f.

⁵¹ Dauner-Lieb (Fn. 8), § 280 Rn. 85.

verschiedenen Pflichtverletzungen auftreten können. Dabei zeigt sich, daß in vielen Fällen von vornherein nur ein oder zwei Schadensarten in Betracht kommen; nur bei der Schlechtleistung können sich komplexere Abgrenzungsfragen ergeben.

So wird es bei Schutzpflichtverletzungen (§ 241 Abs. 2 BGB) regelmäßig um „einfachen“ Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB gehen. Schadensersatz wegen Verzögerung der Schutzpflicht ist nicht denkbar. Gleiches gilt für einen Schadensersatz „statt der Schutzpflicht“, der bereits kaum bezifferbar sein dürfte.

Beispiel: K kauft bei V einen Schrank. Bei der Anlieferung des Schrankes zerstört V aus Unachtsamkeit eine Fensterscheibe im Haus des K. Hier kann es nur um einfachen Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB für die zerstörte Fensterscheibe gehen.

Allerdings ist es denkbar, daß der Gläubiger aufgrund einer Schutzpflichtverletzung die Leistung des Schuldners nicht mehr abnehmen will ist und statt dessen Schadensersatz verlangt. In diesem – praktisch seltenen – Fall verlangt er Schadensersatz statt der Leistung, der nur unter den Voraussetzungen der §§ 280, 282 BGB geschuldet ist.

Beispiel: M soll das Haus der D streichen. Dabei verwandelt er ihr trautes Heim innerhalb kürzester Zeit in ein Trümmerfeld und grölt zudem – für die Nachbarschaft gut hörbar – obszöne Lieder. Will D deshalb statt M einen anderen Maler beauftragen und M die Mehrkosten in Rechnung stellen, so verlangt sie Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280, 282 BGB.

2. Nichtleistung

Erbringt der Schuldner eine Leistung nicht, obwohl ihm dies möglich wäre, kann es, solange der Gläubiger weiter Leistung verlangt, nur um Verzögerungsschäden gehen. Daneben ist natürlich Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280, 281) möglich. Einfacher Schadensersatz ist hingegen nicht denkbar. Dies gilt auch im Hinblick auf Integritätsschäden des Gläubigers infolge der verspäteten Leistung. Auch sie sind nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig.⁵²

3. Ausschluß der Leistungspflicht

Beim Ausschluß der Leistungspflicht steht dem Gläubiger allein aufgrund der Unmöglichkeit ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280, 283 BGB (bzw. bei anfänglicher Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB) zu. Andere Schadensarten können daneben nicht auftreten. Verzögerungsschäden kommen mangels Leistungspflicht nicht in Betracht.⁵³ Ebenso ist kein einfacher Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB denkbar, selbst wenn durch die Unmöglichkeit absolute Rechtsgüter des Gläubigers geschädigt wer-

den. Da die Leistung nach Vorstellung des Gläubigers gerade den Schutz seiner Rechtsgüter vor entsprechenden Gefahren bezwecken soll, sind entsprechende Schäden dem Äquivalenz- und nicht dem Integritätsinteresse zuzuordnen.⁵⁴

Beispiel: Kapitän K befindet sich in Seenot. Daher ruft er Schlepperkapitän S um Hilfe. Bevor S das Schiff des K erreichen kann, läuft sein Schlepper jedoch infolge eines Navigationsfehlers des S auf ein Riff auf und sinkt. Mangels Hilfe geht auch das Schiff des K unter. Sein Schaden ist nur nach §§ 280, 283 BGB ersatzfähig.

Ausnahmsweise sind allerdings Verzögerungsschäden denkbar, wenn der Ausschluß der Leistungspflicht erst später eintritt.

Beispiel: K kauft bei V einen gebrauchten LKW, mit dem er eine Spedition betreiben will. V liefert den LKW nicht zum vereinbarten Termin, wodurch K Verdienstaufälle entstehen. Kurze Zeit später wird das Fahrzeug bei einem Brand vernichtet. Hier sind Ansprüche des K auf Ersatz von Verzögerungsschäden bis zum Untergang des Fahrzeugs denkbar.

4. Schlechtleistung

a. Behebbarer Schlechtleistung

Die schwierigsten Abgrenzungsfragen stellen sich bei der Schlechtleistung. Dabei soll zunächst der Fall betrachtet werden, daß eine Nacherfüllung möglich ist. Hier sind alle Schadensarten denkbar. In Betracht kommt zunächst einfacher Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB. Zu denken ist zunächst an Schäden an den absolut geschützten Rechtsgütern des Gläubigers (sog. „Mangelfolgeschäden“ nach altem Recht). Sie sind schon nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

Beispiel: Das Pferd des K stirbt an dem von V gelieferten vergifteten Hafer. K kann Schadensersatz nach §§ 434, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB verlangen.

Unklar ist lediglich, ob diese Schäden auch dann nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen sind, wenn der Nacherfüllungsanspruch bereits entfallen ist, oder ob sie in diesem Fall dem Schadensersatz statt der Leistung zuzurechnen sind.⁵⁵

Auch reine Vermögensschäden des Käufers können bereits nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig sein.

Beispiel (angelehnt an BGH NJW 2008, 2837): V liefert dem K Parkettstäbe, die K in seiner Wohnung verlegen läßt. Als sich die Stäbe als mangelhaft herausstellen, läßt er die alten Stäbe herausreißen und die ersatzweise von V gelieferten mangelfreien Stäbe verlegen. K verlangt von V Schadensersatz für die Neuverlegung des Parketts.

K kann in diesem Fall nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen der Neuverlegung verlangen, soweit V die ursprüngliche Schlechtleistung zu vertreten hat. Zwar ist der Verkäufer, wie der BGH in der „Parkettstäbe“-Entscheidung festgestellt hat, im Rahmen der Nacherfüllung nur zur Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, nicht aber zu deren Verlegung verpflichtet, da diese auch ursprünglich nicht von ihm geschuldet war.⁵⁶ Doch kommt ein Schadensersatzanspruch des Käufers in Betracht, weil die Neuverle-

⁵² Siehe dazu schon unter II. 2.

⁵³ In den Fällen der § 275 Abs. 2 und 3 BGB fehlt es allerdings genau genommen nur an einer einredefreien Leistungspflicht. Auch dies schließt allerdings eine Verzughaftung aus.

⁵⁴ Dauner-Lieb (Fn. 8), § 280 Rn. 80.

⁵⁵ Siehe III. 1.

⁵⁶ BGH NJW 2008, 2837 (2838) m.w.N. zur Gegenauffassung; Faust (Fn. 10), § 439 Rn. 18.

gung durch die mangelhafte Leistung verursacht wurde.⁵⁷ Dabei müssen die zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB nicht vorliegen.⁵⁸ Da der Verkäufer zur Neuverlegung nicht verpflichtet ist, ersetzt der Schadensersatz nicht funktional die Leistung, und der Schaden ist auch nicht durch Nacherfüllung abwendbar. Nach allen Abgrenzungskriterien handelt es sich damit nicht um Schadensersatz statt der Leistung, sondern „einfachen“ Schadensersatz. Schadensersatz statt der Leistung kommt dagegen bei der Schlechtleistung in Betracht, wenn der Gläubiger nicht mehr die Nacherfüllung verlangt, sondern die mangelhafte Sache behalten will und Ersatz für ihren Minderwert verlangt („kleiner Schadensersatz“) oder die Sache zurückgeben will und den Ersatz seines gesamten Schadens verlangt (Schadensersatz statt der ganzen Leistung, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, „großer Schadensersatz“).⁵⁹

Offen ist, inwieweit es bei der behebbaren Schlechtleistung auch Verzögerungsschäden geben kann. Gesichert erscheint dies nur im Hinblick auf Ansprüche wegen Verzögerung der Nacherfüllung. Umstritten ist hingegen insbesondere in Bezug auf die oben angesprochenen⁶⁰ Betriebsausfallschäden, ob auf die ursprüngliche Schlechtleistung zurückzuführende Schäden allein unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs ersatzfähig sind, wenn sie auch bei einer Nichtleistung eingetreten wären, oder ob sich ein Ersatzanspruch auch in diesem Fall allein aus § 280 Abs. 1 BGB ergibt.

b. Anfänglich unbehebbarer Schlechtleistung

Besondere Schwierigkeiten wirft die anfänglich unbehebbarer Schlechtleistung auf. Allerdings kann sich hier mangels Nacherfüllungsanspruchs die Frage nach dem Bestehen von Verzögerungsschäden von vornherein nicht stellen. Weiterhin scheint § 311a Abs. 2 BGB dafür zu sprechen, daß in diesem Fall nur Schadensersatz statt der Leistung denkbar ist. Dieses Ergebnis entspräche der oben vorgestellten Abgrenzungsformel, nach der alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind. Es würde dazu führen, daß auch „Mangelfolgeschäden“ nicht § 280 Abs. 1 BGB, sondern dem Schadensersatz statt der Leistung unterfielen. Problematisch wäre dieses Ergebnis allerdings wieder dann, wenn der Gläubiger Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangt. Da es wenig sinnvoll erscheint, den Gläubiger vor die Alternative zu stellen, entweder Ersatz für seine Aufwendungen oder für seine „Mangelfolgeschäden“ zu erhalten, wäre man wiederum zu einer

teleologischen Reduktion des Alternativitätsverhältnisses zwischen Aufwendungs- und Schadensersatz gezwungen.⁶¹

Ist man hierzu nicht bereit und will auch bei der anfänglich unbehebbarer Schlechtleistung an einer funktionalen Abgrenzung der Schadensarten festhalten, bleibt nur der Weg, für Schäden, die nicht das Äquivalenz-, sondern das Integritätsinteresse des Gläubigers betreffen, den Schadensersatzanspruch nicht aus § 311a BGB, sondern aus § 280 Abs. 1 BGB abzuleiten.⁶² Konsequenz erscheint dies, wenn man davon ausgeht, daß § 311a Abs. 2 BGB gegenüber § 280 BGB keine eigene Anspruchsgrundlage darstellt, sondern nur den Bezugspunkt des Vertretenmüssens modifiziert.⁶³ Pflichtverletzung im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB wäre dann – wie auch sonst – die mangelhafte Leistung.⁶⁴

c. Nachträglich unbehebbarer Schlechtleistung

Beim nachträglichen Ausschluß der Nacherfüllung stellen sich bei Schäden bis zum Eintritt der Unmöglichkeit die gleichen Abgrenzungsprobleme wie bei der behebbaren Schlechtleistung. Für Schäden nach Eintritt der Unmöglichkeit kommt es dagegen wiederum darauf an, ob man der Auffassung folgt, daß alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind. Bejaht man dies, so unterfallen diese Schäden insgesamt §§ 280, 283 BGB. Grenzt man dagegen z.B. funktional ab, so sind Schäden nach Ausschluß des Nacherfüllungsanspruchs, die nicht das Äquivalenz-, sondern das Integritätsinteresse betreffen, weiterhin allein nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig. Der Rückgriff auf diese Vorschrift fällt allerdings bei der nachträglich unbehebbarer Schlechtleistung leichter als bei der anfänglichen, da hier die §§ 280 ff. BGB ohnehin anwendbar sind, während bei der anfänglichen Unmöglichkeit dieser Lösung § 311a Abs. 2 BGB entgegenzustehen scheint.

V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Abgrenzung der Schadensarten nur selten ein wirkliches Problem darstellt. Unklarheit über das richtige Ergebnis herrscht letztlich nur im Hinblick auf die Einordnung mangelbedingter Betriebsausfallschäden. Dagegen hat bereits die Frage, ob alle Schäden nach Wegfall des Leistungsanspruchs dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind, nur Konsequenzen für die Herleitung, nicht aber für die praktischen Ergebnisse. Im übrigen kommen die verschiedenen Abgrenzungsformeln regelmäßig zu den gleichen Ergebnissen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich regelmäßig für die Fallbearbeitung, auf die Abgrenzungstheorien nicht näher einzugehen, sondern die Formel zu wählen, mit der sich das unstrittige Ergebnis am klarsten begründen läßt.

⁵⁷ Zu solchen „Mangelfolgeaufwendungen“ schon *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2250 ff.

⁵⁸ *Arnold/Dötsch*, BB 2003, 2250 (2252); *Faust*, JuS 2008, 833 (835); *Looschelders*, JA 2008, 892 (894); *Skamel*, NJW 2008, 2820 (2821). A. A. BGH NJW 2008, 2837 (2840): Allerdings war es im vom BGH entschiedenen Fall nicht zu einer Neulieferung gekommen, sondern der Käufer hatte das neue Parkett von einem Dritten beschafft und machte jetzt nur die Kosten der Ersatzvornahme geltend.

⁵⁹ Siehe zu dieser Wahlmöglichkeit nur *Grüneberg* (Fn. 1), § 281 Rn. 45 *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 627 ff. und *St. Lorenz*, JuS 2008, 203 (205).

⁶⁰ Siehe II. 3.

⁶¹ Dafür ausdrücklich *Ernst* (Fn. 12), § 311a Rn. 90.

⁶² *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 311a Rn. 25; *Stadler* (Fn. 32), § 311a Rn. 13, *Dötsch*, ZGS 2002, 160 (162).

⁶³ Siehe schon die Nachweise bei Fn. 1.

⁶⁴ Eingehend *Dauner-Lieb* (Fn. 8), § 311a Rn. 25.

Die Beendigung des Mietverhältnisses

Von Richter am Bundesgerichtshof a.D. Dr. **Dietrich Beyer**, Karlsruhe

Nach einer kurzen Darstellung besonderer Schutzmechanismen beim Tod des Mieters oder bei Eigentumsübergang geht der Beitrag umfassend auf die wichtigsten Aspekte der Kündigung ein: Anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der formellen Anforderungen an die Kündigung des Vermieters und grundlegender Regeln für die Gesetzesauslegung erläutert er die wichtigsten Kündigungstatbestände, ihre Probleme in der Praxis und die Grundzüge der neueren BGH-Rechtsprechung bis hin zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsmöglichkeiten. Der Beitrag wendet sich in erster Linie, aber nicht ausschließlich an Studenten höherer Semester und Referendare mit Interesse für das Mietrecht.

I. Einleitung¹

Das Mietverhältnis ist bekanntlich ein Dauerschuldverhältnis, und Dauerschuldverhältnisse werden in der Regel durch den klassischen Fall der einseitigen, rechtsgestaltenden Willenserklärung – die Kündigung – beendet. Mit dieser Feststellung sind die Gemeinsamkeiten von Miete und anderen Dauerschuldverhältnissen aber auch schon nahezu erschöpft. Zwischen dem Handyvertrag, dem Zeitungsabonnement oder ähnlichen elementaren Dauerschuldverhältnissen einerseits und dem Mietverhältnis andererseits liegen (rechtliche) Welten. Wird mein Handyvertrag oder das Zeitungsabonnement vom Vertragspartner wegen Zahlungsverzugs gekündigt, kann ich als umworbener Kunde problemlos zur Konkurrenz wechseln. Beim Verlust der Wohnung, um die es hier vor allem gehen soll, fällt mir das schon wesentlich schwerer. Die Gründe sind in erster Linie tatsächlicher Art. Bei einer Veranstaltung, die den anspruchsvollen Titel „Herbstakademie Mietrecht“ trägt, kann es aber mit einer so schlichten Betrachtung kaum sein Bewenden haben. Der Blick auf das Bundesverfassungsgericht und seine wegweisende Rechtsprechung drängt sich hier geradezu auf. Und wenn man schon bei der Rechtsprechung ist, darf man sicher auch die Entscheidungen des VIII. Senats des Bundesgerichtshofes, der für die Wohnraummiete zuständig ist, nicht außer Betracht lassen.

II. Die Beendigung des Mietverhältnisses

1. Vorbemerkung

Ich habe gerade die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Bundesgerichtshofes fast in einem Atemzug

¹ Der Verfasser war bis zu seinem Ausscheiden aus dem aktiven Dienst Mitglied und stellvertretender Vorsitzender des u.a. für das Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes. Der nachfolgende Beitrag ist die leicht überarbeitete Fassung eines Referates, das der Verfasser auf der Herbstakademie Mietrecht des Deutschen Mietgerichtstages am 9.10.2008 in Berlin gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

erwähnt. Das ist natürlich kein Zufall. Bis vor einigen Jahren lag die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Kündigung vom Wohnraummietverhältnissen ganz überwiegend in den Händen des Verfassungsgerichts;² der Bundesgerichtshof spielte – jedenfalls nach der Zahl der einschlägigen Entscheidungen – nur eine untergeordnete Rolle. Inzwischen hat sich das Verhältnis umgekehrt.³ Der Grund für diese Tendenz liegt zum einen in der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform, die das frühere ineffektive Rechtsentscheidungsverfahren abgeschafft und für alle Berufungsgerichte, also für auch die in Wohnraummietssachen zuständigen Landgerichte, die Möglichkeit der Zulassung der Revision zum Bundesgerichtshof eröffnet hat; von dieser Möglichkeit machen die Landgerichte gerade in Mietsachen großzügig Gebrauch.⁴ Zum anderen berührt die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses regelmäßig die Lebensgrundlage des Mieters bzw. das Eigentum des Vermieters. Deshalb ist es durchaus verständlich, dass sich die Parteien, insbesondere die Mieter, früher in solchen Fällen häufig nicht mit einem für sie ungünstigen landgerichtlichen Berufungsurteil abfinden wollten, sondern nach der Erschöpfung des Rechtsweges zum tatsächlichen oder vermeintlichen Rettungsanker der Verfassungsbeschwerde griffen. Aus der Zeit von 2002 bis Mitte 2006 sind mir dagegen nur ganze zwei Fälle bekannt, in denen die beim VIII. Senat unterlegene Partei Verfassungsbeschwerde gegen unser Urteil eingelegt hat, und in beiden Fällen hatte sie damit keinen Erfolg.

Schon an dieser Stelle möchte ich aber darauf hinweisen, dass sich der VIII. Zivilsenat gerade in Kündigungsprozessen sehr eng an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts orientiert; in diesen Verfahren spielen naturgemäß verfassungsrechtliche Fragen eine wesentlich größere Rolle als etwa bei den mietrechtlichen „Alltagsfällen“ aus dem Bereich der Schönheitsreparaturen oder der Betriebskosten, bei denen es in erster Linie um die Wirksamkeit von Formulklauseln nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) geht. Das Verfassungsgericht hat bereits vor 15 Jahren das Besitzrecht des Mieters als Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG anerkannt; andererseits hat es aber auch immer wieder betont, dass angesichts der ohnehin schon sehr hohen rechtlichen Hürden für eine Kün-

² Eine Recherche bei juris mit den Suchbegriffen *Miete*, *Wohnung* und *Kündigung* ergibt für den Zeitraum bis einschließlich 2001 ca. 190 Treffer, von 2002 bis September 2008 ca. 15 Treffer.

³ Für den Zeitraum ab 2002 weist juris für die o.g. Suchbegriffe immerhin rd. 150 Entscheidungen des VIII. Zivilsenates des BGH aus.

⁴ Bis Ende 2001 gelangten im Jahr durchschnittlich 1,5 Wohnraummietssachen zum BGH; seit 2002 gehen beim VIII. Senat durchschnittlich 100-120 von den Berufungsgerichten zugelassenen Revisionen ein, wobei es sich ganz überwiegend um Wohnraummietssachen handelt.

digung des Vermieters die formellen Anforderungen an eine solche Kündigung nicht überspannt werden dürfen. Mindestens in diesem Bereich kann man deshalb die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchaus als ausgewogen bezeichnen.

2. Keine Beendigung durch den Tod des Mieters

Nur zur Klarstellung und zur Abgrenzung möchte ich vorweg eine Besonderheit des Dauerschuldverhältnisses „Miete“ erwähnen: An sich läge es ja nahe, dass mit dem Tod des Mieters das Wohnungsmietverhältnis von selbst, wenn auch vielleicht mit einer gewissen Übergangsfrist, endet. Dem ist aber nicht so – im Gegenteil: wegen der zentralen Bedeutung der Wohnung für die gesamte Lebensgestaltung des Individuums kommt dem Mietverhältnis eine regelrechte Schutzwirkung auch zugunsten Dritter zu – natürlich nicht unbegrenzt, aber doch in einem nicht unerheblichem Umfang. Dementsprechend sieht § 563 BGB beim Tod des Mieters ein „Eintrittsrecht“ des Ehegatten, des Lebenspartners, der Kinder und anderer Familienangehöriger vor⁵, sofern sie mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt geführt haben. Genau genommen handelt es sich hierbei aber⁶ nicht um ein bloßes Eintrittsrecht, sondern um einen „automatischen“ Eintritt in das Mietverhältnis kraft Gesetzes, der lediglich durch eine Art Widerrufsrecht des neuen Mieters⁷ und ein eingeschränktes Sonderkündigungsrecht des Vermieters⁸ begrenzt ist. Bemerkenswert an diesem gesetzlichen Eintritt einer Person, die vorher nicht Vertragspartei war, ist, dass er ausschließlich auf die soziale Nähe des Dritten zum Mieter und seine Aufnahme in den Schutzbereich des Mietverhältnisses abstellt, von der Gesamtrechtsnachfolge des Erbrechts aber völlig losgelöst ist. Der Erbe kann zwar das Mietverhältnis mit dem Vermieter nach § 564 BGB fortsetzen, dieses Recht ist jedoch nachrangig gegenüber dem gesetzlichen Eintritt der privilegierten Haushaltsangehörigen – was die soziale Seite des Wohnraummietrechts plastisch vor Augen führt.

3. Keine Beendigung durch Zeitablauf oder Eigentumsübergang

Auch zu Lebzeiten des Mieters wird das Mietverhältnis grundsätzlich nicht ohne Zutun einer der Parteien beendet. Der früher beliebte und weit verbreitete Zeitmietvertrag⁹ ist durch das Mietrechtsreformgesetz auf einige wenige Ausnahmetatbestände beschränkt worden (§ 575 BGB); auch der schönste Befristungsgrund – etwa der absehbare Eigenbedarf des Vermieters¹⁰ – verliert allerdings jede Bedeutung, wenn der Vermieter diesen Grund dem Mieter bei Vertragsabschluss nicht schriftlich mitteilt; andernfalls gilt der Mietver-

trag wiederum als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 575 Abs. 1 S. 2 BGB).

Zum „ehernen“ Bestand des Mietrechts gehört dagegen der einprägsame Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ – früher jedem Studenten spätestens im dritten Semester unter der Hausnummer des § 571 BGB bekannt. An diesem Grundsatz hat auch das Mietrechtsreformgesetz nichts geändert, neu ist nur die Hausnummer 566.

4. Der klassische Beendigungsgrund: die Kündigung

Wenn also weder die Zeit noch der Eigentümerwechsel und nicht einmal der Tod des Mieters das Mietverhältnis beendet, bleibt – abgesehen von der eher theoretischen Möglichkeit des Aufhebungsvertrages – nur die Kündigung als Beendigungstatbestand. Er ist im Gesetz umfangreich und teilweise bis ins kleinste Detail geregelt, und die Zahl der Bestimmungen ist fast so groß wie die Vorschriften des gesamten übrigen Wohnraummietrechts.

a) Kündigung und Verfassungsrecht

Ich habe vorhin bereits den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Mai 1993¹¹ erwähnt, wohl die wichtigste Grundsatzentscheidung des Verfassungsgerichts zum Recht der Wohnraummiete. Mit diesem Beschluss hat das Gericht erstmals das Besitzrecht des Mieters als Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG anerkannt.¹² Die Wohnung ist, wie das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang hervorgehoben hat, für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz; der Einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen. Sowohl in diesem Beschluss als auch in zahlreichen anderen Entscheidungen hat das Verfassungsgericht aber zugleich auf das Eigentumsrecht des Vermieters – einschließlich seiner Sozialbindung – hingewiesen. Der Qualität der beiderseitigen, nunmehr auf der gleichen rechtlichen Ebene stehenden Grundrechtspositionen von Vermieter und Mieter haben der Gesetzgeber bei der Gestaltung und die Gerichte bei der Anwendung des Mietrechts Rechnung zu tragen.¹³ Die Begründung zum Mietrechtsreformgesetz hat dieses Gebot des Verfassungsgerichts aufgegriffen und zu einer der Leitlinien des reformierten sozialen Mietrechts gemacht.¹⁴ Wie der Gesetzgeber bei der Gestaltung und der Bundesgerichtshof bei der Auslegung des Wohnraummietrechts die verfassungsgerichtlichen Vorgaben umgesetzt haben, will ich im Folgenden an Hand einiger wichtiger Bestimmungen und Entscheidungen zur Kündigung exemplarisch darlegen.

b) Kündigung und Mieterschutz - Grundsätze

Wenn nicht auf den ersten, so doch jedenfalls auf den zweiten Blick fällt auf, dass das Wohnraummietrecht und hier wiederum besonders die Kündigungsvorschriften in weitem

⁵ § 563 Abs. 1 und 2 BGB.

⁶ entgegen der amtlichen Überschrift des § 563.

⁷ § 563 Abs. 3 BGB.

⁸ § 563 Abs. 4 BGB.

⁹ In der Regel kombiniert mit einer Verlängerungsklausel um jeweils ein Jahr, falls keine Kündigung erfolgt ist.

¹⁰ § 575 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB.

¹¹ 1 BvR 208/93, BVerfGE 89,1 = NJW 1993, 2035.

¹² AaO Leitsatz 1 und unter C I 2.

¹³ AaO unter C I 2 b und c (juris-RdNr. 21, 28-31).

¹⁴ BT-Drs. 14/4553, S. 34.

Umfang dem Mieterschutz Vorrang gegenüber den Interessen des Vermieters einräumen. Das zeigt einmal die starke *Beschränkung des Kündigungsrechts des Vermieters*, der nur dann ordentlich kündigen kann, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat und die entsprechenden Gründe in dem Kündigungsschreiben angibt¹⁵; der Mieter braucht dagegen eine ordentliche Kündigung mit keinem Wort zu begründen. Ähnlich verhält es sich bei den Kündigungsfristen: während der Mieter unabhängig von der Dauer des Mietverhältnisses stets mit einer Frist von drei Monaten kündigen kann, verlängert sich die Frist für die Kündigung des Vermieters nach fünf bzw. acht Jahren um jeweils drei Monate. Diese *asymmetrischen Kündigungsfristen* des § 573c Abs. 1 BGB, die der unterschiedlichen Interessenlage auf der Mieter- und Vermieterseite Rechnung tragen, sind übrigens erst durch das Mietrechtsreformgesetz eingeführt worden.

c) Kündigungsfristen in Altmietverträgen – gesetzgeberische Ausgestaltung und höchstrichterliche Auslegung

In diesem Zusammenhang lohnt sich ein kurzer Blick auf eine Übergangsbestimmung zum Mietrechtsreformgesetz, weil sich an ihr das Zusammenwirken von Gesetzgebung und höchstrichterlicher Rechtsprechung geradezu beispielhaft darstellen lässt.

Von dem Grundsatz, dass das neue Mietrecht in möglichst großem Umfang sofort, also auch für bereits bestehende Mietverhältnisse gelten sollte, hat der Gesetzgeber aus Gründen des Vertrauensschutzes eine ganze Reihe von Ausnahmen gemacht. Eine dieser Ausnahmen betrifft die Fortgeltung vertraglich vereinbarter Kündigungsfristen in sog. Altverträgen. Nach Art. 229 § 3 Abs. 10 EGBGB sollte – etwas vereinfacht ausgedrückt – das Verbot längerer Kündigungsfristen als in § 573c Abs. 1 und 3 BGB n.F. vorgeschrieben nicht gelten, „wenn die Kündigungsfristen vor dem 1. September 2001 durch Vertrag vereinbart worden sind.“¹⁶ Schon die hierin liegende Verdoppelung war etwas irritierend; denn anders als durch Vertrag kommt eine Vereinbarung schwerlich zustande. Der Gesetzgeber hatte diese Formulierung allerdings so gemeint und verstanden, dass die Ausnahmenvorschrift nur dann eingreifen sollte, wenn Kündigungsfristen „tatsächlich vereinbart worden sind, ihnen also von den Parteien eine besondere eigenständige (konstitutive) Bedeutung zugemessen wurde.“¹⁷ Nur - in diesem Sinn - "echte" Vereinbarungen sollten nach der Vorstellung des Rechtsausschusses des Bundestages aus Vertrauensschutzgründen respektiert werden und von einer rückwirkenden Nichtigkeit nach § 573c Abs. 4 BGB verschont bleiben. Für Formular Klauseln sollte dies aber nicht gelten. Dem konnte sich der VIII. Senat des BGH nicht anschließen; er hat – man möchte sagen: selbstverständlich – auch formularmäßige Vertragsklauseln als vertragliche Vereinbarungen angesehen und deshalb unter die Ausnahmebestimmung des Art. 229 § 3

Abs. 10 EGBGB subsumiert.¹⁸ Das war eine Auslegung nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, der hier Vorrang vor dem Willen des Gesetzgebers hatte, weil dieser Wille im Wortlaut der Vorschrift „keinen Niederschlag gefunden“ hatte. Damit wollte sich der Gesetzgeber wiederum nicht abfinden; er hat deshalb im Mai 2005 die Übergangsbestimmung durch ein „Reparaturgesetz“ nachgebessert.¹⁹ Danach gelten für Kündigungen, die ab dem 1. Juni 2005 zugehen, die neuen (kurzen) Kündigungsfristen des § 573c Abs. 1 BGB auch dann, wenn in einem Altmietvertrag die (gestaffelten) Fristen des § 565 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB a.F. durch *Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart* worden sind. Erst damit hatte der Gesetzgeber sein Ziel, das er von Anfang an mit dem Mietrechtsreformgesetz erreichen wollte, wegen der handwerklichen Mängel aber nicht erreicht hat, endgültig sichergestellt.

d) Kündigung des Vermieters – formelle Anforderungen (§ 573c Abs. 3 BGB)

Zu den gesetzlichen Schutzmechanismen zugunsten des Mieters gehören nicht nur die strengen materiellen Voraussetzungen, auf die ich noch eingehen werde, sondern ebenso die formellen Hürden des § 573c Abs. 3 BGB. Danach sind die Gründe für das berechtigte Interesse, auf das der Vermieter eine Kündigung stützen will, in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Dadurch soll dem Mieter Klarheit über seine Rechtsposition, insbesondere also über die Erfolgsaussicht eines etwaigen Widerspruchs gegen die Kündigung verschafft werden. Angesichts der ohnehin schon stark eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters dürfen diese formellen Anforderungen jedoch auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht überspannt werden.²⁰ So reicht es für die *Begründung des Eigenbedarfs* aus, dass der Vermieter in nachvollziehbarer Weise angibt, für wen und aus welchem Grund die gekündigte Wohnung benötigt wird.²¹ In diesem Punkt erscheint die Rechtsprechung der Instanzgerichte bisweilen etwas sehr streng. Für die außerordentliche *fristlose Kündigung* des Vermieters *wegen Zahlungsverzugs* des Mieters hat es der BGH bei klarer und einfacher Sachlage ausreichen lassen, wenn der Vermieter den Zahlungsverzug als Grund benennt und den Gesamtbetrag der rückständigen Miete beziffert; die Angabe weiterer Einzelheiten wie Datum des Verzugesintritts oder Aufgliederung des Mietrückstandes für einzelne Monate ist in solchen Fällen entbehrlich.²² Dahinter steht die Tendenz der

¹⁸ BGHZ 155, 178 (mit ausführlicher Begründung); ebenso Urteile v. 10.3.2004 – VIII ZR 34/03 und VIII ZR 64/03.

¹⁹ Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (BGBl. I 1425).

²⁰ So z.B. Beschluss v. 3.2.2003, NZM 2003, 592 = WuM 2003, 435; vgl. insgesamt auch *Blank*, in: *Schmidt-Futterer*, Kommentar zum Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 573 Rn. 221 ff.

²¹ BGH, NJW 2005, 2395 = GE 2006, 855 = NZM 2005, 580 = WuM 2005, 521 = BGHReport 2005, 1161 (mit zust. Anm. *Laumen*) unter II 1 m.w.N.

²² BGH WuM 2004, 97 = Grundeigentum 2004, 233 = ZMR 2004, 254 = NZM 2004, 187 = NJW 2004, 850; ebenso Ur.

¹⁵ § 573 Abs. 1-3 BGB.

¹⁶ Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁷ BT-Drs. 14/5663, S. 83.

obersten Gerichte, den eigentumsgleichen Schutz des Mieters und das Eigentumsrecht des Vermieters in ein ausgewogenes, vernünftiges Verhältnis zu bringen.

5. Einzelne Kündigungstatbestände

Mit der Darstellung aller Kündigungsgründe und der dazu ergangenen Rechtsprechung ließe sich problemlos das ganze Programm dieser Herbstakademie füllen. Soviel Zeit steht mir leider nicht zur Verfügung; ich muss mich deshalb hier auf einige zentrale Bestimmungen und Entscheidungen beschränken.

a) Die Generalklauseln der §§ 573 Abs. 1, 543 Abs. 1 BGB

Die Bestimmung des § 573 BGB ist nicht nur wegen ihres materiellen und formellen Gehalts interessant, sondern auch deshalb, weil sie ein gelungenes Beispiel moderner Gesetzgebungstechnik darstellt: Absatz 1 enthält eine klassische Generalklausel, indem er bestimmt, dass der Vermieter nur kündigen kann, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Zur Klarstellung führt die Vorschrift sogleich hinzu, dass eine Änderungskündigung zum Zweck einer Mieterhöhung ausgeschlossen ist. Absatz 2 zählt sodann beispielhaft („...insbesondere“) einige Tatbestände auf, die ein berechtigtes Interesse des Vermieters begründen. Mit dieser Technik erreicht der Gesetzgeber dreierlei: *erstens* umschreibt er bestimmte Sachverhalte, die nach seiner Wertung die für den Mieter einschneidende Kündigung des Mietverhältnisses stets rechtfertigen²³, so konkret wie irgend möglich. *Zweitens* öffnet er die Vorschrift für Fälle, die vergleichbar sind, die er angesichts der Vielgestaltigkeit der denkbaren Lebenssachverhalte aber nicht näher regeln kann oder regeln will; und *drittens* gibt er dem Richter und Rechtsanwalt einen wichtigen und brauchbaren Maßstab für die Auslegung der Generalklausel des Abs. 1 an die Hand. Für die außerordentliche fristlose Kündigung nach § 543 BGB gilt dies alles in gleicher Weise. Das möchte ich an Hand einiger Entscheidungen des VIII. Senats des BGH erläutern:

b) Schuldhafte Vertragsverletzung des Mieters (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB)

An erster Stelle nennt § 573 Abs. 2 BGB als ein die Kündigung rechtfertigendes Interesse des Vermieters die schuldhaft nicht unerhebliche Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Mieter (Nr. 1 aaO). In einem Urteil vom 25. Oktober 2006²⁴ hatte der BGH diesen Tatbestand unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen:

Der Mieter hatte auf den Rat seines Mietervereins über einen längeren Zeitraum hinweg die vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen nicht mehr geleistet, weil der Vermieter ihm nicht die erbetenen Fotokopien der Belege für die

Betriebskostenabrechnung übersandt hatte²⁵; dadurch war ein Rückstand in Höhe von mehr als zwei Monatsmieten aufgelaufen. Deshalb hatte der Vermieter nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB fristlos aus wichtigem Grund und zugleich fristgemäß wegen schuldhafter Vertragsverletzung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gekündigt. Die außerordentliche Kündigung wurde später unwirksam, nachdem der Mieter den Rückstand innerhalb der sog. Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB beglichen hatte. Die Tilgung des Rückstands lässt aber, wie der VIII. Senat schon früher entschieden hat²⁶, die Wirkung der ordentlichen Kündigung nach § 573 BGB nicht ohne weiteres entfallen. Dass im Übrigen ein erheblicher Mietrückstand, der sogar die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigt, „erst recht“ ein Anlass für eine ordentliche Kündigung ist, liegt auf der Hand. Fraglich war in diesem Fall allerdings, ob eine *schuldhafte* Pflichtverletzung des Mieters zu verneinen war, weil er sich auf den Rat seines Mietervereins verlassen durfte – was das Berufungsgericht angenommen hatte. Der BGH hat insoweit auf den Allgemeinen Teil des BGB zurückgegriffen und mit einer ausführlichen und sehr überzeugenden Begründung, auf die ich hier nicht im Einzelnen eingehen kann, eine fahrlässige Falschberatung des Mietervereins angenommen und dieses Verschulden dem Mieter nach § 278 BGB wie eigenes Verschulden zugerechnet.²⁷ Diese Entscheidung beruht auf einer Risikoverteilung: Der Mieter kann sich seinen Berater aussuchen; er darf deshalb das Risiko einer Falschberatung, die im ungünstigsten Fall auch auf einen Forderungsausfall des Vermieters hinauslaufen kann, nicht auf den Vermieter abwälzen. Insofern handelt er also auf eigenes Risiko, und dagegen kann ihn auch das soziale Mietrecht nicht schützen.

c) Eigenbedarf des Vermieters (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

aa) Vorbemerkung: „Eigenbedarf“ einer juristischen Person?

Dass eine Kündigung wegen Eigenbedarfs an einer Wohnung begrifflich nur für eine natürliche Person in Betracht kommt, versteht sich von selbst und ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB („...als Wohnung“), ist aber im übrigen vom Bundesgerichtshof in einer etwas älteren Entscheidung ausdrücklich klargestellt worden.²⁸ Das schließt es jedoch nicht aus, dass eine juristische Person als Vermieterin, etwa eine Wohnbaugenossenschaft oder eine

v. 11.1.2006, WuM 2006, 193 = Grundeigentum 2006, 508 = NZM 2006, 338 = NJW 2006, 1585 = ZMR 2006, 425.

²³ Vorbehaltlich der Härteklausel des § 574 BGB.

²⁴ BGH NZM 2007, 35 = Grundeigentum 2007, 46 = WuM 2007, 24 = NJW 2007, 428 = ZMR 2007, 103.

²⁵ Zum Anspruch des Mieters auf Belegeinsicht und Übersendung von Fotokopien s. im Einzelnen Urt. v. 8.3.2006, NJW 2006, 1419 = NZM 2006, 340 = ZMR 2006, 358 = WuM 2006, 200 = Grundeigentum 2006, 502.

²⁶ WuM 2005, 250 = NZM 2005, 334 = ZMR 2005, 356 unter II 2.

²⁷ S. dazu BGH NZM 2007, 35 = Grundeigentum 2007, 46 = WuM 2007, 24 = NJW 2007, 428 = ZMR 2007, 103 Rn. 12 ff.

²⁸ BGH NJW-RR 2004, 12 = NZM 2004, 25 = ZMR 2003, 904 = MDR 2003, 1347 = Grundeigentum 2003, 1488 = BGHReport 2004, 84; zuletzt Urt. v. 27.6.2007, WuM 2007, 515 = NJW 2007, 2845, Rn. 18.

KG, den Wohnbedarf eines Mitgliedes oder Mitarbeiters als berechtigtes Interesse i.S.d. Generalklausel des § 573 Abs. 1 BGB geltend machen kann.²⁹

Etwas anders sieht die Rechtslage aus, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Eigenbedarf für einen Gesellschafter geltend macht. Mit einem Urteil vom 27. Juni 2007³⁰ hat der Bundesgerichtshof folgenden Sachverhalt entschieden: Die Klägerin, eine GbR, hatte im Februar 1987 eine Wohnung an den Beklagten, der der Gesellschaft nicht angehörte, vermietet. Die GbR hatte sich nur gebildet, um das Haus zu kaufen, zu sanieren und sodann ihren Gesellschaftern als Wohnraum zur Verfügung zu stellen. Anderes Vermögen besaß sie nicht. Im Mai 2004 kündigte die GbR das Mietverhältnis mit dem Beklagten mit der Begründung, die vermietete Wohnung werde für ihren Gesellschafter T. benötigt, der schwer erkrankt sei und deshalb seine bisherige Wohnung im Dachgeschoss nicht mehr nutzen könne. Der beklagte Mieter widersetzte sich der Kündigung. Der VIII. Senat hat die Kündigung der GbR wegen Eigenbedarfs eines Gesellschafters für berechtigt gehalten.

In einer eingehenden Begründung hat der Senat dargelegt, dass es keinen Unterschied machen kann, ob mehrere natürliche Personen als einfache Gemeinschaft oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts auftreten; für die einfache Vermietermehrheit ist aber anerkannt, dass der Eigenbedarf jedes einzelnen Vermieters eine Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB rechtfertigt.

bb) Das Problem: Vorgetäuschter Eigenbedarf

Der Kündigungsgrund des Eigenbedarfs des Vermieters erscheint unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 14 GG) geradezu zwingend geboten. In der Praxis bereitet er aber mitunter ganz erhebliche Schwierigkeiten; beim Mieter weckt er häufig, um nicht zu sagen: regelmäßig ein starkes Misstrauen gegenüber den erklärten Absichten des Vermieters. Ob Eigenbedarf wirklich besteht oder nur vorgeschoben worden ist, stellt sich in aller Regel erst nachträglich heraus, wenn der Vermieter seine behauptete Absicht nicht in die Tat umgesetzt, sondern die Wohnung anderweitig vermietet hat oder leerstehen lässt. Dem Mieter, der die Wohnung inzwischen geräumt hat, hilft diese Erkenntnis allerdings nur wenig; er bleibt auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen positiver Vertragsverletzung beschränkt.³¹ Daraus können sich Beweisschwierigkeiten für den Mieter ergeben, weil es sich bei einem vom Vermieter behaupteten nachträglichen Sinneswandel hinsichtlich des Eigennutzungswunsches um eine innere Tatsache handelt und der Mieter beweisen muss, dass der Vermieter schon im Zeitpunkt der Kündigung die Selbstnutzung tatsächlich nicht beabsichtigt hatte. Diesem Problem ist aus Gründen der „Waffengleichheit“ mit strengen Anforderungen an die Dar-

legung des Vermieters hinsichtlich der Gründe für seinen (angeblichen) Sinneswandel zu begegnen (sog. sekundäre Darlegungs- und Beweislast); nur so kann der Mieter vor einer unbilligen beweismäßigen Belastung geschützt werden.³²

cc) Nachträglicher Wegfall des Eigenbedarfs: „Rettung“ für den Mieter?

Fast schon verfassungsrechtliche Dimensionen hatte ein Sachverhalt, den der Senat vor einiger Zeit zu entscheiden hatte.³³ In diesem Fall hatte der Vermieter im November 1999 das Mietverhältnis mit der Begründung gekündigt, er benötige die Wohnung für seine betagte Schwiegermutter. Die Mieterin widersetzte sich der Kündigung und es kam zum Räumungsprozess. Amtsgericht und Landgericht verurteilten die Mieterin zur Räumung, das Landgericht gewährte ihr aber eine Räumungsfrist bis zum 31. Juli 2001. Dennoch räumte die Mieterin die Wohnung erst Ende September 2001. Was sie zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht wusste, war der Umstand, dass die Schwiegermutter des Vermieters im Juni 2001 verstorben war. Nachdem sie dies auf Umwegen erfahren hatte, verlangte sie vom Vermieter Schadensersatz in Höhe von rd. 13.400 € für Umzugskosten und weitere Aufwendungen.

Es ging hier also um die Frage, ob und in welchen zeitlichen Grenzen sich der Wegfall des ursprünglich gegebenen Kündigungsgrundes des Eigenbedarfs auf den Räumungsanspruch des Vermieters auswirkt. Das war bis zu unserem Urteil alles höchst umstritten; einig war man sich nur darin, dass der Vermieter, soweit der Wegfall des Eigenbedarfs zu berücksichtigen ist, nach Treu und Glauben verpflichtet ist, den Mieter hierüber zu unterrichten und ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses oder den Abschluss eines neuen Mietvertrages zu den bisherigen Bedingungen anzubieten. Die zeitliche Zäsur wurde teilweise angenommen für den Ablauf der Kündigungsfrist, für die Rechtskraft des Räumungsurteils, für den Ablauf einer rechtskräftig ausgesprochenen Räumungsfrist oder sogar bis zum tatsächlichen Auszug des Mieters, wann auch immer das war.³⁴

Der Senat hat auf den Ablauf der Kündigungsfrist, also den *Kündigungstermin*, als maßgebenden Zeitpunkt abgestellt. Bis zum Kündigungstermin besteht das Mietverhältnis noch mit allen Rechten und Pflichten, und dazu gehört auch die Pflicht des Vermieters zur Rücksichtnahme auf die Belange des Mieters – konkret also zur Information des Mieters über einen Wegfall des Eigenbedarfs. Eine wirksame Kündi-

²⁹ BGH NJW-RR 2004, 12 = NZM 2004, 25 = ZMR 2003, 904 = MDR 2003, 1347 = Grundeigentum 2003, 1488 = BGHReport 2004, 84.

²⁹ BGH NJW-RR 2004, 12 = NZM 2004, 25 = ZMR 2003, 904 = MDR 2003, 1347 = Grundeigentum 2003, 1488 = BGHReport 2004, 84.

³⁰ BGH WuM 2007, 515 = NJW 2007, 2845.

³¹ BGH NJW 2005, 2395 = Grundeigentum 2005, 855 = NZM 2005, 580 = WuM 2005, 521 unter II 1 m.w.Nachw.

³² BGH NJW 2005, 2395 = Grundeigentum 2005, 855 = NZM 2005, 580 = WuM 2005, 521 unter II 3 b cc.

³³ BGHZ 165, 75 = WuM 2005, 782 = NJW 2006, 220 = NZM 2006, 50 = GE 2006, 115 = DWW 2006, 19 = ZMR 2006, 119 = BGHReport 2006, 143. In einem Urt. v. 27.6.2007 - VIII ZR 271/06, WuM 2007, 515 = NJW 2007, 2845 = Grundeigentum 2007, 1185 = NZM 2007, 679 = ZMR 2007, 772 hat der VIII. Senat die Grundsätze der Entscheidung vom 9.11.2005 noch einmal ausdrücklich bestätigt.

³⁴ Zum Meinungsstand s. BGHZ 165, 75 (w. Nachw. bei Fn. 33) unter II 1.

gung beendet jedoch das Mietverhältnis; damit erlischt das Recht des Mieters zum Besitz der Wohnung, was übrigens auch das Bundesverfassungsgericht in dem bereits erwähnten Grundsatzbeschluss vom 26. Mai 1993 ausdrücklich anerkannt hat.³⁵ Der Mieter verhält sich deshalb rechtswidrig, wenn er die Wohnung nicht fristgerecht räumt. Auf sein auf dem Mietvertrag beruhendes Recht zum Besitz der Wohnung kann er sich nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr berufen.³⁶

Hinzu kommt ein weiterer gewichtiger Gesichtspunkt: Die Berücksichtigung eines nach dem Wirksamwerden der Kündigung eingetretenen Wegfalls des Eigenbedarfs des Vermieters hätte zwangsläufig eine nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung der Rechte des Vermieters und eine un gerechtfertigte Besserstellung des vertragsuntreuen gegenüber dem vertragstreuen Mieter zur Folge. Dürfte der Mieter damit rechnen, dass nach dem Kündigungstermin eintretende Ereignisse zu seinen Gunsten zu berücksichtigen wären, so würde er geradezu dazu verleitet, die Räumung der Wohnung mit allen Mitteln zu verzögern. Der Vermieter müsste einen möglicherweise langwierigen Räumungsprozess auch in den Fällen führen, in denen die Rechtsverteidigung des Mieters keinerlei Aussicht auf Erfolg hat. Dadurch würde sich in ungerechtfertigter Weise die Chance des Mieters erhöhen, infolge einer anderweitigen, gerade durch die Verzögerung verursachten Disposition des Vermieters oder durch sonstige Ereignisse einen Wegfall des Eigenbedarfs zu erreichen. Zugleich würde das berechnete Interesse des Vermieters, auf die Rechtsfolgen einer wirksamen Kündigung vertrauen und seine Planungen danach ausrichten zu können, erheblich eingeschränkt; bei langwierigen Räumungsstreitigkeiten bliebe es oft dem Zufall überlassen, ob der Vermieter seine Wohnung zurückerhält oder ob nicht vorhersehbare nachträgliche Umstände sogar nach Jahren noch der Kündigung ihre rechtliche Grundlage entziehen könnten. Das ist mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit und eines effektiven Rechtsschutzes, den auch der Vermieter für sich in Anspruch nehmen kann, nicht zu vereinbaren.

Der vom *Senat* entschiedene Fall zeigt das alles sehr anschaulich: Hätte die Mieterin die Wohnung fristgerecht geräumt, wozu sie nach der wirksamen Kündigung verpflichtet war, dann hätte die Schwiegermutter des Beklagten die Wohnung noch beziehen können und noch etwa ein Jahr dort gelebt. Niemand wäre dann auf die Idee gekommen, nach dem Tod der Schwiegermutter des Vermieters irgendwelche Ansprüche geltend zu machen. Wenn der Mieter in einem solchen Fall des begründeten Eigenbedarfs die Herausgabe der Wohnung rechtswidrig verzögert, tut er das auf sein alleiniges Risiko, und er kann aus diesem Verhalten keinen irgendwie gearteten Vorteil ziehen.

Anzumerken bleibt, dass unser Urteil sogar der kritischen Prüfung des Bundesverfassungsgerichts standgehalten hat – bei der gegebenen Sachlage keine Selbstverständlichkeit.³⁷

dd) Abwägungsfragen (Härteklausele, § 574 BGB)

Einer Kündigung wegen Eigenbedarfs widersprechen die Mieter, wenn sie schon den Eigenbedarf nicht entkräften können, regelmäßig mit der Begründung, die Beendigung des Mietverhältnisses bedeute für sie eine unzumutbare Härte. Besonders schwierig sind die Fälle der Suizid-Drohung.³⁸ Dass aber auch die „einfacheren“ Fälle Probleme aufwerfen, zeigt folgender Sachverhalt, den der BGH im Oktober 2004 entschieden hat.³⁹

Die Vermieterin, eine alleinstehende Frau mittleren Alters, bewohnte eine 2-Zimmerwohnung im Untergeschoss ihres Hauses, die Mieter – ein damals 81 und 82 Jahre altes Ehepaar – bewohnten eine Wohnung im Erdgeschoss. Eine weitere Wohnung im 1. Stock stand leer. Die Vermieterin war an Krebs erkrankt und überdies stark sehbehindert; sie wollte deshalb für den Fall ihrer Pflegebedürftigkeit ihre in Köln lebenden Eltern zu sich nehmen. Mit dieser Begründung kündigte sie das Mietverhältnis für die Wohnung im EG; die Wohnung im 1. Stock war nach Meinung der Vermieterin wegen der schlechten Erreichbarkeit für ihre Eltern nicht zumutbar. Die Mieter widersprachen der Kündigung unter Hinweis auf ihr hohes Alter und den schlechten Gesundheitszustand der Ehefrau, die ebenfalls – wie die Vermieterin – schwer krebskrank war. Amtsgericht und Landgericht hatten die beiderseitigen persönlichen Belange der Parteien sowie die äußeren Umstände, insbesondere das Vorhandensein einer leerstehenden Wohnung, umfangreich und sorgfältig gegeneinander abgewogen und waren übereinstimmend zu dem Ergebnis gelangt, dass „in dieser schwierigen Konfliktsituation“ die Belange der Mieter dem Wunsch der Vermieterin nach Hilfe und Unterstützung durch ihre Eltern voringen. Die Vorinstanzen hatten deshalb eine unzumutbare Härte i.S.d. § 574 BGB bejaht und die Räumungsklage abgewiesen.

Dieses Ergebnis hat der *VIII. Senat* in vollem Umfang bestätigt. Der Fall zeigt exemplarisch, welche hohen Anforderungen Kündigungsstreitigkeiten bisweilen an den Richter insbesondere in den unteren Instanzen stellen; er zeigt aber ebenso, dass die zentrale Bestimmung des § 573 BGB i.V.m. der Härteklausele des § 574 BGB angemessene und ausgewogene Entscheidungen auch bei ausgesprochen schwierigen Sachverhalten zulässt.

6. Kündigung und Räumung bei Suizidgefahr

Zu den heikelsten Entscheidungen, die der Mietrichter zu treffen hat, gehören zweifellos die Fälle, in denen sich der Mieter mit der Drohung des Suizids gegen eine Kündigung oder Räumung zur Wehr setzt. Die Abwägung im Einzelfall ist schwierig, und ein einigermaßen zufrieden stellendes Ergebnis wird sich kaum jemals finden lassen.

In einem vom *VIII. Senat* im Dezember 2004⁴⁰ entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob der Vermieter einen

³⁸ S. dazu unten 6.

³⁹ BGH Grundeigentum 2005, 175 = WuM 2005, 136 = NZM 2005, 143 = ZMR 2005, 843.

⁴⁰ BGH ZMR 2005, 183 = Grundeigentum 2005, 296 = WuM 2005, 125.

³⁵ BVerfGE 89, 1, 6 ff (juris-Rn. 25).

³⁶ BGHZ 165, 75 (w. Nachw. bei Fn. 33) unter II 2 c cc.

³⁷ BGH NJW 2006, 2033 = Grundeigentum 2006, 902.

wichtigen Grund zur Kündigung hat, wenn ein Mieter bzw. eine Mieterin die Wohnungsnachbarn ständig, vor allem zur Nachtzeit, durch ruhestörenden Lärm belästigt. Normalerweise würde in einem solchen Fall an einer Kündigung kein Weg vorbei führen. Das Besondere war hier aber, dass die betreffende Mieterin psychisch schwer krank war. Der fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB widersetzte sie sich. Die nachfolgende Räumungsklage der Vermieterin blieb in allen drei Instanzen ohne Erfolg.

Entscheidend war letzten Endes die Abwägung der beiderseitigen Interessen im Rahmen der Frage der Zumutbarkeit nach § 543 Abs. 1 S. 2 BGB. Dabei fiel auf der Seite der Vermieterin ihr Grundrecht aus Art. 14 GG und ihre Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der anderen Mieter ins Gewicht. Auf der Seite der Mieterin ging es aber um ihr Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG); nach dem Gutachten eines psychiatrischen Sachverständigen war davon auszugehen, dass bereits der Erlass eines Räumungsurteils – und nicht erst die Räumung – bei der Mieterin zu schwersten psychischen Fehlreaktionen bis hin zum Suizid führen würde. Das alles hatten Amts- und Landgericht richtig gesehen und – auch unter Berücksichtigung der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – gewürdigt. Ihr Ergebnis, dass die persönlichen Belange der Mieterin die wirtschaftlichen und sonstigen Interessen der Vermieterin und der Wohnungsnachbarn überwogen, war deshalb nach Meinung des *Senats* nicht zu beanstanden.

Anzumerken bleibt zu diesem Fall, dass er die Grenzen gerichtlicher Entscheidungsmöglichkeiten deutlich aufgezeigt hat. Die an sich angemessene Lösung einer Unterbringung der kranken Frau in einem Nervenkrankenhaus kam nach dem Gutachten jedenfalls (noch) nicht in Betracht, und die eingesetzte Betreuerin war in der gegebenen Situation machtlos. Das Bundesverfassungsgericht, das als letzte Instanz mit diesem Fall befasst war, konnte eine Sachprüfung nicht mehr vornehmen, weil die Verfassungsbeschwerde, die die Vermieterin gegen unser Urteil eingelegt hatte, wegen Fristversäumung bereits unzulässig war.⁴¹

Ich bin mir allerdings nicht sicher, ob die Entscheidung des *Senats* genauso ausgefallen wäre, wenn er damals einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 2005⁴² gekannt hätte. Dort hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass in derartigen Fällen bei der Abwägung zwischen den beiderseitigen Belangen auch zu berücksichtigen ist, dass von einem Schuldner jedes zumutbare Bemühen um eine Verringerung des Gesundheitsrisikos verlangt werden kann, insbesondere also auch eine längere stationäre Krankenhausbehandlung. Die Würdigung aller Umstände kann, wie das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, in besonders gelagerten Einzelfällen dazu führen, dass die Vollstreckung für einen längeren Zeitraum und - in absoluten Ausnahmefällen - auf unbestimmte Zeit einzustellen ist. Das sind die Fälle, die den Rahmen des Mietrechts sprengen und den Richter bisweilen ziemlich ratlos zurücklassen.

⁴¹ Beschluss v. 6.12.2005 – 1 BvR 451/05.

⁴² NZM 2005, 657.

Übungsfall: Risiken der Selbstständigkeit

Von Rechtsanwalt Dr. Jochen Lux, Berlin

Der folgende Übungsfall richtet sich an Studierende fortgeschrittener Semester und behandelt schwerpunktmäßig Fragestellungen im Zusammenhang mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Sachverhalt

Aufgrund der prekären Lage am Arbeitsmarkt beschließen A, B und C, allesamt frisch examinierte Juristen, sich gemeinsam selbstständig zu machen. Nach eingehender Klärung der die gemeinsame Arbeit betreffenden Details richten sie zunächst unter dem Namen „A, B, C Rechtsanwälte“ ein gemeinsames Konto ein und mieten in zentraler Lage repräsentative Büroräume von V. Um sogleich professionelle Rechtsberatung leisten zu können, hält es A – zuständig für eine angemessene Ausstattung der Kanzleibibliothek – für erforderlich, die Gesamtausgabe des Staudinger zum BGB zu erwerben. Telefonisch nimmt er bei dem auf den Versandhandel spezialisierten Buchhändler H eine entsprechende Bestellung für die Sozietät vor. Nach erneuter scharfer Kalkulation der anfallenden Kosten werden sich A, B und C jedoch schnell einig, aus Kostengründen zunächst einmal nur mit einem Palandt ausgerüstet in das Berufsleben zu starten. Als H die Lieferung eine Woche später vorbeibringen will, verweigern A, B und C die Annahme. Ausdrücklich erklären sie hierbei den Widerruf der Bestellung. H besteht auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises.

Ebenfalls etwas unglücklich verläuft das erste, von B unter dem Briefkopf „A, B, C Rechtsanwälte“ angenommene Mandat. Obwohl der Mandant M und dessen nichteheliche Lebensgefährtin L sich eigentlich einig waren, dass aus ihrer Beziehung kein Kind hervorgehen und L empfangnisverhütende Medikamente einnehmen solle, habe L vorsätzlich ohne das Wissen und gegen den Willen des M „die Pille“ abgesetzt, um von ihm ein Kind zu bekommen und ihn so zur Heirat zu bewegen. Als M von der Schwangerschaft der L erfuhr, zerbrach das Verhältnis. M ist zur Zahlung des Regelunterhalts für das Kind K verpflichtet.

In Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH sieht B unter dem Gesichtspunkt einer Vertragsverletzung Erfolgsaussichten für ein Klagebegehren auf Erstattung des dem Kind zu zahlenden Regelunterhalts. Ein aus Gründen der Familienplanung unerwünschtes Kind stelle danach „einen Schaden“ dar. Ohne näher auf die Wirksamkeit des Vertrages über die empfangnisverhütenden Maßnahmen einzugehen, rät B dem M zur Klage gegen L. Diese hat allerdings keinen Erfolg. Zur Begründung wird maßgeblich ausgeführt:

„Eine unter Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft getroffene Abrede über den Gebrauch empfangnisverhütender Mittel berührt den engsten persönlichen Freiheitsbereich und ist einer rechtsgeschäftlichen Regelung nicht zugänglich. Hält sich einer der Partner nicht an eine solche Abrede, so kann daraus auch dann kein vertraglicher Schadensersatzanspruch hergeleitet werden, wenn er dies dem anderen nicht mitteilt.“

M, der davon ausging, ihm stehe „laut Rechtsprechung“ ein Anspruch zu, fühlt sich von B schlecht beraten und verlangt Ersatz der ihm entstandenen Prozesskosten. Da er den Eindruck hat, bei B sei nichts zu holen, wendet er sich diesbezüglich an C. Dieser wendet ein, er könne nicht in Anspruch genommen werden, überdies habe er sich überhaupt nicht mit dem Fall des M beschäftigt. Vielmehr wurde das Mandat ausschließlich von B bearbeitet. In Zusammenschlüssen von Freiberuflern, insbesondere also auch von Anwälten, hafte aber allein der bearbeitende Partner für Berufsfehler. Diesen allgemeinen Grundsatz habe der Gesetzgeber ausdrücklich in dem – gerade die besonderen Belange der Freiberufler regelnden – Partnerschaftsgesellschaftsgesetz normiert. Im Übrigen könne von B unter keinen Umständen verlangt werden, sämtliche juristischen Fachzeitschriften zu lesen. M beharrt gleichwohl auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Schließlich habe er bewusst die Vorteile einer Sozietät nutzen wollen und einer Haftungskonzentration auf B nie zugestimmt.

Die Auseinandersetzung mit M lässt den A ins Grübeln geraten. Die drohenden Risiken der Selbstständigkeit derart plastisch vor Augen geführt, entscheidet er sich kurzfristig, ein lukratives Jobangebot in der Rechtsabteilung eines Unternehmens anzunehmen. In gegenseitigem Einvernehmen mit B und C scheidet er aus der gemeinsamen Sozietät aus. Statt seiner wird der Junganwalt D neuer Partner von B und C. Ein halbes Jahr, nachdem B, C und D aus diesem Anlass ein Rundschreiben an ihre Mandanten und Gläubiger versendet hatten, stellt V fest, dass die Sozietät mit der Mietzahlung mittlerweile zwölf Monate im Rückstand ist. Er wendet sich diesbezüglich an A und D. A hält sich insoweit für nicht mehr verpflichtet, weil er nicht mehr Sozius sei. Zumindest für die Zeit nach seinem Ausscheiden könne von ihm allenfalls Zahlung der Miete für den Lauf der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten verlangt werden. Auch D hält seine Inanspruchnahme für abwegig, zumal er bei Abschluss des Mietvertrages nicht Mitglied der Sozietät gewesen sei, geschweige denn eine Anwaltszulassung besessen hätte.

Aufgeschreckt durch diese neuerliche Auseinandersetzung beschließen B, C und D, ihr Haftungsrisiko zu begrenzen. Künftig soll allein das Gesellschaftsvermögen haften. Zunächst erwägen sie, als „B, C, D Rechtsanwälte GbR mbH“ zu firmieren und dadurch die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Letztlich entscheiden sie sich aber doch für die Gründung einer Rechtsanwalts-GmbH. Ein entsprechender Gesellschaftsvertrag wird notariell beurkundet. B, C und D wollen dies als Anlass für einen Neuanfang nehmen und die Büroräume in hellen, freundlichen Farben erstrahlen lassen. Im Namen der „B, C, D Rechtsanwalts-gesellschaft mbH“ beauftragen sie den U mit einer umfassenden Renovierung der Büroräume. Veranlasst durch Stimmen aus der Mandantschaft, die Anwälte wollten sich aus der Verantwortung stehlen, kommen B, C und D in der Folgezeit jedoch Zweifel an der GmbH-Gründung. Ein An-

trag auf Eintragung im Handelsregister wird daher nicht mehr gestellt. U besteht auf Zahlung des Werklohns.

Vermerk für die Bearbeiter:

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

1. Wen kann H auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises in Anspruch nehmen?
2. a) Kann M den C auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens in Anspruch nehmen?
b) Hat M einen Anspruch auf Einsichtnahme in die Handakten des B?
3. Kann V Zahlung der ausstehenden Miete für zwölf Monate (sechs Monate vor A's Ausscheiden und sechs Monate danach) von A oder D verlangen?
4. Können B, C und D ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, indem sie als „B, C, D Rechtsanwälte GbR mbH“ firmieren?
5. Kann U B, C und D auf Zahlung des geschuldeten Werklohns in Anspruch nehmen?

Hinweis:

Auf die Bestimmung des § 51a Abs. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) wird hingewiesen:

„¹Die Mitglieder einer Sozietät haften aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner. ²Die persönliche Haftung auf Schadensersatz kann auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen beschränkt werden auf einzelne Mitglieder einer Sozietät, die das Mandat im Rahmen ihrer eigenen beruflichen Befugnisse bearbeiten und namentlich bezeichnet sind. [...]“

Lösungshinweise*

Frage 1: Anspruch des H aus § 433 Abs. 2 BGB

Vorliegend kommen Ansprüche des H gegen die Sozietät als solche sowie gegen die Sozien A, B und C in Betracht.

A. Anspruch gegen die Sozietät „A, B, C Rechtsanwälte“

Die Anwaltssozietät ist grundsätzlich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren.¹

I. Rechtsfähigkeit der Sozietät

Inwieweit die GbR Trägerin von Rechten und Verpflichtungen sein kann, war bis zum 29.1.2001 heftig umstritten. Im Kern standen sich zwei Lehren gegenüber.

1. Traditionelle Lehre

Die traditionelle Lehre, die auch als individualistische Gesamthandslehre bezeichnet wird, setzt die Gesellschaft bür-

gerlichen Rechts mit den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit gleich.² Der Gesellschaft an sich komme keine Rechtsfähigkeit zu.³ Zur Begründung wird maßgeblich der Wortlaut des Gesetzes angeführt. So könnten nach § 714 BGB im Zweifel die anderen Gesellschafter vertreten werden. Keine Rede sei aber von einer Vertretung der Gesellschaft. § 718 Abs. 1 BGB definiere das Gesellschaftsvermögen als gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, ordne dieses also nicht der Gesellschaft zu. Zudem wachse nach § 738 Abs. 1 BGB der Anteil am Gesellschaftsvermögen eines ausscheidenden Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern, nicht aber der Gesellschaft zu. Ferner bedürfe es nach § 736 ZPO zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils. Folgt man dieser Auffassung, bestünde mangels Rechtssubjektivität kein Anspruch gegen die Sozietät als solche.

2. Gruppenlehre

Demgegenüber fasst die sog. Gruppenlehre⁴ die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als kollektive Einheit gesamthänderisch verbundener Gesellschafter auf und gesteht dem „Kollektiv“ als Zurechnungsobjekt folgerichtig Rechtsfähigkeit zu, ohne dass damit die GbR zu einer juristischen Person werde.⁵ Die Gesamthand nehme damit eine Art Mittelstellung zwischen natürlicher und juristischer Person ein.⁶ Die Gruppenlehre hat sich im neueren Schrifttum weitgehend durchgesetzt.⁷

Dieser Lehre schloss sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29.1.2001⁸ an, nachdem er bereits zuvor wiederholt festgestellt hatte, dass die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Teilnehmerin am Rechtsverkehr grundsätzlich, d.h. soweit nicht spezielle rechtliche Gesichts-

² Vgl. Zöllner, in: Festschrift Gernhuber, 1993, S. 563 ff.; ders., in: Festschrift Claussen, 1997, S. 423 ff.; ders., in: Festschrift Kraft, 1998, S. 701 ff.; Hueck, in: Festschrift Zöllner, 1998, S. 275 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. BGHZ 79, 374 (377) = NJW 1981, 1213.

³ Stürmer, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 705 Rn. 1 a.E.; Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2000, C I 1 d; Berndt/Boin, NJW 1998, 2854 ff.; Larenz, Schuldrecht BT II, 12. Aufl. 1981, § 60 I.

⁴ Flume, ZHR 136 (1972), 177 ff.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Teil 1, 1977, S. 50 ff.; vgl. bereits O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Erster Band, 1895, S. 663 (682).

⁵ Elsing, BB 2003, 909 (910).

⁶ Ulmer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, § 705 Rn. 130; Schultzy/Weissinger, JA 2001, 886 (888).

⁷ Vgl. Ulmer (Fn. 6), § 705 Rn. 130 ff. m.w.N.; Ulmer, AcP 198 (1998), 113 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III; Wiedemann, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1994, 6 ff.; Huber, in: Festschrift Lutter, 2000, S. 107 (122 ff.); Hüffer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 47 ff.; Reiff, ZIP 1999, 517 (518); Mülbart, AcP 199 (1999), 39 (43 ff.); Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 211 ff.

⁸ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

* Die Klausur wurde im WS 2003/04 im Examenklausurenkurs an der Universität Bayreuth gestellt (erzielter Notendurchschnitt: 6,23 Punkte) und im Folgenden in Fallkolloquien zur Examensvorbereitung besprochen.

¹ BGH NJW 1996, 2859.

punkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen kann.⁹

Die Auffassung von der nach außen bestehenden Rechtssubjektivität der GbR bietet nach Ansicht des BGH ein praktikables und weitgehend widerspruchsfreies Modell für die vom Gesetz in den §§ 718-720 BGB gewollte rechtliche Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter, während die traditionelle Auffassung demgegenüber konzeptionelle Schwächen aufweise. Zur Begründung, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden soll,¹⁰ stellt der BGH in den Urteilsgründen maßgeblich darauf ab, dass allein die Gruppenlehre identitätswahrende Umwandlungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in andere Rechtsformen und aus anderen Rechtsformen befriedigend erklären könne. So lasse sich der identitätswahrende Formwechsel von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften – auch in Gesellschaften bürgerlichen Rechts, § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG – nach dem neuen Umwandlungsrecht (§§ 190 ff., 226 ff. UmwG) auf der Grundlage der Gruppenlehre ohne Weiteres, aus Sicht der traditionellen Auffassung aber – wenn überhaupt – nur mit Mühe erklären.¹¹ In ihrer Bedeutung weitaus gewichtiger erscheint jedoch die Möglichkeit eines gewissermaßen gleitenden Übergangs von der Rechtsform der GbR hin zur oHG und umgekehrt. Nach den Bestimmungen der §§ 1 Abs. 2, 105 Abs. 1 HGB wird eine gewerblich tätige Gesellschaft bürgerlichen Rechts von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen oHG, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Da der oHG jedenfalls Rechtssubjektivität nach § 124 Abs. 1 HGB zukommt, würden sich bei konsequenter Anwendung der traditionellen Auffassung die Eigentumsverhältnisse an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen mit der Umwandlung zur oHG ändern. Eine veränderte Zuordnung würde aber für die Praxis insbesondere deshalb schwierige Probleme bereiten, weil für den Übergang von der GbR zur oHG infolge des wertungsabhängigen Kriteriums des Erfordernisses eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs ein genauer Zeitpunkt der Umwandlung kaum ausgemacht werden kann.¹² Schließlich unterstütze auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber mittlerweile die Insolvenzfähigkeit der GbR anerkannt hat (§ 11 Abs. 2 Nr. 1

InsO), die Gesellschaft mithin als Träger der Insolvenzmasse ansieht, ebenfalls die Annahme der Rechtssubjektivität.¹³

Nach dieser Entscheidung dürfte in Zukunft kein Streit mehr darüber bestehen, dass die (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.

II. Vertragsschluss

Vorliegend hat H mit der Sozietät, vertreten durch den für die Ausstattung der Bibliothek verantwortlichen A, einen Kaufvertrag geschlossen.

III. Widerruf

Im Falle eines wirksamen Widerrufs wäre die Sozietät nicht mehr an den Kaufvertrag gebunden.

1. Widerrufserklärung, §§ 349, 355 BGB

Die nach §§ 349, 355 BGB erforderliche Widerrufserklärung gegenüber H wurde abgegeben.

2. Widerrufsrecht, §§ 312d Abs. 1 S. 1, 355 BGB

Der Sozietät könnte ein Widerrufsrecht nach den §§ 312d Abs. 1 S. 1, 355 BGB zustehen.

a) Sachlicher Anwendungsbereich des § 312d BGB

Der Begriff des Fernabsatzvertrages erfasst nicht nur Verträge des E-Commerce, sondern auch das traditionelle Distanzgeschäft, insbesondere den Versandhandel.¹⁴ Der Vertragsschluss erfolgte unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln. Da H auf den Versandhandel spezialisiert ist, ist auch das strukturelle Erfordernis eines auf den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems gegeben.

b) Persönlicher Anwendungsbereich des § 312d BGB

H ist Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. Problematisch ist, ob die Sozietät Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist. Nach dem Wortlaut des § 13 BGB werden nur natürliche Personen erfasst. Nach h.M. und Rechtsprechung kann aber auch die GbR – trotz Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit – Verbraucher sein. Denn an der Schutzwürdigkeit der natürlichen Personen ändert sich nichts, wenn sie auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen. So haften die Gesellschafter in aller Regel unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen und sind deshalb schutzwürdig. Dass der BGH als Folge der beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR eine lediglich akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter entsprechend §§ 128 ff. HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten anerkannt hat, ist insoweit ohne Bedeutung.¹⁵

⁹ BGHZ 116, 86 (88) = NJW 1992, 499 (Genossenschaft); BGHZ 136, 254 (257) = NJW 1997, 2754 (Scheckfähigkeit); vgl. auch BGHZ 78, 311 = NJW 1981, 682 (GmbH); BGHZ 118, 83 = NJW 1992, 2222 (AG); BGH NJW 1998, 376 (GbR); zusammenfassend der Vorlagebeschluss des BayObLG NZG 2001, 123 sowie daraufhin BGHZ 148, 291 (293 f.) = NJW 2001, 3121 (KG).

¹⁰ Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum zu diesem Urteil Ulmer, ZIP 2001, 585 ff.; Habersack, BB 2001, 477 ff.; K. Schmidt, NJW 2001, 993 ff.; Wiedemann, JZ 2001, 661 ff.; Hadding, ZGR 2001, 712 ff.; Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973 ff.; Scholz, NZG 2002, 153 ff.; Elsing, BB 2003, 909 ff.

¹¹ BGHZ 146, 341 (346) = NJW 2001, 1056.

¹² BGHZ 146, 341 (346) = NJW 2001, 1056.

¹³ BGHZ 146, 341 (346) = NJW 2001, 1056.

¹⁴ Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 312b Rn. 6.

¹⁵ BGHZ 149, 80 (83 ff.) = NJW 2002, 368 m.w.N.

Voraussetzung ist aber weiter, dass die GbR nicht zu gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zwecken gehandelt hat. Zwar diente der Kauf des Staudingers nicht gewerblichen Zwecken – Rechtsanwälte üben nach § 2 BRAO kein Gewerbe aus –, wohl aber der freiberuflichen Tätigkeit der Sozietät. Mithin ist die Sozietät „A, B, C Rechtsanwälte“ nicht als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB zu qualifizieren; ein Widerrufsrecht nach §§ 312d Abs. 1 S. 1, 355 BGB besteht nicht.

IV. Ergebnis

In Ermangelung eines Widerrufsrechts ist die Sozietät weiter an den Kauf des Staudinger gebunden, ein Anspruch des H auf Kaufpreiszahlung besteht.

B. Anspruch gegen die Sozien A, B und C

I. Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten

In Ermangelung eines gesicherten Haftungskapitals beruht die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Wesentlichen auf derjenigen ihrer Gesellschafter. Die Geschäftspartner vertrauen demgemäß darauf, auf das Privatvermögen der Gesellschafter zurückgreifen zu können.¹⁶ Eine solche persönliche Gesellschafterhaftung – zumindest in Bezug auf rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten – lässt sich nach traditioneller Lehre ohne Weiteres erklären. Denn danach kommt der GbR als solcher keine Rechtsfähigkeit zu. Träger von Rechten und Pflichten sind vielmehr die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.¹⁷ Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR sind jedoch allein der Gesellschaft sämtliche Rechte und Pflichten zuzuordnen. Der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten unterliegt folglich in erster Linie das – der Gesellschaft zuzuordnende – Gesellschaftsvermögen. Ein Rückgriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter bedarf mithin besonderer Begründung. *K. Schmidt* formuliert diesbezüglich treffend: „Konnte die Schuldenhaftung bei der GbR, solange die GbR nicht als Rechtsträgerin anerkannt worden war, von vornherein nur eine Gesellschafterhaftung sein, so brachte die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und damit auch echter Gesellschaftsschulden die im BGB nicht vorgedachte Frage mit sich, ob und wie sich die persönliche Gesellschafterhaftung begründen lasse“.¹⁸ Innerhalb der Gruppenlehre wurden diesbezüglich zwei unterschiedliche Ansätze verfolgt.

1. Doppelverpflichtungslehre

Soll Gesellschaftsgläubigern neben dem Zugriff auf das Gesamthandsvermögen auch derjenige auf das Privatvermögen einer oder aller Gesellschafter offen stehen, bedurfte es nach bisher überwiegender Meinung jeweils eines besonderen

Verpflichtungsgrundes.¹⁹ In Ablehnung einer akzessorischen Haftung sah sich diese Ansicht zu einem Kunstgriff gezwungen, nämlich einem „Gewimmel fiktiver Willenserklärungen“.²⁰ Danach sollten die Geschäftsführer im Zweifel beim Handeln namens der Gesellschaft nicht nur eine Haftung der Gesamthand, sondern daneben auch eine solche der Gesellschafter persönlich begründen (Theorie der Doppelverpflichtung).²¹ Auf diese Weise ließ sich zwar eine persönliche Gesellschafterhaftung für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten erklären. Schwierigkeiten bereitete jedoch die Frage einer Zurechnung von Leistungsstörungen. Gänzlich zu verneinen war schließlich im Regelfall eine persönliche Haftung der Gesellschafter für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten der Gesamthand. Diese kam nur dann in Betracht, wenn ein entsprechender gesetzlicher Verpflichtungsgrund nicht nur gegenüber der Gesamthand, sondern auch gegenüber den Gesellschaftern persönlich gegeben war.²²

2. Akzessorietätstheorie

Die Akzessorietätstheorie ging demgegenüber nach dem Vorbild des § 128 HGB von der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung im Verhältnis zur Gesamthandsschuld aus. Gestützt wird diese Ansicht entweder auf eine Analogie zu § 128 HGB²³ oder auf das Wesen der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand.²⁴ Die persönliche Haftung der Gesellschafter hängt damit nicht von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer ab. Vielmehr werden im Grundsatz sämtliche Verbindlichkeiten der Gesamthand erfasst. Für die Gesellschafterhaftung ist danach der jeweilige Bestand der Gesamthandsschuld maßgebend. Mit der Akzessorietätstheorie lässt sich damit nicht nur die Haftung für rechtsgeschäftlich begründete Ansprüche sowie für Ansprüche auf Schadensersatz bei Leistungsstörungen erklären, sondern auch die Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten, wenngleich viele vor einer so weitreichenden Akzessorietät zurückschreckten.²⁵

3. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der BGH ist bis Anfang 2001 in ständiger Rechtsprechung der Doppelverpflichtungslehre gefolgt. Die Geschäftsführer einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sollten danach beim Handeln namens der Gesellschaft nicht nur eine Haftung der Gesamthand (mit dem Gesellschaftsvermögen), sondern daneben auch eine Haftung der Gesellschafter persönlich (mit

¹⁹ Vgl. nur *Ulmer* (Fn. 6), § 718 Rn. 30 m.w.N.

²⁰ Vgl. nur *Wiedemann*, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1994, 18.

²¹ *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 1985, § 714 Rn. 10, 29; *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 26 jeweils m.w.N.

²² *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 53; *Hadding* (Fn. 21), § 714 Rn. 38.

²³ *K. Schmidt* (Fn. 7), § 60 III 2; *Wiedemann*, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1975, 42.

²⁴ *Flume* (Fn. 4), S. 325 ff.

²⁵ *Flume* (Fn. 4), S. 343 f.; *Altmeppen*, NJW 1996, 1017 (1026); *ders.*, NJW 2003, 1553 ff..

¹⁶ *Hasenkamp*, DB 2002, 2632.

¹⁷ *Stürner* (Fn. 3), § 705 Rn. 1 a.E.; *Kraft/Kreutz* (Fn. 3), C I 1 d; *Berndt/Boin*, NJW 1998, 2854 ff.; *Larenz* (Fn. 3), § 60 I.

¹⁸ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (994).

ihrem Privatvermögen) begründen.²⁶ Bereits mit seinem Urteil vom 27.9.1999 hat der BGH indes erkennbar gemacht, dass die Haftung der Gesellschafter – auch bei Vertragsschulden der Gesellschaft – eine gesetzliche ist.²⁷ Wenngleich der BGH die Frage der rechtlichen Einordnung der Gesellschafterhaftung noch offen gelassen hat, konnte bereits dieses Urteil als Abkehr von der Doppelverpflichtungslehre verstanden werden. Mit seinem Urteil vom 29.1.2001 hat der BGH sodann „in Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR“ ausdrücklich klargestellt, dass die Gesellschafter akzessorisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Danach ist der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld für die persönliche Haftung maßgebend. Ausdrücklich hat der BGH zudem hervorgehoben, dass das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung der Rechtslage in den Fällen der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß §§ 128 f. HGB bei der oHG entspricht.²⁸

II. Ergebnis

A, B und C haften danach analog § 128 HGB für die Kaufpreisverbindlichkeit der Sozietät.

Frage 2a: Anspruch des M gegen C auf Ersatz des entstandenen Schadens

§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB, § 128 HGB analog

I. Verbindlichkeit der Sozietät

Die Sozietät könnte dem M vorliegend wegen Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB schadensersatzpflichtig sein.

1. Bestand eines Schuldverhältnisses

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH, die der GbR zumindest beschränkte Rechtsfähigkeit zuerkennt, kommt der Anwaltsvertrag regelmäßig mit der Sozietät als solcher zustande – und nicht mit den einzelnen Mitgliedern derselben.²⁹ So will sich insbesondere der Mandant gerade die Vorteile zu Nutze machen, die ihm eine Sozietät bietet. Die Auslegung kann jedoch ergeben, dass nicht ein Gesamtmandat erteilt wird, sondern lediglich ein Einzelmandat an ein bestimmtes Mitglied der Sozietät.³⁰ Vorliegend ist ein Anwaltsvertrag zwischen M und der Sozietät als solcher zustande gekommen. Der Umstand, dass die Sozietät selbst nicht über die erforderliche Zulassung verfügt, steht ihrer Verpflichtung zu freiberuflichen Leistungen nicht entgegen.³¹ Lediglich die konkre-

ten Leistungen müssen durch einen zur Berufsausübung befähigten Angestellten oder Gesellschafter erbracht werden.³²

2. Pflichtverletzung

a) Pflichten aus dem Anwaltsvertrag

Zur Beratungspflicht des Anwalts hat der BGH in ständiger Rechtsprechung folgende Grundsätze entwickelt:³³ Der um eine Beratung ersuchte Anwalt hat den Mandanten umfassend und erschöpfend zu belehren. Er muss den ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin prüfen, ob er geeignet ist, den vom Mandanten gewünschten Erfolg herbeizuführen. Er hat dem Mandanten den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen, der zu dem angestrebten Ziel führen kann, und ihn über mögliche Risiken und deren Auswirkungen aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann.

Wird einem Rechtsanwalt konkret der Auftrag übertragen, angebliche Rechte seines Mandanten gegen einen Dritten zu verfolgen, so obliegt es ihm zu prüfen, ob dessen Begehren bei dem vorgetragenen Sachverhalt Erfolg haben kann. Ist eine Klage praktisch aussichtslos, so muss der Anwalt von der Klageerhebung abraten. Wünscht der Mandant dennoch die Klage, so muss der Anwalt das Prozessrisiko klar herausstellen. Bleibt der Mandant nach einer solchen eindringlichen Belehrung bei seinem Entschluss, die Klage durchzuführen, so kann der Anwalt dem ohne Verstoß gegen seine Mandatspflicht entsprechen. Auch dann, wenn das Begehren des Mandanten aufgrund einer gut vertretbaren Rechtsauffassung zwar Erfolg haben kann, die Rechtslage aber dennoch zweifelhaft ist, weil sich etwa eine gefestigte Rechtsprechung noch nicht gebildet hat, muss der Anwalt gegenüber seinem Mandanten Zweifel und Bedenken, zu denen die Rechtslage Anlass gibt, darlegen und erörtern und die weiteren Schritte von der nach dieser Belehrung zu treffenden Entscheidung des Mandanten abhängig machen.³⁴

b) Verletzung dieser Pflichten

Vorliegend erfolgte der von B ohne Aufklärung über ein besonderes Risiko gegebene Rat zur Durchführung des Prozesses nicht pflichtgemäß, weil die Rechtslage zu Zweifeln und Bedenken Anlass gegeben hat. Denn es bestand keine Aussicht für die Zuerkennung eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs aus der Verletzung einer Vereinbarung zwischen M und L, dass aus ihrer Lebensgemeinschaft ein Kind nicht hervorgehen und L deshalb empfängnisverhütende Mittel einnehmen solle. Selbst wenn angenommen werden könnte, L habe an der Vereinbarung in dem Bewusstsein mitgewirkt, eine verbindliche rechtsgeschäftliche Erklärung

²⁶ BGHZ 136, 254 (258 f.) = NJW 1997, 2754 m.w.N.

²⁷ BGHZ 142, 315 (318) = NJW 1999, 3483.

²⁸ BGHZ 146, 341 (358) = NJW 2001, 1056.

²⁹ Vgl. hierzu zuletzt nur *Lux*, NJW 2008, 2309 (2310) m.w.N.

³⁰ BGH NJW 2000, 1560 (1561); NJW 2000, 1333 jeweils m.w.N.; vgl. auch *Hartung*, MDR 2002, 1224 ff.

³¹ Für die Freiberufler-GmbH: BGHZ 124, 224 (226) = NJW 1994, 786; BayObLG NJW 1995, 199; für die PartGG: Michalski/Römermann, Kommentar zum PartGG, 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 15.

³² *Heermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 675 Rn. 35; *Lux*, DStR 2008, 1981 (1982).

³³ Zusammenfassend BGH NJW 1992, 1159 (1160); ferner BGH NJW-RR 1999, 19 f.; NJW 1999, 1391; NJW 1998, 900 (901); NJW 1997, 2168 (2169); NJW 1996, 2929 (2931); NJW 1996, 2648 (2649).

³⁴ BGH NJW 1986, 2043 (2044) m.w.N.; vgl. auch BGH NJW 1997, 2168 (2169).

abzugeben, wäre dieses Rechtsgeschäft nicht wirksam, weil der von ihm erfasste engste persönliche Freiheitsbereich einer vertraglichen Regelung entzogen ist.³⁵

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsprechung an den Standard der Rechtskenntnisse, der für die anwaltliche Tätigkeit zu fordern ist, einen relativ strengen Maßstab legt. Über die selbstverständlich notwendige Gesetzeskenntnis hinaus wird verlangt, dass der Anwalt sich über den Stand der neueren Rechtsprechung in den Fachzeitschriften unterrichtet und sich insbesondere an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert, dies vor allem dann, wenn sie als „gefestigt“ angesehen wird.³⁶

3. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Eine Entlastung der Sozietät kommt vorliegend nicht in Betracht. Denn B, dessen Verhalten der Gesellschaft analog § 31 bzw. nach § 278 BGB zuzurechnen ist,³⁷ hat die vorprozessuale Beratungspflicht schuldhaft verletzt, weil er die ihm als Rechtsanwalt im Rahmen des Mandatsvertrages obliegenden Sorgfaltspflichten außer Acht gelassen hat (§ 276 Abs. 2 BGB). Er hat allgemeine rechtswissenschaftliche Methoden bei der Prüfung der Erfolgsaussichten nicht beachtet und daher die rechtliche Zweifelhaftigkeit des eingeklagten Anspruchs nicht erkannt. Er hat den M nicht auf das erhebliche Risiko des Rechtsstreits hingewiesen und in ihm sogar die Vorstellung geweckt, der Anspruch stehe ihm „laut Rechtsprechung“ zu.

4. Schaden

Durch den pflichtwidrigen Rat des B zur Durchführung des Prozesses ist dem M ein Schaden in Gestalt der Belastung mit den Prozesskosten entstanden. Diesen Schaden muss ihm die Sozietät nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB ersetzen.

II. Anwendbarkeit des § 128 HGB auf Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen

Der *II. Zivilsenat* des BGH³⁸ hatte in jüngerer Zeit in einem Urteil in Anlehnung an die Bestimmung des § 8 Abs. 2 PartGG die Frage aufgeworfen, ob der Grundsatz der persönlichen Gesellschafterhaftung auch auf Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen Anwendung findet. Zwar zeige die Bestimmung des § 8 Abs. 1 PartGG, die eine § 128 ff. HGB entsprechende Haftung normiert, dass aus Sicht des Gesetzgebers keine Bedenken bestünden, die Angehörigen freier Berufe grundsätzlich einer Haftung zu unterwerfen, die derjenigen des Gesellschafters einer oHG gleicht. Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen nehmen dabei, wie

die Bestimmung des § 8 Abs. 2 PartGG zeigt, eine Sonderstellung ein. Danach haften, wenn nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst waren, nur diese neben der Partnerschaft für berufliche Fehler. Im konkreten Fall konnte der BGH die Frage, ob der Grundsatz der persönlichen Gesellschafterhaftung auch für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen gilt, unbeantwortet lassen, da dies für die zu treffende Entscheidung unerheblich war.

Die vom *II. Zivilsenat* des BGH angedachte Ausnahme von der persönlichen Gesellschafterhaftung für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen ist jedoch, wie jüngst auch der *IX. Zivilsenat* des BGH bestätigt hat,³⁹ nicht anzuerkennen.⁴⁰ Auch für diese Verbindlichkeiten greift die persönliche Gesellschafterhaftung analog §§ 128 ff. HGB. Es ist kein Grund ersichtlich, die Mitglieder freiberuflicher Sozietäten gegenüber anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu privilegieren. Einer generellen Haftungsprivilegierung von Sozien stehen insbesondere die speziellen Bestimmungen der § 8 Abs. 2 PartGG, § 51a BRAO entgegen. Diesen Regelungen ist die Wertung zu entnehmen, dass, wer in den Genuss einer Haftungsprivilegierung kommen möchte, eine Partnerschaftsgesellschaft gründen muss (§ 8 Abs. 2 PartGG) oder eine Haftungsbeschränkung mit seinem Auftraggeber vertraglich vereinbaren muss (§ 51a BRAO).

III. Ergebnis

C muss für die Schadensersatzverbindlichkeit der Sozietät analog § 128 HGB einstehen.

Frage 2b: Anspruch auf Einsichtnahme in die Handakten des B, §§ 666, 675, 611 BGB

Ein Anspruch auf Einsicht in die Handakten des B könnte aus §§ 666, 675, 611 BGB folgen.

I. Einordnung des Anwaltsvertrags als Geschäftsbesorgungsvertrag

Die entgeltliche Geschäftsbesorgung ist nach h.M. dadurch gekennzeichnet, dass sich der Geschäftsbesorger gegenüber dem Geschäftsherrn dazu verpflichtet, eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auszuführen.⁴¹ Nur bei einer selbstständigen Wahrnehmung fremder Interessen innerhalb einer fremden Vermögenssphäre, also vornehmlich bei Angelegenheiten, die wahrzunehmen grundsätzlich Sache des Vermögensinhabers ist, wird im Gegensatz zu gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen die Anwendung der genannten Auftrags-

³⁵ BGH NJW 1986, 2043 (2044 f.).

³⁶ Eingehend dazu BGH NJW 1993, 3323 (3324) m.w.N.; vgl. auch BGH NJW 2004, 3487; NJW-RR 2002, 1212 (1213); NJW 2001, 675 (678).

³⁷ Zum Verhältnis zwischen der Haftung für Organverschulden und § 278 BGB bei Verletzung vertraglicher Pflichten s. K. Schmidt (Fn. 7), § 10 IV 3 (S. 276 ff.) m.w.N.

³⁸ BGH NJW 2003, 1803.

³⁹ BGH NJW 2007, 2490 (2492 f.).

⁴⁰ Ausführlich zu dieser Frage Lux, NJW 2003, 2806; vgl. auch Ulmer, ZIP 2003, 1113 (1119).

⁴¹ BGHZ 45, 223 (228 f.); BGH DB 1959, 168; BGH NJW 1989, 1216 (1217); BGH NJW-RR 1992, 560; Martinek, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 675 Rn. A 9; Häuser/Welter, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2000, § 675 Rn. 2; Sprau (Fn. 14), § 675 Rn. 2.

vorschriften gerechtfertigt sein.⁴² Gleichsam das Paradigma eines solchen Geschäftsbesorgungsvertrages ist der Anwaltsvertrag.

II. Rechenschaftspflicht des § 666 BGB

Auf den Anwaltsdienstvertrag findet nach § 675 Abs. 1 BGB auch die Bestimmung des § 666 BGB Anwendung. Danach ist der Rechtsanwalt verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Der Begriff „Rechenschaft“ umfasst dabei allgemein die Pflicht des Beauftragten, in verkehrüblicher Weise die wesentlichen Einzelheiten seines Handelns zur Auftragsausführung darzulegen und dem Auftraggeber die notwendige Übersicht über das besorgte Geschäft zu verschaffen. Dabei sind dem Auftraggeber auch Belege, soweit üblich und vorhanden, vorzulegen; diese Vorlagepflicht des Rechtsanwalts ist die Grundlage für den Anspruch des Auftraggebers auf Einsicht in die Handakten.^{43, 44}

III. Ergebnis

M hat nach §§ 666, 675, 611 BGB einen Anspruch auf Einsicht in die Handakten des B.

Frage 3: Anspruch des V aus § 535 BGB, § 128 HGB analog

Analog § 128 HGB haben die Sozien für die Mietverbindlichkeiten der Sozietät gegenüber V einzustehen. Angesichts des Ausscheidens des A aus der Sozietät und des Eintritts des D ist allerdings fraglich, ob auch diese beiden haften.

A. Anspruch des V gegen A

I. Miete für die sechs Monate bis zum Ausscheiden des A

Hinsichtlich der Miete für die sechs Monate bis zum Ausscheiden des A war dieser jeweils zum Zeitpunkt der Entstehung der einzelnen Schuldverhältnisse Sozios und haftet folglich für diese Verbindlichkeiten analog § 128 HGB. Ist die Haftung eines Gesellschafters analog § 128 HGB erst einmal begründet, haftet er auch nach seinem Ausscheiden aus einer GbR für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich fort. § 736 Abs. 2 BGB setzt diese Nachhaftung unverkennbar voraus, indem er die für Personenhandelsgesellschaften geltenden Regelungen über die Begrenzung der Nachhaftung, also § 160 HGB, für sinngemäß anwendbar erklärt.

II. Miete für die sechs Monate nach dem Ausscheiden des A

Altschulden sind dabei nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich auch Verpflichtungen, deren Rechtsgrund noch vor dem Ausscheiden gelegt ist, auch wenn weitere Voraussetzungen erst später erfüllt werden.⁴⁵ So ist bei Dauerschuldverhältnissen die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits in dem Vertrag selbst angelegt mit der Folge, dass diese Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluss als entstanden anzusehen sind, auch wenn einzelne Verpflichtungen erst später fällig werden.⁴⁶

Damit aber ein ausgeschiedener Gesellschafter nicht zeitlich unbegrenzt mit einer Haftung für Verbindlichkeiten belastet wird, obwohl er wegen seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch von den Gegenleistungen und sonstigen Erträgen profitieren kann, hat die Rechtsprechung korrigierend eingegriffen und die Nachhaftung des ausscheidenden Gesellschafters auf der Grundlage der so genannten Kündigungstheorie begrenzt. Danach bestand bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen eine Nachhaftung nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger der Gesellschafter frühestens kündigen konnte. Dies setzte allerdings dessen Kenntnis vom Ausscheiden voraus.⁴⁷ V wurde vorliegend durch das Rundschreiben über das Ausscheiden des A informiert. Mit Blick auf die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist hätte A auf Grundlage der Kündigungstheorie also noch für drei Monatsmieten nach seinem Ausscheiden einzustehen.

Nach Inkrafttreten des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes besteht für ein solches Korrektiv jedoch keine Veranlassung mehr. Denn der Gesetzgeber hat mit § 160 HGB eine umfassende Regelung des Problems der Nachhaftungsbegrenzung vorgenommen. Er hat dabei die Rechtsprechung zu dem alten Recht gesehen sowie berücksichtigt und wollte dabei auch die Dauerschuldverhältnisse einbezogen wissen.⁴⁸ Damit hat der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit für alle Verbindlichkeiten einheitlich den Weg einer klar festgelegten Ausschlussfrist gewählt. Mit diesem Weg hat er nach Ansicht des BGH zugleich die Interessen der Beteiligten in einer Weise berücksichtigt und ausgeglichen, die zwar fraglos gewisse Härten mit sich bringt, aber letztlich für keinen der jeweils Beteiligten als unzumutbar anzusehen ist. Der BGH hält daher an der so genannten Kündigungstheorie nicht mehr fest.⁴⁹ Da die in § 160 HGB vorgesehene Ausschlussfrist von fünf Jahren noch nicht abgelaufen ist, hat A noch für die sechs Monatsmieten einzustehen.

⁴² Zum Streitstand vgl. *Heermann* (Fn. 32), § 675 Rn. 2 ff.; *Lux*, *GesR* 2004, 6 f.

⁴³ BGH *NJW* 1990, 510 (511).

⁴⁴ Die Bestimmung des § 50 Abs. 3 BRAO, auf die hier nicht näher einzugehen war, schränkt die Herausgabepflicht dagegen ein, setzt eine solche ersichtlich voraus.

⁴⁵ BGHZ 55, 267 (269 f.) = *NJW* 1971, 1268; BGHZ 142, 324 (329) = *NJW* 2000, 208; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, *Kommentar zum HGB*, 33. Aufl. 2008, § 128 Rn. 29.

⁴⁶ BGHZ 142, 324 (329) = *NJW* 2000, 208; vgl. auch BGH *NJW* 2002, 2170 (2171).

⁴⁷ BGHZ 142, 324 (330) = *NJW* 2000, 208.

⁴⁸ *BT-Drs.* 12/1868, S. 8.

⁴⁹ BGHZ 142, 324 (330 f.) = *NJW* 2000, 208; vgl. auch BGH *NJW* 2002, 2170 (2171).

III. Ergebnis

A kann für sämtliche Mietrückstände in Anspruch genommen werden (§ 535 BGB, § 128 HGB analog, § 736 Abs. 2 BGB, § 160 HGB).

B. Anspruch des V gegen D

I. Miete für die sechs Monate nach Eintritt des D

In Bezug auf die sechs Monatsmieten ab Eintritt des D in die Sozietät ist seine Haftung unproblematisch analog § 128 HGB zu begründen.

II. Miete für die sechs Monate vor Eintritt des D

Im Gegensatz zur Haftung ausscheidender Gesellschafter enthalten die §§ 705 ff. BGB keine Regelung in Bezug auf die Haftung neu eintretender Gesellschafter für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft. Auf der Grundlage der früher von der Rechtsprechung vertretenen Doppelverpflichtungslehre hatte sich der BGH zu der Frage der persönlichen Haftung des neu eingetretenen Gesellschafters einer GbR zunächst ablehnend geäußert.⁵⁰ Mangels rechtsgeschäftlicher Verpflichtung kam eine persönliche Inanspruchnahme des neuen Gesellschafters nicht in Betracht. Eine Analogie zu §§ 128 ff. HGB wurde dabei wegen der unterschiedslosen Strenge der handelsrechtlichen Haftungsbestimmungen ausdrücklich abgelehnt. Der Altgläubiger verdiene regelmäßig nicht den Schutz der Mithaftung des neu eingetretenen Gesellschafters, weil er nur auf die Leistungsfähigkeit der bisherigen Gesellschafter vertrauen dürfe.⁵¹

Bedingt durch die Wende in der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁵² zur GbR schien die Frage der Haftung des neuen Gesellschafters für Altverbindlichkeiten gleichwohl zumindest seit dem 29.1.2001 wieder offen. Denn der BGH hatte in Abkehr von seiner früheren Linie ausdrücklich festgestellt, dass das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der Haftung des Gesellschafters demjenigen bei der oHG entspricht (Akzessorietät). Ob insofern allerdings auch § 130 HGB analoge Anwendung findet, hatte der BGH nicht entschieden. Denn allein in Bezug genommen wurden §§ 128 f. HGB. Von der Verwendung eines „ff.“ hatte der BGH jedoch abgesehen.⁵³ In Schrifttum⁵⁴ und in-

stanzgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁵ wurden in der Folgezeit diesbezüglich unterschiedliche Ansichten vertreten.⁵⁶ Nach einer sich auf den Willen des historischen Gesetzgebers berufenden Ansicht soll § 130 HGB vornehmlich den Gesellschaftern untereinander die Abrechnung der Gesellschaftsschulden erleichtern. Die Gesellschaft könne nicht bei jedem Eintritt eine Abrechnung vornehmen, um zu ermitteln, für welche Schulden der neue Gesellschafter zu haften habe.⁵⁷ Nach überwiegender Ansicht liegt der Zweck des § 130 HGB dagegen in der Sicherung der Gläubiger.⁵⁸ Im Vertrauen auf die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft unterscheiden diese regelmäßig nicht zwischen Alt- und Neugesellschaftern. Es ist ihnen daher weder möglich noch zumutbar, bei Begründung sowie bei Fälligkeit ihrer Forderung den aktuellen Gesellschafterbestand zu ermitteln. Dem Rechtsverkehr soll mithin ein gleichmäßiger Zugriff auf alle Gesellschafter eröffnet werden, ohne bei Inanspruchnahme eines Mitglieds dem Einwand ausgesetzt zu sein, dieser sei zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht Gesellschafter gewesen. § 130 HGB sichert mithin neben dem in §§ 128, 129 HGB statuierten inhaltlichen Gleichlauf den zeitlichen Gleichlauf von Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung.⁵⁹

Mit seinem Urteil vom 7.4.2003⁶⁰ hat sich der BGH dem überwiegenden Schrifttum angeschlossen und entschieden, dass der in eine GbR eintretende Gesellschafter entsprechend der Regelung des § 130 HGB für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen hat. Eine solche Haftung entspreche dem Wesen der Personengesellschaft sowie – damit innerlich zusammenhängend – einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung. Mit der Annahme einer Mithaftung des neu eingetretenen Gesellschafters für Altverbindlichkeiten ergänzt der BGH „in rechtspraktisch und methodisch folgerichtiger Weise die Rechtsprechung [...], wonach bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft derjenigen bei der oHG entspricht“.⁶¹ Damit trägt der BGH dem Umstand Rechnung, dass sich der Übergang von einer gewerblich tätigen GbR zu einer oHG und umgekehrt nach den Bestimmungen der §§ 1 Abs. 2, 105 Abs. 1 HGB gewissermaßen fließend gestaltet. Dies gebietet eine Gleichbehandlung von GbR und oHG. Eine unterschiedliche Haftungsver-

⁵⁰ BGHZ 74, 240 (241 ff.) = NJW 1979, 1821; vgl. auch BGH MDR 1988, 575; NJW 1992, 1501; BAG NJW 1988, 222 (223).

⁵¹ BGHZ 74, 240 (242 f.) = NJW 1979, 1821.

⁵² Vgl. BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

⁵³ Vgl. BGHZ 146, 341 (358) = NJW 2001, 1056.

⁵⁴ Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum die Darstellungen von K. Schmidt, NJW 2001, 993 (999); Habersack, BB 2001, 477 (482); Ulmer, ZIP 2001, 585 (598); Wiedemann, JZ 2001, 661 (664); Hadding, ZGR 2001, 712 (740); Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973 (978); Scholz, NZG 2002, 153 (162 f.); Lange, NZG 2002, 401 ff.; ders., NJW 2002, 2002 f.; Baumann/Rößler, NZG 2002, 793 ff.; Bruns, ZIP 2002, 1602 ff.; Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2634 ff.); Elsing, BB 2003, 909 (915).

⁵⁵ OLG München, NZG 2000, 477 (478); OLG Hamm, NZG 2002, 282; OLG Düsseldorf, NZG 2002, 284.

⁵⁶ Vgl. ausführlich Lange, NZG 2002, 401 (405); Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2635).

⁵⁷ Wertenbruch (Fn. 7), S. 55 f.; Baumann/Rößler, NZG 2002, 793 (795).

⁵⁸ Hopt (Fn. 45), § 130 Rn. 1; Emmerich, in: Heymann, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 1996, § 130 Rn. 1; K. Schmidt, in: Schlegelberger, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 1992, § 130 Rn. 1, 14 f.; Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2635); Ulmer, ZIP 2001, 585 (598).

⁵⁹ Hasenkamp, DB 2002, 2632 (2635).

⁶⁰ BGH NJW 2003, 1803.

⁶¹ BGH NJW 2003, 1803 (1805).

fassung würde, wie der BGH zu Recht hervorhebt, zu erheblicher Unsicherheit führen.⁶²

D kann danach analog §§ 130, 128 HGB auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden.

III. Ergebnis

D ist dem V zur Zahlung sämtlicher Mietrückstände verpflichtet (§ 535 BGB, §§ 128, 130 HGB analog).

Frage 4: Haftungsbeschränkung durch Firmierung als „GbR mbH“

Eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist grundsätzlich möglich. Fraglich ist allerdings, wie diese Beschränkung zu erfolgen hat.

I. Akzessorietätstheorie

Nach der Akzessorietätstheorie ist eine Haftungsbeschränkung nur durch eine Einzelvereinbarung möglich. Denn § 128 HGB bietet gerade keine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch Beifügung eines Namenszusatzes.

II. Doppelverpflichtungslehre

Nach der Doppelverpflichtungslehre verpflichtet ein Gesellschafter kraft der ihm zustehenden Vertretungsmacht grundsätzlich auch seine Mitgesellschafter. Ist die Vertretungsmacht gesellschaftsvertraglich darauf beschränkt, nur die Gesellschaft mit ihrem gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögen, nicht aber die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen zu verpflichten, muss dies auf jeden Fall nach außen erkennbar werden, weil der Rechtsverkehr auf die unbegrenzte Mithaftung als Regelfall vertraut; gegebenenfalls greifen die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht ein.⁶³ Streitig war daher, wie eine Haftungsbeschränkung vereinbart werden muss, um wirksam zu sein.

Nach überkommener Auffassung war eine Haftungsbeschränkung auch durch Beifügung eines die Haftungsbeschränkung andeutenden Namenszusatzes möglich. Denn für den Vertragspartner sei die insoweit fehlende Vertretungsmacht des Handelnden erkennbar, so dass auch der Rechtschein einer persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter nicht entstehe.⁶⁴

In seiner Entscheidung vom 27.9.1999 hat der BGH⁶⁵ sich von dieser Ansicht distanziert und entschieden, dass eine wirksame Beschränkung der Haftung der Gesellschafter einer GbR nicht durch einen entsprechenden Namenszusatz oder einen anderen Hinweis erreicht werden kann, der den Willen verdeutlicht, nur beschränkt zu haften. Dies sei nur im Wege

einer mit dem Vertragspartner individualvertraglich getroffenen Vereinbarung möglich. Zur Begründung wird maßgeblich darauf abgestellt, dass eine Haftungsbeschränkung durch einseitigen Akt der Gesellschaft entgegen dem System des geltenden Rechts im Ergebnis wie die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform wirken würde, bei der Gläubigern nur das – ungesicherte – Gesellschaftsvermögen haftet. So bestünde die Gefahr der Umgehung der besonderen Vorschriften bei Gesellschaften mit auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung (GmbH, AG), wie z. B. Gründungs- und Mindestkapitalvorschriften (z. B. § 5 Abs. 1 GmbHG), Kapitalerhaltungsregeln (vgl. §§ 30 ff. GmbHG) und Publizitätspflichten, die als Preis für die Haftungsbeschränkung gesehen werden. Daher bestehe auch kein praktisches Bedürfnis für eine Gesellschaftsform der „GbR mbH“. Denn das Gesetz lasse die Wahl einer anerkannten Gesellschaftsform mit Haftungsbeschränkung zu, zuletzt sogar für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Personengesellschaften als KG (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2) sowie für die freien Berufe (§ 8 Abs. 2, 3 PartGG).

IV. Ergebnis

Eine Haftungsbeschränkung durch die bloße Firmierung als „GbR mbH“ ist nicht möglich.

Frage 5: Anspruch des U gegen B, C und D aus § 631 BGB

A. Haftung analog § 128 HGB

I. Anwendbarkeit des § 128 HGB analog

Die persönliche Haftung der Sozien könnte vorliegend ausgeschlossen sein, weil der Vertrag mit U im Namen der „B, C, D Rechtsanwaltsgesellschaft mbH“ abgeschlossen wurde, und zwar nach der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, mithin im Stadium der so genannten Vor-GmbH. Nach der Rechtsprechung des BGH⁶⁶ haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH im Regelfall für Verluste der Gesellschaft nur anteilig entsprechend ihrem Geschäftsanteil, also nicht gesamtschuldnerisch. Diese als Innenhaftung ausgestaltete einheitliche Gründerhaftung ist entweder eine Verlustdeckungshaftung gegenüber der Vor-GmbH oder eine Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung) gegenüber der eingetragenen GmbH. In beiden Fällen müssen die Gläubiger einen Titel gegen die Gesellschaft erwirken und aus diesem Titel die gegen die Gründergesellschaft gerichteten anteiligen Einzelansprüche der (Vor-)GmbH pfänden.

Offen gelassen hatte der BGH bisher allerdings, ob die Gesellschafter einer Vor-GmbH unmittelbar nach den Grundsätzen der Haftung in der GbR bzw. oHG in Anspruch genommen werden können, wenn sie ihre Eintragungsabsicht nachträglich aufgeben. Diese Frage hat der BGH nun bejaht.⁶⁷ Die Sachlage ist den Fällen gleichzustellen, in denen die handelnden Personen von Anfang an nicht die Absicht gehabt haben, die GmbH eintragen zu lassen (sog. unechte Vor-GmbH). Für diese Fälle ist in der Rechtsprechung seit

⁶² BGH NJW 2003, 1803, (1805).

⁶³ Vgl. nur *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 36 f.

⁶⁴ BGHZ 61, 59 (67); 113, 216 (219) = NJW 1991, 922; BGH NJW-RR 1990, 701 (702); NJW-RR 1990, 867; *Ulmer* (Fn. 6), § 714 Rn. 39; a.A. *Heermann*, BB 1994, 2421 (2424 f).

⁶⁵ BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; bestätigt von BGH NJW-RR 2005, 400 (401).

⁶⁶ BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

⁶⁷ BGHZ 152, 290 = NJW 2003, 429.

langem anerkannt, dass eine persönliche Haftung der Gesellschafter wie in der GbR oder der oHG besteht.⁶⁸ Nach aufgegebenener Eintragungsabsicht ist nämlich der einzige Grund dafür entfallen, den Gläubigern der Vorgesellschaft zu versagen, die Gründer persönlich in Anspruch zu nehmen, der darin liegt, dass die Kapitalgesellschaft notwendig ein Vorstadium durchlaufen muss und deren Gläubiger erwarten dürfen, sich wegen ihrer Ansprüche an eine alsbald entstehende GmbH mit einem gesetzlich kontrollierten und garantierten, notfalls auf dem Wege der Unterbilanzhaftung aufzufüllenden Haftungsfonds halten zu können.⁶⁹ Entfällt diese Voraussetzung, müssen die Gründer die Geschäftstätigkeit sofort einstellen und die Vorgesellschaft abwickeln, wenn sie es vermeiden wollen, nicht nur wegen der neuen, sondern auch wegen der bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Vor-GmbH persönlich und gesamtschuldnerisch zu haften.⁷⁰

II. Ergebnis

Für die Werklohnverbindlichkeit der Sozietät haften die Sozisten analog § 128 HGB.

B. Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG

In Betracht kommt zudem die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG.⁷¹ Allerdings setzt diese Bestimmung gerade ein Handeln im Stadium der Vor-GmbH voraus. Mit Aufgabe der Eintragungsabsicht besteht aber keine Vor-GmbH mehr, so dass eine Haftung des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG nicht mehr begründet werden kann.⁷²

⁶⁸ BGHZ 22, 240 = NJW 1957, 218; BGHZ 51, 30 (32) = NJW 1969, 509; *Ulmer*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, Kommentar zum GmbHG, 2005, § 11 Rn. 26; *Lutter/Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 11 Rn. 19; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 11 Rn. 32.

⁶⁹ BGHZ 80, 129 (142) = NJW 1981, 1373.

⁷⁰ BGHZ 152, 290 (294 f.) = NJW 2003, 429.

⁷¹ Auch für die unechte Vorgesellschaft erwogen von *Hueck/Fastrich* (Fn. 68), § 11 Rn. 33.

⁷² *Michalski*, in: *Michalski*, Kommentar zum GmbHG, 2002, § 11 Rn. 81.

Übungsfall: Der Atomkonsens

Von Akad. Rätin Dr. **Sophie-Charlotte Lenski**, München*

Sachverhalt

Im Kernkraftwerk K im Bundesland L kommt es Anfang des Jahres zu einem Störfall, bei dem an zwei Stellen Druckleitungen des Kühlsystems platzen. Das Kraftwerk wird sofort abgeschaltet. Hinzugezogene Fachleute halten es für ausreichend, die beiden defekten Rohrteile zu ersetzen. Nachdem die Reparatur ausgeführt worden ist, hat die zuständige Ministerin des Landes L zunächst Bedenken, die Wiederaufnahme des Betriebes zuzulassen. Sie fordert eine Stellungnahme ihres Ministerialdirigenten D an, des Leiters der Abteilung Reaktorsicherheit. Als dieser die Wiedereinbetriebnahme des Kraftwerks befürwortet, bereitet die Landesministerin eine entsprechende Entscheidung vor.

Der Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hält diese Maßnahme vor dem Hintergrund eigener Untersuchungen seines Ministeriums für voreilig, zumal die Bundesregierung soeben den „Einstieg in den Ausstieg“ beschlossen hat. Er fordert die Landesministerin auf, die Gestattung der Wiederaufnahme des Kraftwerkbetriebes nicht zu erteilen, was diese unter Hinweis auf die Grundrechte des Kraftwerksbetreibers jedoch ablehnt. Ein Gespräch zwischen beiden Ministern, bei dem der Bundesminister sein Weisungsrecht betont, führt zu keinem Einvernehmen darüber, ob Grundrechte und das Atomgesetz einer Stilllegung entgegenstehen. Im Mai weist der Bundesminister die Landesministerin daher an,

- die Gestattung der Wiederaufnahme des Kraftwerkbetriebes des Kraftwerks K erst nach bundesaufsichtlicher Zustimmung zu erteilen sowie
- den Ministerialdirigenten D abzulösen und ihm einen Dienstposten außerhalb der Abteilung Reaktorsicherheit zuzuweisen.

Zeitgleich treibt die Bundesregierung ihre Bemühungen um einen Atomausstieg voran. Im Juni paraphieren Vertreter von vier Energieversorgungsunternehmen (zu denen auch der Betreiber des Kernkraftwerks K gehört) und der Bundesregierung eine Vereinbarung zur schrittweisen Stilllegung der deutschen Atomkraftwerke. Der Text der Vereinbarung wird den Umweltministerien der Länder durch das BMU „zur Kenntnis“ übersandt. Der Bund beteiligt das Land L jedoch weder an den vorausgehenden Gesprächen noch am Abschluss der Vereinbarung. In der Vereinbarung wird als Anlage 2 unter der Überschrift „Sicherheitsstandards/Staatliche Aufsicht“ betreffend das Kernkraftwerk K Folgendes ausgeführt:

„Das BMU wird gegenüber der zuständigen Genehmigungsbehörde des Landes Maßnahmen zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren festlegen; dazu gehören eine Strukturierung der Verfahren und eine Definition der Bewertungsmaßstäbe. Unter der Voraussetzung einer (näher bestimmten) Erklärung des Betreibers wird

binnen drei Monaten über ein Nachrüstungsprogramm entschieden, das sowohl den sicheren Betrieb gewährleistet als auch in angemessenem Verhältnis zur Restnutzung steht. Die nachträglichen Auflagen werden in diesem Fall angepasst.“

Die Landesregierung ist von diesem Vorgehen empört. Bereits die Weisung hält sie für rechtswidrig. Die Nichterteilung der Genehmigung verstoße gegen das Atomgesetz und die Grundrechte des Betreibers. Darin liege auch ein Verstoß gegen die Rechte des Landes L aus Art. 85 Abs. 3 GG. Schließlich verletze auch die einschlägige Passage im Atomkonsens das Land L in seinen Rechten. Art. 85 Abs. 3 GG sei keine Regelung, die dem Bund die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben im Außenverhältnis Dritten gegenüber erlaube. Auch insofern liege ein Verstoß gegen das Grundgesetz vor.

Das Land L wendet sich daher im August mit einem Antrag an das Bundesverfassungsgericht gegen die Weisung sowie die das Kernkraftwerk K betreffenden Passagen des Atomkonsenses.

Bearbeitervermerk: Hat der Antrag Erfolg?

Lösungsvorschlag

Mit dem Antrag des Landes werden sowohl die Weisung des Bundesumweltministers als auch die K betreffenden Passagen des Atomkonsenses beanstandet. Es handelt sich damit um zwei getrennte Streitgegenstände und damit auch um zwei verschiedene Anträge, die getrennt voneinander zu prüfen sind.

Die Anträge haben Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind.

Erster Teil: Weisung des BMU

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für einen hier vorliegenden Bund-Länder-Streit ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG.

II. Beteiligtenfähigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, § 68 BVerfGG

Antragsteller und Antragsgegner im Bund-Länder-Streit können nur für den Bund die Bundesregierung und für ein Land die Landesregierung sein. § 68 BVerfGG ist eine abschließende Regelung. Die Landesregierung des Bundeslandes L ist deshalb als Antragstellerin, die Bundesregierung als Antragsgegnerin beteiligtenfähig. Die Regierungen treten in Prozessstandschaft für den Bund bzw. das Land auf.

III. Antragsgegenstand, §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG

Antragsgegenstand im Rahmen des Bund-Länder-Streits kann jede Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners sein, die rechtserheblich ist. Die Weisung des Bundesumweltmi-

* Die Verfasserin ist Akademische Rätin an der Ludwig-Maximilians-Universität München am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jens Kersten.

nisters ist geeignet, in den Rechtskreis des Landes einzugreifen. Es liegt damit ein tauglicher Antragsgegenstand vor.

IV. Antragsbefugnis, §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG

Weiterhin müsste das Land gem. §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt sein, d.h. geltend machen können, in einem ihm durch das Grundgesetz übertragenen Recht verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein.

Dabei genügt es, dass sich aus dem Sachvortrag des Antragstellers die Verletzung oder Gefährdung eines Rechts aus einem Bund und Land umschließenden materiellen Verfassungsverhältnis als mögliche Rechtsfolge ergibt. Die Rechtsposition selbst muss dem Land in der von ihm geltend gemachten Art zustehen,¹ die Rechtsverletzung oder Gefährdung dieses Rechtes muss möglich sein.

Hier kommt eine Verletzung der Rechte des Landes aus Art. 85 GG und namentlich dessen Abs. 3 in Betracht. Art. 85 GG normiert nicht nur Weisungs- und sonstige Aufsichtsrechte des Bundes, sondern regelt zugleich auch die Grenzen dieser Rechte und räumt damit den Ländern ein Abwehrrecht gegen unberechtigte Weisungen ein.

Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Bundesumweltminister die Grenzen seines Weisungsrechts im vorliegenden Fall überschritten und das Land somit in seinen Rechten verletzt hat. Das Land ist somit antragsbefugt.

Dagegen ist der behauptete Verstoß gegen das einfache Atomrecht grundsätzlich nicht geeignet, die Möglichkeit der Verletzung oder Gefährdung von durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten des Landes i.S.v. §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 1 BVerfGG darzulegen.

V. Form und Frist

Anträge, die das Verfahren einleiten, sind gemäß § 23 Abs. 1 BVerfGG schriftlich beim Bundesverfassungsgericht einzureichen und zu begründen. Gem. §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 2 BVerfGG ist die Bestimmung des Grundgesetzes zu bezeichnen, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verstoßen wird. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist von der Einhaltung der Formvorschrift auszugehen.

Der Antrag im Bund-Länder-Streit muss binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme dem Antragsteller bekannt geworden ist, gestellt werden, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 3 BVerfGG. Da die Weisung im Mai erfolgte und der Antrag im August gestellt wurde, ist die Frist hier eingehalten.

VII. Zwischenergebnis

Der Antrag der Landesregierung des Landes L im Bund-Länder-Streit ist somit zulässig.

¹ Vgl. BVerfGE 81, 310 (329).

B. Begründetheit

Der Antrag des Landes ist begründet, wenn die Weisung des BMU gegen das Grundgesetz verstößt und das Land tatsächlich in seinen verfassungsrechtlichen Rechten verletzt.

Wegen ihres unterschiedlichen Inhalts sind die beiden (Teil-)Weisungen des BMU gesondert zu prüfen.

I. Weisung, die Wiedergestattung nur nach Zustimmung zu erteilen

Zu prüfen ist zunächst, ob die Weisung, die Wiedergestattung nur nach bundesaufsichtlicher Zustimmung zu erteilen, gegen das Grundgesetz verstößt und das Land in seinen Rechten verletzt. Dies wäre der Fall, wenn die geschriebenen und ungeschriebenen Anforderungen des Art. 85 Abs. 3 GG an die Ausübung des Weisungsrechts nicht beachtet worden wären.

1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Weisung ist hier Art. 85 Abs. 3 GG. Diese Ermächtigung ist jedoch nur einschlägig, wenn ein Fall der Auftragsverwaltung vorliegt. Die Erteilung atomrechtlicher Genehmigungen und deren Widerruf müsste also von den Ländern im Auftrag des Bundes ausgeführt werden.

Nach Art. 30, 83 GG ist die Ausführung der Bundesgesetze Sache der Länder, soweit nicht das Grundgesetz etwas anderes bestimmt oder zulässt. Die Länder führen hierbei die Bundesgesetze grundsätzlich als eigene Angelegenheiten aus, Art. 83, 84 GG. Daneben sieht das Grundgesetz für bestimmte, von ihm selbst festgelegte oder ausdrücklich zugelassene Materien eine Ausführung „im Auftrag des Bundes“ vor, Art. 85 Abs. 1 GG.

Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren wird auf der Grundlage des Atomgesetzes, also von Bundesrecht durchgeführt. Gem. Art. 87c GG i.V.m. § 24 Abs. 1 AtomG wird das Atomrecht von den Ländern im Auftrag des Bundes ausgeführt. Ein Fall der Bundesauftragsverwaltung liegt damit vor. Art. 85 Abs. 3 GG ist damit eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Weisung.²

² Auch die Bundesauftragsverwaltung ist eine Form der Landesverwaltung. Die Länder sind hierbei keineswegs bloße Bundesorgane, sondern üben eigene Landesstaatsgewalt aus (vgl. BVerfGE 81, 310 [331]). Allerdings ist die Eigenständigkeit der Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung deutlich begrenzt: Während bei der Landeseigenverwaltung, d.h. bei einer Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheiten (Art. 84 GG) dem Bund als Kontrollbefugnis nur eine Rechtsaufsicht zukommt, die in ein besonderes Verfahren der Mängelrüge und Beseitigung eingebunden ist (Art. 84 Abs. 3 und 4 GG), und Weisungsrechte nur für besondere Fälle vorgesehen sind (Art. 84 Abs. 5 GG), unterstehen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung die Länder von vornherein und ohne besonderes Verfahren den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörden in Bezug auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung (Art. 85 Abs. 4 S. 1 GG). Die Bundesregie-

2. Formelle Verfassungsmäßigkeit der Weisung

Fraglich ist, ob die Weisung formell verfassungsgemäß ist.

a) Zuständigkeit

Gem. Art. 85 Abs. 3 GG können Weisungen nur von der zuständigen obersten Bundesbehörde erteilt werden. Der Bundesumweltminister ist als fachlich mit der Atomenergie betraute oberste Bundesbehörde somit zuständig.

Weisungen sind nach Art. 85 Abs. 3 S. 2 GG grundsätzlich, außer in Fällen einer Dringlichkeit, an die oberste Landesbehörde zu richten. Die Weisung richtete sich im vorliegenden Fall an die Landesministerin für Umwelt, sie erging also auch an den richtigen Weisungsgegner.

b) Verfahren

Besondere geschriebene Verfahrensvorschriften enthält das Grundgesetz für die Erteilung einer Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG nicht. Es könnten sich aber bestimmte Verfahrenspflichten aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Bundesstaatsprinzip und dem in ihm verankerten Prinzip der Bundestreue ergeben.

Der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens wird aus dem Bundesstaatsprinzip abgeleitet und verpflichtet sowohl den Bund als auch die Länder, bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder zu nehmen.³ Dieser Grundsatz kann nicht zur Erweiterung von Kompetenzen herangezogen werden, er setzt jedoch der Ausübung grundgesetzlich gewährter Kompetenzen bestimmte Schranken.⁴ Allerdings liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens nicht grundsätzlich schon dann vor, wenn eine dem Bund übertragene Kompetenz in Anspruch genommen wird. Die Inanspruchnahme kann jedoch im konkreten Fall gegen bestimmte verfahrensbezogene Pflichten verstoßen.⁵

Aus dem im Prinzip der Bundestreue verankerten Rücksichtnahmegebot folgt als prozedurale Pflicht im Rahmen des Weisungsrechts zunächst die Pflicht des Weisungsgebers, dem Weisungsempfänger vor Erlass der Weisung diese anzukündigen und ihm die Möglichkeit der Stellungnahme zu geben. Abgesehen von Fällen besonderer Eilbedürftigkeit muss dem Land regelmäßig Gelegenheit gegeben werden, seine Auffassung vor Weisungserlass darzulegen; diese Stellungnahme muss vom Bundesminister erwogen werden. Dies ist im vorliegenden Fall im Rahmen mehrerer Gespräche und schriftlicher Stellungnahmen geschehen. Die aus dem Prinzip der Bundestreue folgenden Verfahrensvorschriften wurden also eingehalten.

zung kann zu diesem Zwecke Bericht und Vorlage der Akten verlangen und Beauftragte zu allen Behörden entsenden (Art. 85 Abs. 4 S. 2 GG).

³ BVerfGE 32, 199 (218); 43, 291 (348); 81, 319 (337).

⁴ BVerfGE 81, 310.

⁵ BVerfGE 12, 205 (255).

c) Form

In formeller Hinsicht stellt das Prinzip der Bundestreue das Gebot auf, die Weisung hinreichend bestimmt zu fassen, damit das Land hinreichend genau erkennen kann, welche Schritte genau von ihm erwartet werden. Die angewiesene Behörde muss erkennen können, dass ihr gegenüber eine Weisung erteilt worden ist und welche Vorgaben für welches Verwaltungshandeln diese Weisung enthält. Der Adressat muss unter Zuhilfenahme seiner Erkenntnismöglichkeiten den objektiven Sinn der Weisung ermitteln können, wofür auch vorausgegangene Kontakte von Bedeutung sein können. Auch diese Anforderungen wurden hier erfüllt.⁶

3. Materielle Verfassungsmäßigkeit der Weisung

Fraglich ist, ob die Weisung auch materiell rechtmäßig ist. Dies ist der Fall, wenn sich die Weisung in den Grenzen der Weisungsermächtigung hält.

a) Reichweite des Weisungsrechts

Fraglich ist zunächst, welche sachliche Reichweite das Weisungsrecht des Bundesministers nach Art. 85 Abs. 3 GG hat.

Im Rahmen der Auftragsverwaltung obliegt dem Bund gem. Art. 85 Abs. 4 S. 1 GG die Sach- und Rechtsaufsicht über die Landesbehörden. Innerhalb dieser Aufsichtsgrenzen kann der Bund daher von seinem Weisungsrecht Gebrauch machen. Dabei umfasst das Aufsichts- und damit das Weisungsrecht sowohl die nach außen wirksame Sachentscheidung selbst als auch vorbereitendes internes Verwaltungshandeln.

Daraus folgt, dass die sog. Wahrnehmungskompetenz, d.h. das Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen, unentziehbar beim Land liegt. Der Bund könnte also nicht im Außenverhältnis gegenüber dem Kraftwerksbetreiber tätig werden und beispielsweise die Anordnung des Landesministeriums selbst aufheben. Die sog. Sachkompetenz, d.h. die inhaltliche Bestimmung des Verwaltungshandelns, liegt hingegen nur so lange beim Land, wie der Bund sie nicht an sich zieht, wozu er jederzeit berechtigt ist. Rechte des Landes werden dadurch nicht berührt, da ihm die Sachkompetenz von vornherein nur unter dem Vorbehalt zusteht, dass sie nicht vom Bund in Anspruch genommen wird.⁷

Da der Bundesumweltminister hier nicht selbst nach außen tätig wird, sondern lediglich inhaltlich das Handeln der Landesverwaltung vorschreibt, d.h. lediglich die Sachkompetenz, nicht jedoch die Wahrnehmungskompetenz auf den Bund übergeht, hält sich die Weisung somit innerhalb der sachlichen Grenzen des Weisungsrechts.⁸

⁶ Die Stellung des Bestimmtheitsgrundsatzes im Prüfungsaufbau ist umstritten. Neben der Prüfung innerhalb der formellen Verfassungsmäßigkeit unter dem Prüfungspunkt der Form ist es auch vertretbar, den Bestimmtheitsgrundsatz als materielle Anforderung zu begreifen und innerhalb der materiellen Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

⁷ BVerfGE 81, 310 (332).

⁸ Zieht die zuständige oberste Bundesbehörde die Sachkompetenz an sich, trägt die Landesverwaltung für das Zustande-

b) Materielle Grenzen des Weisungsrechts

Fraglich ist jedoch schließlich, ob die Rechtmäßigkeit des Inhalts der Weisungsbefugnis weitere, ungeschriebene Grenzen setzt. Da durch eine entsprechende Weisung die Sachkompetenz vom Land auf den Bund übergeht, kann sich das Land grundsätzlich nicht auf die Rechtswidrigkeit des Weisungsinhalts berufen, muss es also grundsätzlich hinnehmen, zu einem rechtswidrigen Verhalten angewiesen zu werden. Denn die dem Land verbleibende Wahrnehmungskompetenz wird von einer rechtswidrigen Weisung nicht betroffen. Zwar muss das Land insoweit im Rahmen des nach außen wirkenden Weisungsvollzugs für den Inhalt einstehen, als es bei gerichtlicher Überprüfung passivlegitimiert ist. Dies ist allerdings nur eine Folge des Auseinanderfallens von Wahrnehmungs- und Sachkompetenz, und auch im Rahmen anderer Auftragsverwaltungen (etwa im kommunalen Bereich) anzutreffen. Die parlamentarische Verantwortlichkeit liegt aber beim zuständigen Bundesminister, und auch die Ausgabenverantwortung liegt beim Bund, Art. 104a Abs. 2 und Abs. 5 S. 1 GG.⁹ Im vorliegenden Fall berührt ein etwaiger Verstoß der Weisung gegen das Atomrecht oder die Grundrechte des Betreibers die materielle Verfassungsmäßigkeit der Weisung daher grundsätzlich nicht.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz und damit eine Grenze der alleinigen Sachverantwortlichkeit des Bundes im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung „ergibt sich allerdings in dem äußersten Fall, dass eine zuständige oberste Bundesbehörde unter grober Missachtung der ihr obliegenden Obhutspflicht zu einem Tun oder Unterlassen anweist, welches im Hinblick auf die damit einhergehende allgemeine Gefährdung oder Verletzung bedeutender Rechtsgüter schlechterdings nicht verantwortet werden kann. Diese Grenze folgt daraus, dass bei der Ausführung der Bundesgesetze Bund und Länder – unbeschadet bestehender Kompetenzverteilungen – eine gemeinsame Verantwortung für den Bestand des Staates und seiner Verfassungsordnung sowie für die Abwehr kollektiver Existenzgefährdungen tragen.“¹⁰

Für eine solche Unverantwortlichkeit der Entscheidung des Bundesumweltministers gibt es hier keinerlei Anhaltspunkte, so dass auch die materiellen Grenzen des Weisungsrechts gewahrt wurden.

kommen des Sachurteils insoweit keine Verantwortung mehr. Der Umfang, innerhalb dessen die Sachkompetenz auf den Bund übertragen werden kann, ist dabei umfassend zu verstehen. So kann Gegenstand einer Weisung nicht nur eine konkrete, gegenüber einem Dritten zu erlassende Entscheidung sein, sondern etwa auch die Art und Weise der Sachverhaltsermittlung und Sachverhaltsbewertung. Gleiches gilt auch für die Gesetzesauslegung als normative Seite der Gesetzesanwendung. Denn auch bei der Gewinnung der rechtlichen Maßstäbe steht dem Bund ein umfassendes Aufsichts- und damit korrespondierend ein Weisungsrecht zu. Auch die Festlegung auf eine bestimmte Gesetzesauslegung ist mithin von der Weisungskompetenz umfasst.

⁹ BVerfGE 81, 319 (333).

¹⁰ BVerfGE 81, 319 (333).

4. Zwischenergebnis

Die Weisung hinsichtlich der Wiedergestattung des Kraftwerkbetriebs war damit formell und materiell verfassungsgemäß. Sie verletzt das Land L nicht in seinen Rechten.

II. Weisung, den D abzulösen

Fraglich ist, ob auch die Weisung, den D abzulösen, verfassungsgemäß ist. Hier ist bereits fraglich, auf welche Ermächtigungsgrundlage sich die Weisung stützen kann.

1. Weisungsbefugnis gem. Art. 85 Abs. 3 GG?

Zunächst könnte die Weisung durch die Weisungsbefugnis des Art. 85 Abs. 3 GG gedeckt sein. Diese Weisungsbefugnis gibt dem Bund jedoch nur die Befugnis, die Sachkompetenz an sich zu ziehen. Die Weisung, den D zu entlassen, betrifft aber nicht solche inhaltlichen, die Sachkompetenz berührenden Fragen, sondern bezieht sich vielmehr auf eine Maßnahme im Bereich des Organisations- und Personalwesens. Diese organisatorischen Fragen sind jedoch Teil der Wahrnehmungskompetenz, die uneingeschränkt beim Land liegt. Den Ländern steht insofern die umfassende Organisationsgewalt zu, da auch die Auftragsverwaltung eine Form der Landesverwaltung ist. Die Weisung lässt sich daher nicht auf Art. 85 Abs. 3 GG stützen.

2. Einvernehmen gem. Art. 85 Abs. 2 S. 3 GG?

Die Weisung könnte sich jedoch ggf. auf die Vorschrift des Art. 85 Abs. 2 S. 3 GG stützen. Danach sind die Leiter der Mittelbehörden im Einvernehmen mit der Bundesregierung zu bestellen. Allerdings regelt diese Vorschrift zum einen lediglich das Erfordernis des Einvernehmens, nicht jedoch ein Recht zur Weisung, zum anderen sind von der Norm auch nur Leiter von Mittelbehörden erfasst. D ist aber Ministerialbeamter und damit Beamter einer obersten Landesbehörde. Im Übrigen regelt Abs. 2 nur Kompetenzen der Bundesregierung als Kollegium, nicht der einzelnen Bundesminister. Auch auf Art. 85 Abs. 2 S. 3 GG kann sich die Weisung somit nicht stützen.

3. Organisationsregelung gem. Art. 85 Abs. 1 GG?

Schließlich könnte die Weisung, den D abzulösen, aber als Organisationsregelung gem. Art. 85 Abs. 1 GG zulässig sein. Allerdings ist die Einzelweisung zum einen keine Regelung zur „Einrichtung von Behörden“, sondern eine konkrete Personalentscheidung im Einzelfall. Zum anderen wäre für eine solche Organisationsregelung ein Bundesgesetz erforderlich, nicht lediglich eine Einzelweisung. Auch auf Art. 85 Abs. 1 GG kann sich die Weisung daher nicht stützen.

4. Ergebnis

Der zweite Teil der Weisung ist damit verfassungswidrig. Er verletzt das Land auch in seinen Rechten aus Art. 85 GG, da diese Norm nicht nur objektiv die Befugnisse des Bundes innerhalb der Auftragsverwaltung, sondern umgekehrt auch dessen Grenzen und damit entsprechende Abwehrechte der Länder enthält.

C. Ergebnis

Der Antrag hinsichtlich der Weisung des BMU ist somit zulässig, aber nur in Bezug auf den zweiten Teil der Weisung begründet, im Übrigen unbegründet. Er wird nur teilweise Erfolg haben.

Zweiter Teil: Atomkonsens

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für einen hier vorliegenden Bund-Länder-Streit ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG.

II. Beteiligtenfähigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG i.V.m. § 68 BVerfGG

Das Land ist als Antragsteller, der Bund als Antragsgegner beteiligtenfähig.

III. Antragsgegenstand, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 1 BVerfGG

Antragsgegenstand im Rahmen des Bund-Länder-Streits kann jede Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners sein, die rechtserheblich ist. Fraglich ist, ob mit dem Atomkonsens eine solche rechtserhebliche Maßnahme vorliegt, da die Bundesregierung hier gerade keine Maßnahme förmlichen Staatshandelns ergriffen hat. Allerdings ist mittlerweile anerkannt, dass auch informelles Staatshandeln zumindest dann Rechtserheblichkeit besitzen kann, wenn es wie hier einen Bezug zum Rechtskreis eines außerhalb des Staates stehenden Dritten hat. Da hier durch den Atomkonsens mit den Energieversorgern konkrete Absprachen hinsichtlich des Betriebs des Kernkraftwerkes K getroffen werden, ist die Maßnahme rechtserheblich und stellt somit einen tauglichen Antragsgegenstand dar.

IV. Antragsbefugnis, §§ 69 i.V.m. 64 Abs. 1 BVerfGG

Weiterhin müsste das Land gem. §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG antragsbefugt sein, d.h. geltend machen können, in ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein. Hier kommt eine Verletzung der Rechte des Landes aus Art. 85 GG in Betracht. Im Rahmen dieser Vorschrift steht dem Land u.a. auch die sog. Wahrnehmungskompetenz zu, dass heißt das Recht, in Angelegenheiten der Bundesauftragsverwaltung ausschließlich selbst nach außen gegenüber Dritten tätig zu werden. Dieses Recht könnte hier durch den Abschluss des Atomkonsenses der Bundesregierung mit den Energieversorgern verletzt sein. Das Land ist somit antragsbefugt.

V. Form und Frist

Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist von der Einhaltung der Formvorschrift auszugehen. Die Frist wurde gewahrt.

VI. Zwischenergebnis

Der Antrag der Landesregierung des Landes L im Bund-Länder-Streit ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag des Landes ist begründet, wenn die Passagen des Atomkonsenses, die das Kernkraftwerk K betreffen, gegen das Grundgesetz verstoßen und das Land L in seinen Rechten verletzen.

I. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist zunächst, auf welcher Grundlage die Bundesregierung hier tätig werden konnte. Da es sich auch bei Abschluss des Atomkonsens um eine Maßnahme des Verwaltungshandelns (wenn auch um eine solche des informellen Verwaltungshandelns) handelt, sind auch für diesen Bereich gem. Art. 30, 83 GG grundsätzlich die Länder zuständig, sofern das Grundgesetz nichts anderes bestimmt.

Hier könnte jedoch Art. 85 GG den Bund ermächtigen, die getroffenen informellen Absprachen im Rahmen des Atomkonsenses selber vorzunehmen. Zwar kann er sich dabei nicht auf Art. 85 Abs. 3 GG stützen, da es sich bei der Absprache mit den Energieversorgern gerade nicht um eine direkte Weisung an das Land L handelt. Allerdings darf der Bund über das reine Weisungsrecht hinaus im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 GG alle Aktivitäten entfalten, die er für eine effektive und sachgerechte Vorbereitung und Ausübung seines grundsätzlich unbeschränkten Direktions- und Weisungsrechts für erforderlich hält, soweit er dadurch die Wahrnehmungskompetenz der Länder nicht verletzt.¹¹ Eine Ermächtigungsgrundlage ist daher durch Art. 85 GG gegeben.

II. Voraussetzungen des informellen Verwaltungshandelns¹²

Grundsätzlich hat der Bund ein umfassendes Recht, zur Vorbereitung seines Weisungsrechts aus Art. 85 Abs. 3 GG alle dafür notwendigen Aktivitäten zu entwickeln. Bestandteil der Aktivitäten des Bundes zur Vorbereitung und Ausübung dieses Direktions- und Weisungsrechts können auch unmittelbare Kontakte nach außen zu (betroffenen) Dritten, einschließlich etwaiger „informeller“ Absprachen sein.¹³ Auch

¹¹ BVerfGE 104, 249 (265).

¹² Im Gegensatz zur Prüfung der beiden Teilweisungen, werden in dem hier vorgeschlagenen Prüfungsaufbau nach der Ermächtigungsgrundlage nicht zuerst die formelle und sodann die materielle Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme geprüft, sondern vielmehr zunächst allgemein die Voraussetzungen und sodann die Grenzen des Verwaltungshandelns thematisiert. Zwar wäre ein klassischer Prüfungsaufbau hier ohne weiteres möglich. Da sich bei informellem Verwaltungshandeln die formellen Voraussetzungen aber gerade nur schwer bestimmen lassen und mit den materiellen Voraussetzungen zunehmend verschwimmen, bietet sich hier eine solche Prüfung nicht unbedingt an.

¹³ BVerfGE 104, 249 (165 f.).

solche Maßnahmen sind Teil der Sachkompetenz, die zunächst beim Land liegt, dem Bund aber uneingeschränkt zukommt, sobald er diese an sich zieht.¹⁴

Voraussetzung für ein Tätigwerden des Bundes im Rahmen seiner Sachkompetenz ist daher, dass er diese vorher ausdrücklich oder konkludent auf sich überleitet. Im klassischen Fall der Weisungserteilung erfolgt diese Überleitung durch die Weisungserteilung selbst. Nimmt der Bund seine Sachkompetenz jedoch in anderer Weise als durch eine direkte Maßnahme gegenüber dem betroffenen Land wahr, so bedarf es jenseits der reinen Wahrnehmung gegenüber Dritten auch eines Akts gegenüber dem Land: Der Bund muss die ihm zunächst nur in Form einer „Reservezuständigkeit“ verliehene (potentielle) Sachentscheidungsbefugnis erst aktualisieren, indem er diese ausdrücklich oder konkludent auf sich überleitet.¹⁵

Hier hat der Bund bereits durch seine Weisung vom Mai seine Sachkompetenz in Anspruch genommen und dies dem zuständigen Landesministerium jedenfalls konkludent angezeigt. Zwar wurde das Land lediglich angewiesen, die Gestattung der Wiederaufnahme des Kraftwerkbetriebes erst nach bundesaufsichtlicher Zustimmung zu erteilen, so dass durch das BMU noch keine Entscheidung in der Sache getroffen wurde. Allerdings war bereits durch diese Weisung für das Land offenkundig, dass sich das BMU aktiv in das Verfahren zur Nachrüstung des Kernkraftwerks K einzuschalten gedachte. Da aus dem Empfängerhorizont somit erkennbar war, dass der Bund die Genehmigungsverfahren maßgeblich im verfassungsrechtlichen Binnenverhältnis zu begleiten gedachte, war ein Mehr an Förmlichkeiten somit entbehrlich. Die Voraussetzungen des informellen Verwaltungshandelns lagen vor.

III. Grenzen des informellen Verwaltungshandelns

Hat der Bund auf diese Weise die Sachkompetenz auf sich übergeleitet, wird die Grenze seines Verwaltungshandelns lediglich durch die Wahrnehmungskompetenz des Landes gebildet, da diese dem Land unentziehbar obliegt. Darüber hinaus bildet das Prinzip der Bundestreue aus Art. 20 Abs. 1 GG die materielle Grenze für ein Tätigwerden des Bundes.

1. Verletzung der Wahrnehmungskompetenz

Wird der Bund im Rahmen seiner Sachkompetenz vorbereitend tätig, so hat er die dem Land obliegende Wahrnehmungskompetenz zu achten. Dabei verletzt allerdings nicht jedes Tätigwerden nach außen automatisch auch diese Wahrnehmungskompetenz. Diese ist vielmehr erst dann verletzt, wenn der Bund nach außen gegenüber Dritten und gleichsam an Stelle der auf Grund der Wahrnehmungskompetenz des Landes für eine Entscheidung gegenüber Dritten berufenen Landesbehörde rechtsverbindlich tätig wird oder durch die Abgabe von Erklärungen, die einer rechtsverbindlichen Ent-

scheidung gleichkommen, die Wahrnehmungskompetenz des Landes an sich zieht.¹⁶

Fraglich ist, ob der Bund durch den Atomkonsens auf solche Weise die Wahrnehmungskompetenz an sich gezogen hat. Hier hat der Bund angekündigt, gegenüber der zuständigen Genehmigungsbehörde des Landes Maßnahmen zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren festzulegen. Dabei handelt es sich zunächst nur um eine politische Absichtserklärung, die keine rechtsverbindliche Entscheidung trifft und einer solchen auch nicht gleichkommt. Geht man davon aus, dass diese reine Absichtserklärung den Bereich des Politischen nicht verlässt und gerade nicht in den Bereich des rechtlich Verbindlichen eindringt, ist die Wahrnehmungskompetenz des Landes somit nicht verletzt.¹⁷

Dagegen könnte man jedoch einwenden, dass eine solche Differenzierung zwischen rechtsverbindlichen und nicht rechtsverbindlichen Akten zu formal ist. In Anbetracht einer Verwaltungswirklichkeit mit beträchtlichen Anteilen an informellen Handlungsformen, der Gemengelage aus förmlichen Befugnissen und sachlichen Kompetenzen auf der einen Seite und Absprachen, Verhandlungen und Konsensgesprächen auf der anderen Seite, würde die Wahrnehmungskompetenz der Länder ausgehöhlt, wenn das informale Handeln mit Vollzugsqualität nicht zur Wahrnehmungskompetenz zählte. Dies gilt umso mehr, als angesichts der weit reichenden Sachkompetenz des Bundes die Wahrnehmungskompetenz der Länder ohnehin das eigenstaatliche Minimum bei der Landesausführung von Bundesgesetzen ist.

Vor diesem Hintergrund würde die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Betreibern zwar immer noch als informelle Absprache einzuordnen sein, der allerdings dennoch eine gewisse Bindungskraft nach außen zugesprochen werden müsste. Der Betreiber des Kernkraftwerks K durfte bereits mit der Paraphierung des Atomkonsenses davon ausgehen, dass die Bundesregierung diese Vereinbarung auch ohne Rechtspflicht erfüllen würde, weil sie politisch im Wort stand. Damit konnte der Betreiber über den Umfang des zur ordnungsgemäßen Vollziehung des Atomgesetzes notwendigen Nachrüstprogramms unmittelbar mit dem zuständigen Bundesministerium weiterverhandeln, weil es angesichts des umfassenden Weisungsrechts des Bundes und angesichts der nach außen erklärten Absicht des Bundes, dieses konsequent den Vereinbarungen entsprechend auszuüben, auf das Land und seine atomrechtliche Genehmigungsbehörde nicht mehr ankam.¹⁸ Nach dieser Ansicht hätte die informelle Absprache somit die Wahrnehmungskompetenz des Landes verletzt.

Gegen diese Ansicht kann jedoch wiederum angeführt werden, dass sie selbst die Grenzen zwischen Sach- und Wahrnehmungskompetenz verwischt. Denn der Atomkonsens

¹⁶ BVerfGE 104, 249 (267).

¹⁷ So die tragende Meinung in BVerfGE 104, 249 (268), die ausführt, dass an der reinen Absichtserklärung „kein vernünftig und verantwortlich Handelnder ein ‚Tau festbinden‘ würde“.

¹⁸ So die abweichende Meinung in BVerfGE 104, 249 (277 f.).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 81, 310 (332).

¹⁵ BVerfGE 104, 249 (265).

stellt sich letztlich als nicht anderes als ein intensiver Informationsaustausch dar, um die Sachkompetenz bestmöglich ausüben zu können. Da die Vereinbarung im Übrigen selbst lediglich die Ausübung des Weisungsrechts in eine bestimmte Richtung, nicht jedoch das Auftreten des Bundes nach außen politisch in Aussicht stellt, ist hier die Wahrnehmungskompetenz des Landes gewahrt.¹⁹

2. Verletzung der Bundestreue

Fraglich bleibt somit zuletzt, ob die Unterzeichnung des Atomkonsenses durch die Bundesregierung das Gebot der Bundestreue verletzt hat. Dieses verlangt, dass sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen. Der Bund verstößt gegen diese Pflicht nicht schon dadurch, dass er von einer ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Kompetenz Gebrauch macht; vielmehr muss deren Inanspruchnahme missbräuchlich sein oder gegen prozedurale Anforderungen verstoßen, die aus diesem Grundsatz herzuleiten sind. Welche Folgerungen aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens konkret zu ziehen sind, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Da hier ein missbräuchliches Verhalten ausscheidet, kann ein Verstoß gegen das Gebot der Bundestreue somit nur unter dem Aspekt des Verstoßes gegen prozedurale Anforderungen vorliegen.

Für den Erlass einer Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG folgt aus dem Grundsatz der Bundestreue, dass das Land vor dessen Erlass anzuhören und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Auf den Bereich informellen Staatshandelns ist diese Voraussetzung mangels einer formellen Weisung nicht direkt anwendbar. Allerdings muss auch in diesem Bereich gelten, dass das Land durch den Bund über dessen Maßnahmen informiert werden muss, wenn sich sonst grundsätzliche Beeinträchtigungen der Wahrnehmungskompetenz des Landes ergeben können, weil dem Land die entsprechenden Umstände nicht bekannt sind und es nicht in die Lage versetzt wird, den Bund mit den für die Länder bei einer solchen Konstellation vorgesehenen verfassungsprozessualen Rechtsbehelfen „in die Schranken weisen“ zu lassen.

¹⁹ Eine andere Auffassung ist mit der abweichenden Meinung des Bundesverfassungsgerichts bei entsprechender Argumentation selbstverständlich ebenfalls vertretbar. Da sich der gesamte Themenkomplex des informellen Staatshandelns (und damit auch des informellen Verwaltungshandelns) in intensiver wissenschaftlicher Diskussion befindet, kommt es in der Examensklausur vor allem darauf an, das Problem zu erkennen und sich argumentativ mit ihm auseinander zu setzen. Die Hauptfrage, die sich dabei stellt, ist, inwiefern das informelle dem formellen Staatshandelns in seinen Voraussetzungen und Anforderungen gleichgestellt und dadurch seinerseits wieder formalisiert werden kann und muss. Diese Frage ist etwa auch für den Bereich des informellen Staatshandelns in Form der grundrechtsrelevanten Informationstätigkeit prägend, der Gegenstand der Osho- und Glykol-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts war (BVerfGE 105, 252; 105, 279).

Fraglich ist, ob hier diese Informationsrechte des Landes tatsächlich verletzt wurden. Würde man der oben angeführten Meinung folgen, die bereits durch den informellen Atomkonsens eine weitestgehende politisch-faktische Bindung annimmt, so müsste man hier konsequenterweise auch das Erfordernis einer ausdrücklichen Anhörung bejahen, da in diesem Fall bereits eine weitestgehende Bindung des Bundes durch die Absprache erfolgt, die im Nachhinein durch das Land kaum noch reversibel ist. In diesem Fall würde man hier mangels einer Anhörung des Landes L daher einen Verstoß gegen das Prinzip der Bundestreue bejahen.²⁰

Gegen diese Ansicht spricht jedoch auch hier, dass auf diese Weise die Grenzen zwischen formellem und informellem Staatshandelns verschwimmen. Geht man wie oben davon aus, dass es sich bei dem Atomkonsens um eine rein politische Absprache ohne verlässliche Bindungskraft handelt, so dass allein der Bereich der Sachkompetenz des Bundes betroffen ist, so muss es auch hinsichtlich der Anhörungserfordernisse genügen, dass der Bund die ihm zukommende Sachkompetenz ausdrücklich oder konkludent an sich zieht und so das Land zugleich informiert. Es ist demnach verfassungsrechtlich nicht geboten, dass der Bund seine weiteren Schritte in Wahrnehmung seiner Sachkompetenz dem Land offen legt oder es gar hieran beteiligt; denn die Inanspruchnahme der Sachkompetenz ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und auch nicht weiter rechtfertigungsbedürftig. Die Sachkompetenz verbleibt dem Bund ungeschmälert und ist nicht nur gefiltert durch eine Beteiligung des betroffenen Landes eröffnet. Das Land selbst genießt wirksamen, aber auch ausreichenden Schutz durch die prozeduralen Anforderungen vor Erteilung einer Weisung.²¹

Da der Bund hier bereits eine Weisung ausgesprochen und dadurch die Sachkompetenz an sich gezogen hat, war das Land somit hinreichend informiert. Ein Verstoß gegen das Gebot der Bundestreue liegt damit nicht vor.

IV. Zwischenergebnis

Die Unterzeichnung des Atomkonsenses durch die Bundesregierung verstieß daher nicht gegen das Grundgesetz.

C. Ergebnis

Der Antrag ist daher zulässig, aber unbegründet. Er wird keinen Erfolg haben.

²⁰ So die abweichende Meinung in BVerfGE 104, 249 (282 ff.).

²¹ BVerfGE 104, 249 (272).

Übungsfall: Europarecht in Fällen, Fall 2

Von Prof. Dr. **Thomas Schmitz**, Universität Lettland, Baltisch-Deutsches Hochschulkontor*

Thema: Vorabentscheidungsverfahren; Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft; Rechtsangleichung im Binnenmarkt; Warenverkehrsfreiheit; Dienstleistungsfreiheit; Grundrechte im Unionsrecht; Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Der Fall hat den Schwierigkeitsgrad einer Hausarbeit zum Europarecht.

Sachverhalt

In der gesamten Europäischen Union häufen sich spektakuläre Fälle von massenhaftem Alkoholmissbrauch auf privaten und öffentlichen Parties, in denen zügellos und mit manchmal sogar tödlichen Folgen hochprozentige Alkoholika wie Rum, Wodka, Whiskey und Calvados konsumiert werden. Die Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten reagieren darauf lediglich mit Mahnungen an die Bevölkerung, die wirkungslos verhallen. Daraufhin erlassen der Rat und das Europäische Parlament nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses im Mitentscheidungsverfahren eine „Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Alkoholprodukten“ (sogenannte Alkoholwerberichtlinie). Diese Richtlinie sieht ein vollständiges Verbot jeglicher Form der Werbung und des Sponsoring für Produkte von mehr als 40 Volumenprozent Alkoholgehalt vor. Als rechtliche Grundlage gibt die Richtlinie Art. 95 EGV an. In der Begründung heißt es, in den Mitgliedstaaten gälten unterschiedliche Vorschriften für die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Alkoholprodukten, die im Interesse des Funktionierens des Binnenmarktes und insbesondere der Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr angeglichen werden müssten. Dabei seien auch die Belange des Gesundheitsschutzes zu berücksichtigen.

Im Mitgliedstaat A wird die Richtlinie ordnungsgemäß durch ein Gesetz umgesetzt, das sich auf diesen Zweck beschränkt und nicht über das hinausgeht, was die Richtlinie fordert. Das Gesetz sieht Grundrechtseingriffe vor, die isoliert betrachtet mit der nationalen Verfassung nicht vereinbar sind, vom Gesetzgeber aber in Kauf genommen werden, um der mitgliedstaatlichen Verpflichtung zur Richtlinienumsetzung zu genügen.

Kurze Zeit später muss ein staatliches Verwaltungsgericht über einen Fall entscheiden, in dem es maßgeblich auf die Anwendung dieses Gesetzes ankommt. Die Verwaltungsrichter möchten das Gesetz nicht anwenden, sondern zunächst im Wege einer konkreten Normenkontrolle vom Verfassungsgericht überprüfen lassen. Sie sind der Ansicht, dass der Gesetzgeber dieses Gesetz nicht aus europarechtlichen Gründen hätte erlassen müssen, da die Richtlinie in mehrfacher Hinsicht gegen Primärrecht der Europäischen Union verstoße und daher ungültig sei. Sie meinen, die Europäische Union habe keine Kompetenz zum Erlass einer solchen Richtlinie und diese sei außerdem weder mit der Warenverkehrsfreiheit noch mit den Grundrechten im Unionsrecht vereinbar.

Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen und zu welchem Ergebnis wird dies führen?

Fallvariante

Die Richtlinie sieht kein vollständiges Werbe- und Sponsoringverbot vor, verbietet jedoch jede Werbung im Rundfunk sowie in Printmedien und „Dienstleistungen der Informationsgesellschaft“, die sich an die Verbraucher wenden.

Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen und zu welchem Ergebnis wird dies führen?

Lösung

A. Zum Ausgangsfall

I. Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen?

1. Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und Vorlage des staatlichen Umsetzungsgesetzes an das Verfassungsgericht zur Überprüfung seiner Verfassungsmäßigkeit im Verfahren der konkreten Normenkontrolle

Das Verwaltungsgericht könnte das verwaltungsgerichtliche Verfahren aussetzen und das laut Sachverhalt inhaltlich nicht mit der Verfassung vereinbare Umsetzungsgesetz dem Verfassungsgericht zur Überprüfung im Verfahren der konkreten Normenkontrolle vorlegen. Hat ein Gericht in einem Staat, in welchem es die konkrete Normenkontrolle gibt, Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines streitentscheidenden Gesetzes, darf es dieses nicht anwenden, sondern muss seine Verfassungsmäßigkeit zunächst vom Verfassungsgericht überprüfen lassen. Hier besteht allerdings die Besonderheit, dass das Gesetz ausschließlich dazu dient, die Alkoholwerberichtlinie der Europäischen Gemeinschaft umzusetzen, und nicht über das hinausgeht, was die Richtlinie erfordert. Die innerstaatlichen Stellen sind verpflichtet, alle erforderlichen Rechtsvorschriften zu erlassen, um die Richtlinien der Gemeinschaft ordnungsgemäß in das nationale Recht umzusetzen. Die Notwendigkeit der einheitlichen Geltung und Anwendung des Rechts der Europäischen Union in allen Mitgliedstaaten und der Vorrang des Unionsrechts gegenüber allem mitgliedstaatlichen Recht, auch dem nationalen Verfassungsrecht¹, können es dabei mit sich bringen, dass der staatliche Gesetzgeber zur Umsetzung von Richtlinien Gesetze erlassen muss, die er ohne die Verpflichtung aus dem Unionsrecht aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erlassen dürfte. Für die Gerichte bedeutet dies, dass sie Gesetze, welche sich erkennbar auf die unionsrechtlich vorgegebene Umsetzung einer Richtlinie beschränken, auch bei Zweifeln an ihrer Vereinbarkeit mit der nationalen Verfassung anwenden müssen. Daran ändert es nichts, wenn die Richter Zweifel daran haben, ob die Richtlinie überhaupt gültig ist, denn solange diese Frage nicht in dem dafür vorgesehenen Verfahren von der dafür zuständigen Stelle geklärt ist, befreien die Zweifel nicht von der Verpflichtung zu ihrer effektiven Um-

* Der Autor ist seit 2006 DAAD-Langzeitdozent an der Juristischen Fakultät der Universität Lettlands und am Baltisch-Deutschen Hochschulkontor in Riga.

¹ Siehe bereits EuGH, Rs. C-11/70, Slg. 1970, 01125 (Internationale Handelsgesellschaft).

setzung. Die Lösung einer Richtervorlage an das Verfassungsgericht scheidet daher vorerst aus.

2. Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und Vorlage der Alkoholwerberichtlinie an den Europäischen Gerichtshof zur Überprüfung ihrer Gültigkeit im Vorabentscheidungsverfahren

Eine weitere denkbare Lösung wäre es, das verwaltungsgerichtliche Verfahren auszusetzen und die Alkoholwerberichtlinie, an deren Gültigkeit Zweifel bestehen, im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Stellt sich einem Gericht eines Mitgliedstaates die Frage der Gültigkeit eines Sekundärrechtsaktes der Europäischen Gemeinschaft und hält es eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, kann es die Frage nach Art. 234 UA 1 lit. b und UA 2 EGV dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Es ist sogar dazu verpflichtet, wenn es den Sekundärrechtsakt nicht anwenden will, denn keinesfalls dürfen die Gerichte der Mitgliedstaaten selbst die Ungültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane feststellen.²

Eine Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof setzt indessen voraus, dass alle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vorabentscheidungsverfahrens erfüllt sind:

a) Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs

Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtshofs bestehen keine Bedenken. Der Weg zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union wird hier durch Art. 234 UA 1 und 2 EGV eröffnet. Innerhalb des Gerichtssystems der Europäischen Union liegt die Zuständigkeit für Vorabentscheidungsverfahren bisher ausschließlich beim Gerichtshof, da von der Möglichkeit von Zuständigkeitszuweisungen an das Gericht erster Instanz (vgl. Art. 225 Abs. 3 EGV) noch kein Gebrauch gemacht worden ist. Der Gerichtshof ist also das richtige Gericht, dem die Frage über die Gültigkeit der EG-Richtlinie vorzulegen ist.

b) Vorlageberechtigung

Nach Art. 234 UA 2 EGV sind nur Gerichte der Mitgliedstaaten zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof berechtigt. Hier handelt es sich um ein Verwaltungsgericht des Mitgliedstaates A; diese Voraussetzung ist also erfüllt.

c) Zulässiger Vorlagegegenstand

Es muss sich bei der vorzulegenden Frage um einen der in Art. 234 UA 1 EGV aufgezählten Vorlagegegenstände handeln. Hier geht es um die Frage der Gültigkeit der Alkoholwerberichtlinie und damit um eine – zulässige – Frage nach Art. 234 UA 1 lit. b, 1. Alt. EGV. Diese Voraussetzung ist also ebenfalls erfüllt.

d) Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

Eine Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof ist nach Art. 234 UA 2 EGV nur dann zulässig, wenn die vorzulegende Frage in dem Verfahren vor dem vorlegenden Gericht entscheidungserheblich ist; maßgeblich ist dabei die Einschätzung des vorlegenden Gerichts. Hier kommt es nach dem Sachverhalt für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts maßgeblich auf die Anwendung des staatlichen Umsetzungsgesetzes zur Alkoholwerberichtlinie an. Dieses Gesetz ist laut Sachverhalt nicht mit der nationalen Verfassung vereinbar, dient aber der Umsetzung der Alkoholwerberichtlinie. Ist diese gültig, muss das Verwaltungsgericht das Gesetz trotz seiner inhaltlichen Verfassungswidrigkeit anwenden, um den mitgliedstaatlichen Pflichten zur Umsetzung, Ausführung und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu genügen. Ist die Richtlinie ungültig, entfällt diese Verpflichtung und das Verwaltungsgericht darf das Gesetz nicht anwenden, sondern muss es zunächst im Verfahren der konkreten Normenkontrolle dem nationalen Verfassungsgericht vorlegen und dessen Entscheidung abwarten. Die Entscheidung über die Frage der Gültigkeit der Richtlinie ist damit für das weitere Vorgehen des Verwaltungsgerichts maßgeblich. Auch diese Voraussetzung ist also erfüllt.

e) Klärungsbedürftigkeit der Vorlagefrage

Die Verwaltungsrichter sind der Ansicht, dass die Europäische Union keine Kompetenz zum Erlass einer Richtlinie wie der Alkoholwerberichtlinie habe und diese außerdem weder mit der Warenverkehrsfreiheit noch mit den Grundrechten im Unionsrecht vereinbar sei. Sie haben damit in mehrfacher Hinsicht Zweifel an der Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Primärrecht und folglich an ihrer Gültigkeit. Die Vorlagefrage ist also auch, wie für das Vorabentscheidungsverfahren vorausgesetzt, tatsächlich klärungsbedürftig.

f) Geeignete Formulierung der Vorlagefrage

Die Vorlagefrage muss so formuliert werden, dass sie der Europäische Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren beantworten kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof nicht die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem Recht der Europäischen Union (und auch nicht die Vereinbarkeit mit der nationalen Verfassung) prüft, sondern sich auf die unionsrechtliche Fragestellung beschränken muss. Das Verwaltungsgericht muss seine Frage also so formulieren, dass es präzise nach der Gültigkeit der Alkoholwerberichtlinie beziehungsweise der (genau anzugebenden) einschlägigen Vorschriften in dieser Richtlinie fragt. Bei geeigneter Formulierung der Fragestellung ist die Richtervorlage zulässig.

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten: Das Verwaltungsgericht hat so vorzugehen, dass es das Verfahren aussetzt und die Frage, ob die Alkoholwerberichtlinie beziehungsweise deren genau anzugebenden einschlägigen Vorschriften gültig sind, dem Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV zur Beantwortung vorlegt.

² Vgl. bereits EuGH, Rs. C-314/85, Slg. 1987, 04199 (Foto-Frost).

II. Zu welchem Ergebnis wird die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof führen?

Die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof wird zur Ungültigerklärung der Alkoholwerberichtlinie führen, wenn diese nicht mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist, das heißt eine der in Art. 230 UA 2 EGV (beispielhaft für die Nichtigkeitsklage) aufgezählten Fallgruppen der Rechtswidrigkeit eines Sekundärrechtsaktes vorliegt.

1. Unzuständigkeit

Die Alkoholwerberichtlinie könnte hier wegen Unzuständigkeit mit dem Primärrecht unvereinbar sein. Unzuständigkeit ist dann gegeben, wenn es entweder der Gemeinschaft als Ganzes oder aber den handelnden Institutionen (hier: dem Rat und dem Europäischen Parlament) an der erforderlichen rechtlichen Grundlage für ihr Handeln fehlt (fehlende Verbands- oder Organkompetenz). Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Einzelkompetenzenprinzip, Art. 5 UA 1 EGV) wird die Gemeinschaft nur innerhalb der Grenzen der ihr im EGV zugewiesenen Befugnisse tätig. Das bedeutet, dass sich jeder Rechtsakt der Gemeinschaft auf eine besondere Ermächtigungsgrundlage im EGV stützen lassen muss. Für die einzelnen Institutionen gilt nach Art. 5 EUV Entsprechendes.

Hier haben sich der Rat und das Europäische Parlament auf die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EGV gestützt. Möglicherweise wären auch andere rechtliche Grundlagen in Betracht gekommen, etwa zum Gesundheitsschutz (Art. 152 Abs. 4 EGV)³ oder Verbraucherschutz (Art. 153 Abs. 3, 4 EGV). Die handelnden Organe sind jedoch an die Voraussetzungen jener rechtlichen Grundlage gebunden, die sie selbst gewählt und im Rechtsakt angegeben haben. Das bedeutet hier, dass die Alkoholwerberichtlinie wegen Unzuständigkeit mit dem Primärrecht unvereinbar ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 95 EGV nicht erfüllt sind. Was die Organkompetenz betrifft, bestehen keine Zweifel, denn der Rat und das Europäische Parlament haben die Richtlinie gemeinsam erlassen (also wie in Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV gefordert im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV). Fraglich ist jedoch die Verbandskompetenz.

a) Nach Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV kann die Gemeinschaft für die Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV, also für die Verwirklichung des Binnenmarktes, Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Der Binnenmarkt umfasst gemäß Art. 14 Abs. 2 EGV einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital nach den Bestimmungen des EGV gewährleistet ist. Die Alkoholwerberichtlinie betrifft die Werbung und das Sponsoring für Alkoholprodukte in der gesamten Union und damit sowohl

die Warenverkehrsfreiheit als auch die Dienstleistungsfreiheit; sie steht damit in einem engen Bezug zum Binnenmarkt. Bei den „Maßnahmen“ i.S.d. Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV kann es sich um Rechtsakte aller Art und damit auch wie hier um eine Richtlinie handeln. Diese dient auch der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einem vollständigen Verbot jeglicher Form der Werbung und des Sponsoring für bestimmte Produkte bedeutet sogar eine sehr weitgehende Angleichung der einschlägigen staatlichen Vorschriften. Für nationale Sonderwege, die den Wettbewerb in diesem Produktsektor verfälschen könnten, bleibt bei dem vollständigen Verbot kaum noch Raum.

b) Allerdings muss es sich nach Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV um die Angleichung von Vorschriften handeln, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Art. 95 EGV dient dem Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes, indem er die Gemeinschaft zum Erlass von Rechtsakten ermächtigt, die den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital fördern. Bei einem Werbeverbot bestehen indessen Zweifel daran, ob dieses den freien Verkehr nicht eher behindert.

aa) Orientiert man sich allein am Wortlaut des Art. 95 Abs. 1 EGV, stünde dies einer darauf gestützten Maßnahme nicht zwingend entgegen. Auch eine Regelung, die den grenzüberschreitenden Verkehr behindert, hat letztlich „das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand“. Die Beschränkung kann dabei gerechtfertigt erscheinen, um nicht marktbezogene öffentliche Interessen wie hier die öffentliche Gesundheit zu verfolgen. Man könnte Art. 95 Abs. 1 EGV nach dem Wortlaut auch so verstehen, dass er eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes enthält, soweit die Regelungen nur irgendeinen Zusammenhang zur Errichtung oder zum Funktionieren des Binnenmarktes aufweisen.⁴ Dies gewährleistet der Gemeinschaft ein griffiges, abgerundetes Instrumentarium für eine kohärente und konsistente Politik. Die allgemeine Binnenmarkt-Kompetenz würde dann auch die Kompetenz einschließen, Regelungen zu solchen Sektoren zu treffen, in denen im Hinblick auf überragend wichtige öffentliche Interessen nicht unbedingt ein Maximum am Markt herrschen soll.

bb) Dieses Verständnis des Art. 95 Abs. 1 EGV würde jedoch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV, 5 UA 1 EGV) und damit das tragende Prinzip der Kompetenzordnung der Europäischen Union unterlaufen.⁵ Art. 95 Abs. 1 EGV würde zu einer Generalklausel, die Rechtsangleichungskompetenz zu einer allgemeinen Marktregelungskompetenz und damit quasi zu einer allgemeinen Regelungskompetenz in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Angesichts der Tendenz in Rechtsprechung und Literatur zum Gemeinschaftsrecht, alle Angelegenheiten mit irgendeinem, sei es auch nur geringen wirtschaftlichen Bezug als

³ Die hier in Betracht kommende Grundlage des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV schließt allerdings jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten aus.

⁴ Anderer Ansicht: EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419 (Tabakwerberichtlinie I), Nr. 82 (der dies allerdings nicht begründet).

⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Nr. 82 (am Ende).

wirtschaftliche Angelegenheiten zu verstehen (bis hin zur Kulturförderung), wären die Auswirkungen dieses Verständnisses schwerwiegend. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass ein derartig schwerwiegender Schritt mit der Einführung dieser Bestimmung durch die Einheitliche Europäische Akte von 1986 gemeint war; die historische Auslegung spricht also gegen ein solches Verständnis.

Aus der historischen Auslegung ergibt sich – zusammen mit der teleologischen Auslegung – wie die Ermächtigung in Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV wirklich gemeint ist: Es geht um die Errichtung und das Funktionieren des – zum Zeitpunkt der Einführung der Norm – noch nicht vorhandenen Binnenmarktes. Art. 95 EGV war ein zentrales Instrument, um Hemmnisse des wirtschaftlichen Austausches zu beseitigen und das ehrgeizige Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes bis Ende 1992 (vgl. Art. 14 Abs. 1 EGV) zu erreichen. Heute dient er dazu, das Erreichte zu sichern und fortzuentwickeln. Daraus folgt, dass die Gemeinschaft, will sie von ihm Gebrauch machen, subjektiv das Ziel verfolgen muss, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern. Objektiv muss der Rechtsakt tatsächlich dazu beitragen können. Dementsprechend genügen die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den Vorschriften der Mitgliedstaaten und die abstrakte Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen oder Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten nicht; die bestehende Regelungslage muss vielmehr tatsächlich zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Binnenmarktes führen. Den Gemeinschaftsgesetzgeber trifft eine entsprechende Begründungslast. Wollte man darauf verzichten, könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden.⁶

α) Zweifelhaft ist bereits, ob die Gemeinschaft subjektiv das Ziel verfolgt, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern. Nach der Begründung der Richtlinie ist es der Fall (Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr). Nach der Begründung geht es aber auch um die Belange des Gesundheitsschutzes. Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV schließt jedoch bei Maßnahmen zum Gesundheitsschutz jegliche Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten aus. Diese Vorschrift darf grundsätzlich nicht durch den Rückgriff auf andere Kompetenzen umgangen werden. Allerdings ergibt sich aus Art. 152 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 EGV, dass bei Maßnahmen der Rechtsangleichung ein hohes Gesundheitsschutzniveau sicherzustellen ist. Auch wenn daher nicht der Gesundheitsschutz im Vordergrund stehen darf, sind Auswirkungen auf den Gesundheitsschutz möglich und nach dem EGV auch erwünscht.⁷ Die Erwähnung des Gesundheitsschutzes in Art. 95 Abs. 3 EGV stellt klar, dass die Mitverfolgung dieses Ziels das eigentliche Ziel der Verbesserung der Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes nicht bereits grundsätzlich in Frage stellt.

⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Nr. 84.

⁷ Vgl. *Epping/Lenz*, Fallrepetitorium Europarecht, 2005, S. 21 f.

β) Zweifelhaft ist indessen auch, ob wegen der vorhandenen Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Werbung und das Sponsoring für Alkoholprodukte tatsächlich spürbare Beeinträchtigungen des Binnenmarktes, etwa in Form von Hemmnissen für den freien Warenverkehr oder die Dienstleistungsfreiheit bestehen (oder jedenfalls entstehen können).⁸ Der Sachverhalt enthält dafür keine näheren Anhaltspunkte, doch deutet die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten auf die aktuellen Probleme des massenhaften Alkoholmissbrauchs nur mit Mahnungen reagieren, darauf hin, dass bisher keine einschneidenden Werbeeinschränkungen in einzelnen Staaten vorgenommen worden sind, die zu Behinderungen und Wettbewerbsverfälschungen führen.

Jedenfalls aber ist nicht ersichtlich, inwiefern das vollständige Verbot jeglicher Werbung zu einer Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes für Alkoholprodukte führen könnte. Dies gilt insbesondere für das Verbot von Werbung auf Plakaten und auf Gegenständen in Hotels, Restaurants und Cafés sowie von Werbespots im Kino, denn dieses fördert den Handel mit den betroffenen Produkten keineswegs.⁹ Grundsätzlich bedeuten Werbe- und Sponsoringverbote eine Beeinträchtigung des Marketings und daher eher eine Behinderung als Förderung des Binnenmarktes. Sie kommen daher nur in denjenigen Fallgruppen in Betracht, in denen sich tatsächlich Beeinträchtigungen aufgrund bestehender Unterschiede in den nationalen Vorschriften nachweisen lassen oder ernsthaft zu befürchten sind. Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einem pauschalen Werbe- und Sponsoringverbot in allen Medien kann – gleich für welches Produkt oder welche Produktgruppe – nicht als Verbesserungsmaßnahme angesehen werden.

Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass die Alkoholwerberichtlinie in erster Linie dem Gesundheitsschutz dient und nicht (oder allenfalls kaum) der Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes. Sie kann daher nicht auf Art. 95 Abs. 1 EGV gestützt werden. Es fehlt damit an der erforderlichen Kompetenz der Gemeinschaft. Die Alkoholwerberichtlinie ist wegen Unzuständigkeit nicht mit dem Primärrecht vereinbar.

2. Verletzung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften

Eine Verletzung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften ist nicht ersichtlich. Insbesondere haben hier der Rat und das Europäische Parlament die Richtlinie wie in Art. 95 Abs. 1 EGV gefordert gemeinsam im Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EGV) erlassen und zuvor den Wirtschafts- und Sozialausschuss angehört.

⁸ Der EuGH hat dies in einem vergleichbaren Fall zum Tabakwerberverbot für die unterschiedlichen Einschränkungen der Tabakwerbung in den Mitgliedstaaten bejaht, vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419 (Tabakwerberichtlinie I), Nr. 96 f.

⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-08419, Nr. 99 (zum Verbot der Tabakwerbung, die Argumentation ist indessen übertragbar).

3. Verletzung materiellen Rechts

Es könnten hier aber Vorschriften des materiellen Rechts verletzt sein. Auch dabei handelt es sich um eine der in Art. 230 UA 2 EGV beispielhaft aufgezählten Fallgruppen der Rechtswidrigkeit eines Sekundärrechtsaktes (siehe die 3. Alternative: „Verletzung dieses Vertrags oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm“). In Betracht kommt hier eine Verletzung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie des unionsrechtlichen Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit.

a) Verletzung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff. EGV)¹⁰

Die Alkoholwerberichtlinie könnte auch wegen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff. EGV) mit dem Primärrecht unvereinbar sein. Auch die Institutionen der Europäischen Gemeinschaft sind schließlich Adressaten der Warenverkehrsfreiheit (das heißt, an diese gebunden).

aa) Schutzbereich

Das Werbeverbot betrifft den grenzüberschreitenden wie den innerstaatlichen Verkehr von Waren (hier: hochprozentigen Alkoholprodukten), die in der Gemeinschaft hergestellt oder im freien Verkehr befindlich sind; der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ist also betroffen.

bb) Beeinträchtigung

Das vollständige Werbeverbot müsste eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit darstellen. Es wird sich zwangsläufig negativ auf den innergemeinschaftlichen Handel mit hochprozentigen Alkoholprodukten auswirken, denn Kaufinteressenten in anderen Mitgliedstaaten lassen sich nur schwer über das Angebot informieren. Es handelt sich damit um eine Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, und damit um eine Beeinträchtigung in Form einer (unterschiedslosen) Beschränkung im Sinne der *Dassonville-Formel* des EuGH.¹¹ Da es sich um eine Einschränkung der Werbung für bestimmte Produkte und damit um eine produktbezogene Regelung handelt, ist sie auch nach der korrigierenden *Keck-Formel* des EuGH¹² als Beeinträchtigung anzusehen.

cc) Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung (keine Rechtfertigung durch Schranken)

Die Beeinträchtigung könnte jedoch durch die Schranke des Art. 30 EGV – hier: Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen – gerechtfertigt sein. Solche Grün-

de sind im vorliegenden Fall angesichts der spektakulären Fälle von massenhaftem Alkoholmissbrauch, die sich laut Sachverhalt in der Europäischen Union häufen, gegeben. Regelungen im Unionsrecht, welche Gesundheit und Leben vor diesen Gefahren schützen, bestehen bisher zwar hinsichtlich der Droge Nikotin (Beschränkung der Werbung und des Sponsoring für Tabakprodukte), nicht aber hinsichtlich der nicht weniger gefährlichen Droge Alkohol. Die Maßnahme dient auch tatsächlich dem Gesundheitsschutz; es handelt sich nicht um eine unzulässige verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 30 S. 2 EGV.

Fraglich ist jedoch, ob die Schranken-Schranken beachtet worden sind:

a) Verhältnismäßigkeit

Die Beeinträchtigung müsste verhältnismäßig sein.

(1) Der in Art. 30 EGV hervorgehobene Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen bildet einen zulässigen Zweck für Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit. Dabei handelt es sich um den eigentlichen Zweck der Maßnahme, auch wenn diese vorgibt, dem Funktionieren des Binnenmarktes zu dienen.

(2) Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einem vollständigen Werbeverbot ist auch zur Verfolgung dieses Zweckes geeignet, denn ein vollständiges Werbeverbot wird dazu beitragen, den Alkoholkonsum in der Bevölkerung zu senken und dadurch die schwerwiegenden Probleme für die öffentliche Gesundheit, die dieser hervorruft, zu mildern.

(3) Die Maßnahme müsste jedoch auch zur Verfolgung des Zweckes, das heißt zum Schutz der Gesundheit oder des Lebens von Menschen erforderlich sein. Dies ist sie nicht, wenn mildere gleich geeignete Mittel zur Verfügung stehen. Hier ist an die Verpflichtung zur Integration von Warnhinweisen in die Werbung zu denken. Dies wird die den Alkoholkonsum fördernde Wirkung der Alkoholwerbung jedoch nur abschwächen und nicht vollständig neutralisieren und ist damit nicht gleichermaßen geeignet wie ein Werbeverbot. Auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer vor den Gefahren des Alkoholkonsums warnenden Öffentlichkeitsarbeit ist kein gleichermaßen effizientes Mittel. Andere denkbare Maßnahmen, wie etwa Vertriebsbeschränkungen, bedeuteten indessen eine noch größere Belastung. Polizeiliche Maßnahmen gegen den Alkoholkonsum selbst, auch bei privaten und öffentlichen Parties, kommen nur dann in Betracht, wenn die Betroffenen infolge des Konsums durch übermäßigen Lärm, Randalieren, Führen von Kraftfahrzeugen oder Ähnliches die öffentliche Sicherheit stören. Sie scheiden jedoch aus, wenn die Veranstalter der gesellschaftlichen Events Vorkehrungen gegen solche Störungen getroffen haben (z.B. wenn die Parties in abgelegenen, gut schallisolierten Räumlichkeiten stattfinden) oder der Konsum von vornherein nur im zurückgezogenen, kleinen Kreise stattfindet. Es erscheint daher jedenfalls vertretbar, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber ein Werbeverbot zum Schutze der Gesundheit für erforderlich erachtet. Da es dabei um die Abwehr jeglicher Werbung für hochprozentige (und daher besonders stark wirkende) Alkoholprodukte geht, ist es auch

¹⁰ Siehe zur Prüfung einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit Schema 3 aus der Vorlesung „Das Recht des europäischen Binnenmarktes“, HS 2008:

(http://home.lanet.lv/~tschmit1/Downloads/Schmitz_EU-BMR_Schema3.pdf).

¹¹ EuGH, Rs. C-8/74, Slg. 1974, 00837 (Dassonville).

¹² EuGH, Verbundene Rs. C-267/91, C-268/91, Slg. 1993, I-06097, Nr. 14 ff. (Keck und Mithouard).

vertretbar, wenn er ein vollständiges Werbeverbot für erforderlich hält.

(4) Die Maßnahme müsste jedoch auch angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein, das heißt sie darf die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer nicht in einem Ausmaß belasten, das nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu dem erzielten Vorteil für den verfolgten Zweck steht. Ein vollständiges Werbeverbot (bzw. die Verpflichtung der Mitgliedstaaten dazu) wird die Vermarktung hochprozentiger Alkoholprodukte erheblich erschweren; dies gilt gerade für die grenzüberschreitende Vermarktung in anderen Mitgliedstaaten, in denen ein Produkt weniger bekannt und verbreitet ist. Ein vollständiges Werbeverbot bedeutet daher eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass vom Alkoholmissbrauch schwere Gefahren für die individuelle und öffentliche Gesundheit ausgehen. Dies gilt jedenfalls nach dem Sachverhalt¹³ zum gegebenen Zeitpunkt für die Europäische Union. Dort haben sich die Gefahren des Alkoholmissbrauchs in tragischer Weise realisiert: Spektakuläre Fälle von massenhaftem Alkoholmissbrauch auf privaten und öffentlichen Parties haben sich gehäuft, mit teilweise sogar tödlichen Folgen. Dabei ging es laut Sachverhalt vor allem um den Konsum hochprozentiger Alkoholika, wie sie jetzt von der Alkoholwerberichtlinie betroffen sind. Der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit stehen also auch schwerwiegende Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen gegenüber. Diese bestehen für die gesamte Europäische Union, da die Problematik laut Sachverhalt in der „gesamten“ Union aufgetreten ist; es handelt sich also offensichtlich um ein Phänomen der Europäisierung, bei dem sich die früher prägnanten Unterschiede im Alkoholkonsum in den verschiedenen Mitgliedstaaten verwischen. Unter diesen besonderen Voraussetzungen erscheint es jedenfalls im Ergebnis gut vertretbar, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber die Gründe des Gesundheits- und Lebensschutzes höher gewichtet und die mit dem vollständigen Werbeverbot verbundene Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit, obwohl sie schwerwiegend ist, als angemessen bewertet.¹⁴

β) Keine Verletzung von Grundrechten

Eine Maßnahme, welche die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigt, darf nicht gegen Primär- oder Sekundärrecht der Europäischen Union verstoßen, insbesondere keine Grundrechte verletzen. Hier kommt eine Verletzung der Berufsaus-

¹³ Beachte: in der Fallbearbeitung muss fallorientiert, das heißt unter enger Berücksichtigung des Sachverhaltes argumentiert werden. Hier kommt es nicht darauf an, welche potentiellen Gefahren der Alkoholmissbrauch allgemein mit sich bringt, sondern darauf, wie sich diese Gefahren zu der gegebenen Zeit in der betreffenden Gesellschaft (hier der Bevölkerung der Europäischen Union) darstellen.

¹⁴ Anmerkung: Die entgegengesetzte Ansicht ist in dieser keineswegs eindeutigen Situation ebenso vertretbar. Hier muss argumentiert werden! Dies gehört zu den grundlegenden Aufgaben eines Juristen.

übungsfreiheit in Betracht, die als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt ist.¹⁵ Das vollständige Verbot der Werbung und des Sponsoring für hochprozentige Alkoholprodukte greift sowohl in die Berufsausübungsfreiheit der Alkoholhersteller und -händler ein, die diese Produkte nur noch unter deutlich schwierigeren Bedingungen vermarkten können, als auch in die Berufsausübungsfreiheit der Medienunternehmen, Werbeagenturen und Marketingagenturen, welche den Alkoholherstellern und -händlern ihre Dienste für die Vorbereitung und Durchführung der Werbung und des Sponsoring anbieten. Auch hier stellt sich die Frage nach der Beachtung der Schranken-Schranke des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

(1) Hinsichtlich des zulässigen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit des Werbe- und Sponsoringverbotes kann auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit verwiesen werden; insofern bestehen also keine Bedenken.

(2) Die Frage der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ist indessen für jedes eingeschränkte Recht gesondert zu beachten, denn die verschiedenen Rechte des Bürgers haben unterschiedliches Gewicht. Was die wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Unionsbürger nach dem EGV betrifft, handelt es sich um innovative Rechte besonderer Art, die von vornherein nur in einem politisch schwach (unterhalb der Schwelle der Staatlichkeit) aber wirtschaftlich stärker integrierten geographischen Raum bestehen können, in dem staatliche Souveränität und Grenzen immer noch vorhanden sind aber den wirtschaftlichen Austausch nicht oder nur noch begrenzt beeinträchtigen sollen. Wegen des notwendigen grenzüberschreitenden Bezugs¹⁶ sind solche Rechte weder in einem Raum isoliert koexistierender Einzelstaaten denkbar, noch in einem Bundesstaat (in dem es keine Grenzen mehr gibt). Sie haben zudem nur einen geringen Bezug zur Menschenwürde, die nach dem europäischen Freiheits- und Menschenrechtsverständnis die eigentliche Grundlage für die Menschen- und Bürgerrechte bildet.¹⁷ Etwas Anderes gilt indessen für die Grundrechte, wenn auch in unterschiedlichem Maße. Insbesondere weist die Freiheit der Wahl und Ausübung eines Berufes einen stärkeren Bezug zur Menschenwürde auf als die Warenverkehrsfreiheit; dies gilt vor allem dann, wenn die Beschränkungen so weit gehen, dass sie die Ausübung des Berufes wirtschaftlich sinnlos machen und damit einem Berufswahlverbot gleichkommen.

(a) Was die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit der Medienunternehmen, Werbeagenturen und Marketingagenturen betrifft, die keine Dienstleistungen zur Promotion

¹⁵ Vgl. statt vieler EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-04973 (Bananenmarktordnung).

¹⁶ Siehe dazu die Materialien aus der Vorlesung „Das Recht des europäischen Binnenmarktes“, HS 2008: (<http://home.lanet.lv/~tschmit1/Lehre/EU-Binnenmarktrecht.htm>), insb. Schemata 2 ff.

¹⁷ Vgl. für die europäische Ebene nur Art. 2 EUV i.d.F. des Vertrags von Lissabon, Art. I-2 des Vertrages über eine Verfassung für Europa und Art. 1 und die Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

von hochprozentigen Alkoholprodukten mehr anbieten dürfen, ist die Beeinträchtigung erheblich aber nicht schwerwiegend. Sie betrifft nur die Vermarktung bestimmter Waren und damit nur einen begrenzten Kundenkreis mit einem begrenzten Anteil am Auftragsvolumen. Es ist den Unternehmen zuzumuten, sich in stärkerem Maße andere Marktsegmente zu erschließen. Das Werbeverbot ist also nicht unangemessen.

(b) Etwas Anderes könnte sich für die Berufsausübungsfreiheit der Hersteller hochprozentiger Alkoholprodukte ergeben. Hier handelt es sich nicht nur hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit, sondern auch hinsichtlich der Berufsausübungsfreiheit um eine schwerwiegende Beeinträchtigung, denn das vollständige Werbeverbot, zu dem die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, gilt zwangsläufig nicht nur für Exportwaren, sondern allgemein und damit auch für den Vertrieb im eigenen Mitgliedstaat. Allerdings wiegt diese Beeinträchtigung nicht so schwer, dass sie einem Berufs(wahl)verbot gleichkommt, denn es sind nicht alle Alkoholprodukte, ja nicht einmal alle höherprozentigen Alkoholprodukte betroffen, sondern nur solche mit mehr als 40 Volumenprozent Alkoholgehalt (dies ist mehr als der durchschnittliche Alkoholgehalt traditioneller höherprozentiger Getränke wie Whisky, Cognac oder Schnaps). Es bleibt den Herstellern unbenommen, ihr Sortiment so anzupassen, dass sie auch oder in stärkerem Maße Produkte anbieten, die knapp unter dieser Grenze bleiben und damit frei beworben werden dürfen. Dies erfordert keine Umstellung, die dem Wechsel zu einem anderen Berufsbild und damit der Wahl eines anderen Berufes gleich käme. Ihrer Belastung stehen wiederum – wie bei der Warenverkehrsfreiheit – schwerwiegende Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen gegenüber. Es erscheint daher auch hier jedenfalls vertretbar, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Belastung als hinnehmbar und damit ein vollständiges Werbeverbot als angemessen bewertet.¹⁸

Auch die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit ist also verhältnismäßig. Die Schranken-Schranken für Grundrechtseingriffe wurden gewahrt. Grundrechte sind nicht verletzt. Damit sind alle Schranken-Schranken für Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit gewahrt. Die Beeinträchtigung ist daher durch die Schranke des Art. 30 EGV gerechtfertigt. Die Alkoholwerberichtlinie verletzt (inhaltlich) nicht die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff. EGV, hier: Art. 28 EGV).

b) Verletzung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV)¹⁹

Die Alkoholwerberichtlinie könnte wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) mit dem Primärrecht unvereinbar sein, denn sie zielt auf die Behinderung der

¹⁸ Anmerkung: Auch hier ist die entgegengesetzte Ansicht gut vertretbar. Auch hier muss also argumentiert werden!

¹⁹ Siehe zur Prüfung einer Verletzung der Dienstleistungsfreiheit Schema 6 aus der Vorlesung „Das Recht des europäischen Binnenmarktes“, HS 2008:

(http://home.lanet.lv/~tschmit1/Downloads/Schmitz_EU-BMR_Schema6.pdf).

Tätigkeit einheimischer wie fremder Medienunternehmen, Werbeagenturen und Marketingagenturen für die Promotion hochprozentiger Alkoholprodukte im Auftrag von Herstellern und Händlern aus anderen Mitgliedstaaten

aa) Schutzbereich

Der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ist betroffen.²⁰ Bei der Vorbereitung und Durchführung von Werbe- und Sponsoringmaßnahmen durch die darauf spezialisierten Unternehmen handelt es sich um typischerweise entgeltliche, in vorübergehender, selbständiger Tätigkeit erbrachte Leistungen, die nicht den anderen Grundfreiheiten unterliegen, und damit um Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EGV.²¹ Da die allgemeine Regelung sämtliche Konstellationen der Erbringung oder Entgegennahme der Dienstleistung in oder aus einem anderen Mitgliedstaat betrifft, ist auch der notwendige grenzüberschreitende Bezug gegeben. Die Regelung erfasst sowohl Fälle der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit, als auch der Korrespondenzdienstleistung und unter Umständen sogar der Dienstleistung bei gemeinsamer Grenzüberschreitung (z.B. bei wandernden Werbekampagnen unter Beteiligung von Mitarbeitern des Auftraggebers).²² Es ist zudem mit den Werbe- bzw. Sponsoringmaßnahmen selbst der Kernbereich der durch die Dienstleistungsfreiheit geschützten Verhaltensweisen betroffen. Da es dabei nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt geht, greift die Bereichsausnahme des Art. 55 i.V.m. Art. 45 UA 1 EGV nicht.

bb) Beeinträchtigung

Das vollständige Werbeverbot (bzw. die Verpflichtung der Mitgliedstaaten dazu) stellt auch eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit dar. Hier haben Institutionen der Gemeinschaft und damit Adressaten der Dienstleistungsfreiheit gehandelt. Ihre Maßnahme betrifft zwar Dienstleistungen mit und ohne grenzüberschreitenden Bezug gleichermaßen, ist aber jedenfalls geeignet, die grenzüberschreitende Erbringung bestimmter Dienstleistungen zu unterbinden. Sie ist

²⁰ Anmerkung: Bei einer allgemeinen Regelung, die alle Unionsbürger betrifft, ist zwangsläufig der zeitliche und persönliche Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit (siehe Schema 6 [Fußnote 19], S. 1) berührt. Die nachfolgende Prüfung braucht daher nur noch auf die Voraussetzungen des sachlichen Schutzbereiches einzugehen. Diese sollten vollständig aber zugleich möglichst knapp und gewichtet geprüft werden. Es gibt hier keine Rechtfertigung dafür, mehr als einen Absatz zur Frage des Schutzbereiches zu schreiben. Dafür bedarf es allerdings einer klaren Strukturierung und zielgerichteter, präziser Formulierung. Ohne Vorbereitung dieses Schrittes in der Arbeitsgliederung (siehe dazu aus demselben Kurs die Einführung in die Fallbearbeitung, S. 3 ff.) lässt sich dies nicht erreichen.

²¹ Siehe die Legaldefinition der Dienstleistung in Art. 50 UA 1 EGV und dazu Schema 6 (Fußnote 19), S. 1 f.

²² Siehe zu diesen verschiedenen anerkannten Fällen des grenzüberschreitenden Bezugs von Dienstleistungen Schema 6 (Fußnote 19), S. 2.

daher nach der allgemein anerkannten weiten *Van Binsbergen-Formel* des EuGH²³ als Beeinträchtigung in Form einer unterschiedslosen (nicht diskriminierenden) Beschränkung anzuerkennen. Da es um bestimmte Dienstleistungen zur Vermarktung bestimmter Produkte geht, ist sie auch dann als Beeinträchtigung einzustufen, wenn man (was in der Rechtswissenschaft umstritten ist)²⁴ die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelte *Keck-Formel* des EuGH²⁵ analog anwendet und dementsprechend zur Eingrenzung des Begriffs der Beeinträchtigung zwischen produktbezogenen und allgemeinen vertriebsbezogenen Regeln für Dienstleistungen unterscheidet.

cc) Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung (keine Rechtfertigung durch Schranken)

Die Beeinträchtigung könnte jedoch durch die Schranken der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sein.

α) Die ausdrückliche Schranke des Art. 55 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 EGV ist hier nicht anwendbar, denn sie bezieht sich nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 46 Abs. 1 EGV ausschließlich auf „Sonderregelungen für Ausländer“ und damit auf offene Diskriminierungen, nicht aber auf (nichtdiskriminierende) Beschränkungen. Für Letztere kommt nur die Rechtfertigung durch immanenten Schranken in Betracht. Diese erfordert die Verfolgung zwingender öffentlicher Interessen. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, denn das Werbeverbot dient schließlich dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gegen schwerwiegende Gefahren.

β) Allerdings müssten die Schranken-Schranken beachtet worden sein. Grundrechte sind, wie bereits festgestellt,²⁶ nicht verletzt. Fraglich ist jedoch, ob die Maßnahme verhältnismäßig ist. Keine Bedenken bestehen hinsichtlich des zulässigen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit (siehe oben²⁷). Die Maßnahme muss aber – auch, was die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit betrifft – angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein.

Hier ist einerseits zu berücksichtigen, dass jedenfalls im Bereich des Sponsoring der Produktbereich Alkohol große Bedeutung hat. Die völlige Unterbindung jeglichen Sponsoring für hochprozentige Alkoholprodukte wird die Dienstleistungsanbieter in diesem Bereich empfindlich treffen und stellt damit eine erhebliche Beeinträchtigung dar. Anders als die Hersteller jener Produkte, die auf Werbe- und Sponsoringmaßnahmen angewiesen sind, können die gewerblichen Anbieter solcher Maßnahmen aber in andere Bereiche ausweichen; insbesondere können sie verstärkt Werbe- und Sponsoringmaßnahmen für niedrigprozentige Alkoholprodukte und Lifestyle-Getränke anbieten. Die Beeinträchtigung ihrer Dienstleistungsfreiheit ist daher – anders als die Beein-

trächtigung der Warenverkehrsfreiheit der Hersteller – nur erheblich aber nicht schwerwiegend. Vor diesem Hintergrund begegnet es keinen Bedenken, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber die schwerwiegenden Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen, die ihn zu dem Werbe- und Sponsoringverbot veranlassen, höher bewertet. Die Maßnahme ist daher, auch was die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit betrifft, angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne).

Die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ist demnach durch die immanenten Schranken dieser Grundfreiheit gerechtfertigt. Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) ist nicht verletzt.

Die Alkoholwerberichtlinie ist also sowohl mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit als auch mit dem unionsrechtlichen Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit vereinbar und verletzt daher keine Vorschriften des materiellen Rechts.

4. Ermessensmissbrauch

Ein Fall des Ermessensmissbrauchs liegt hier nicht vor. Die Tatsache, dass die Alkoholwerberichtlinie nicht wie in der Begründung angegeben zur Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes sondern aus gesundheitspolitischen Gründen erlassen wurde, war bereits bei der Prüfung der Zuständigkeit der Gemeinschaft zu berücksichtigen. Beide Zwecke sind im Übrigen grundsätzlich zulässig, der Klagegrund des Ermessensmissbrauchs beschränkt sich im Gemeinschaftsrecht jedoch auf die nach objektiven Kriterien zu ermittelnde Verfolgung subjektiv rechtswidriger Zwecke.²⁸

5. Ergebnis

Die Alkoholwerberichtlinie ist nicht wegen Verletzung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften, Verletzung materiellen Rechts oder Ermessensmissbrauchs, wohl aber wegen Unzuständigkeit nicht mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar. Die Richtervorlage des Verwaltungsgerichts aus dem Mitgliedstaat A an den Europäischen Gerichtshof wird dazu führen, dass der Gerichtshof die Richtlinie für ungültig erklärt.

B. Zur Fallvariante

I. Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen?

Auch in der Fallvariante kommt es für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht entscheidend darauf an, ob die Alkoholwerberichtlinie gültig ist (und das innerstaatliche Umsetzungsgesetz dementsprechend trotz seines unvermeidbaren Widerspruchs zur staatlichen Verfassung angewendet werden muss). An der richtigen Vorgehensweise des Verwaltungsgerichts ändert sich daher nichts: Es muss das Verfahren aussetzen und die Frage, ob die Alkoholwerberichtlinie bzw. deren genau anzugebenden einschlägigen Vorschriften gültig sind, dem Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV zur Beantwortung vorlegen.

²³ EuGH, Rs. C-33/74, Slg. 1974, 01299 (van Binsbergen), Erwägung Nr. 10 ff.: „alle Anforderungen, die [...] geeignet sind, die Tätigkeit des Dienst leistenden [...] zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“.

²⁴ Siehe die Nachweise in Schema 6 (Fußnote 19), S. 3.

²⁵ Siehe oben, Fußnote 12.

²⁶ Siehe oben, A. II. 3. a) cc) β), S. 58 f.

²⁷ Siehe oben, A. II. 3. a) cc) α) (1)-(3), S. 57 f.

²⁸ Ehricke, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 1. Aufl. 2003, Art. 230 Rn. 79 mit weiteren Nachweisen.

II. Zu welchem Ergebnis wird die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof führen?

Auch in der Fallvariante wird die Richtervorlage zur Ungültigerklärung der Alkoholwerberichtlinie führen, wenn diese nicht mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist, das heißt eine der Fallgruppen der Rechtswidrigkeit eines Sekundärrechtsaktes vorliegt.

1. Unzuständigkeit

Die Alkoholwerberichtlinie könnte auch hier wegen Unzuständigkeit mit dem Primärrecht unvereinbar sein. Auch hier haben sich der Rat und das Europäische Parlament auf die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EGV gestützt. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Maßnahme, wie dort vorausgesetzt, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand hat, das heißt ob sie (a) subjektiv das Ziel verfolgt, die Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, und ob sie (b) objektiv tatsächlich dazu beitragen kann.

a) Was das Ziel betrifft, die Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, bleiben Zweifel. Allerdings geht es in der Fallvariante anders als im Ausgangsfall nur um die Angleichung der Rahmenbedingungen für die Werbung in bestimmten Medien. Der betroffene Bereich umfasst auch die wichtigen grenzüberschreitend wirkenden Medien wie den Rundfunk, die Dienste der Informationsgesellschaft (insb. Internet) und die international vertriebenen Printmedien – und damit einen Sektor, in welchem unterschiedliche Bedingungen leicht zu Beeinträchtigungen des Binnenmarktes führen können. Es kann daher mit Blick auf die Begründung der Richtlinie davon ausgegangen werden, dass das Ziel der Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes zumindest als maßgebliches Ziel mitverfolgt worden ist.

b) In objektiver Hinsicht ist ebenso wie im Ausgangsfall zweifelhaft, ob die bestehenden Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Vorschriften überhaupt zu tatsächlich spürbaren Beeinträchtigungen des Binnenmarktes, etwa in Form von Hemmnissen für den freien Warenverkehr oder die Dienstleistungsfreiheit, führen oder führen können.²⁹ Der Sachverhalt enthält dafür – auch in Bezug auf grenzüberschreitend wirkende Medien – keine näheren Anhaltspunkte. Die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten auf die aktuellen Probleme des massenhaften Alkoholmissbrauchs nur mit Mahnungen reagieren, deutet darauf hin, dass bisher auch in diesem Bereich keine einschneidenden Werbeeinschränkungen in einzelnen Staaten vorgenommen worden sind, die Behinderungen oder Wettbewerbsverfälschungen zur Folge haben.

Jedenfalls aber ist nicht ersichtlich, inwiefern ein vollständiges Verbot der Werbung im gesamten Bereich bestimmter Medien zu einer Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes führen könnte, denn ebenso wie im Aus-

gangsfall wird hier die grenzüberschreitende Vermarktung der hochprozentigen Alkoholika ausschließlich behindert. Es könnte sich allenfalls um eine „Verbesserung“ des Binnenmarktes dieser Werbemedien unter Inkaufnahme der Störung des Binnenmarktes der Alkoholprodukte handeln. Doch auch dafür enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Keineswegs kann pauschal davon ausgegangen werden, dass jede Rechtsangleichung im Bereich der Werbung im Rundfunk, in den elektronischen Medien oder den Printmedien nur deshalb, weil einige davon grenzüberschreitend konsumiert oder vertrieben werden, der Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes dient.³⁰ Dies gilt insbesondere für pauschale Werbeverbote für den gesamten Bereich eines Mediums ohne Rücksicht darauf, inwiefern überhaupt ein konkreter grenzüberschreitender Bezug vorhanden ist.³¹

Auch in der Fallvariante hat die Alkoholwerberichtlinie also nicht wirklich, wie in Art. 95 EGV vorausgesetzt, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand. Sie ist daher auch hier wegen Unzuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft nicht mit dem Primärrecht vereinbar.

2. Andere Gründe der Rechtswidrigkeit

Auch in der Fallvariante kommt neben der Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit nur die Rechtswidrigkeit wegen Verletzung materiellen Rechts in Betracht. Wiederum stellt sich die Frage, ob die Einschränkung der Werbung und des Sponsorings für hochprozentige Alkoholprodukte mit der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und dem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit vereinbar sind. Auch hier ist lediglich fraglich, ob die Einschränkungen angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sind und damit die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Schranken-Schranke für Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und Grundrechte wahren. Dabei kann auf die Argumentation zum Ausgangsfall verwiesen werden. Die Besonderheit in der Fallvariante besteht darin, dass die Alkoholwerberichtlinie kein vollständiges, sondern nur ein weitgehendes Verbot der Werbung und des Sponsoring für hochprozentige Alkoholprodukte vorsieht. Wenn bereits das vollständige Verbot im Hinblick auf die schwerwiegenden Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen angemessen ist, gilt dies erst recht für das weitgehende Verbot als weniger stark belastende Maßnahme.³²

³⁰ In diese Richtung deutet jedoch die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs in der Entscheidung Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-111573, Nr. 53 ff.

³¹ Siehe dazu *Rauber*, ZEuS 2007, 151 (153 ff.).

³² Anmerkung: Ein Unterschied zwischen Ausgangsfall und Fallvariante ergibt sich, wenn man abweichend von der hier vorgeschlagenen Lösung das vollständige Werbe- und Sponsoringverbot im Ausgangsfall mit gut vertretbaren Gründen als unangemessene Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit beurteilt. Dann muss nämlich geprüft werden, ob die Schwelle der Unangemessenheit auch in der Fallvariante überschritten ist. Dies dürfte indessen kaum (oder jedenfalls nur mit besonders gründlicher Argumentation) zu bejahen

²⁹ Der Europäische Gerichtshof hat dies 2006 für die unterschiedlichen Einschränkungen der Tabakwerbung in den Mitgliedstaaten bejaht, vgl. EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (Tabakwerberichtlinie II), Nr. 46 ff.

Es werden also keine Grundfreiheiten oder Grundrechte und damit kein materielles Recht verletzt.

3. Ergebnis

Die Richtervorlage des Verwaltungsgerichts wird auch in der Fallvariante dazu führen, dass der Europäische Gerichtshof die Richtlinie für ungültig erklärt.

Anmerkung und Vertiefungshinweis

Der Ausgangsfall ist der Entscheidung EuGH, Rs. C-376/98 (Tabakwerberichtlinie I) von 2000 nachgebildet. Es ging dort um ein Verbot jeder Werbung und des Sponsoring für Tabakprodukte in der Gemeinschaft. Es handelt sich dabei um einen der ersten Fälle einer strengen Kompetenzkontrolle in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Siehe zu dieser Entscheidung *Calliess*, Jura 2001, 311 ff.; *Götz*, JZ 2001, 32 ff.; *Wägenbaur*, EuZW 2000, 694 ff. Die Fallvariante orientiert sich an der Entscheidung EuGH, Rs. C-380/03 (Tabakwerberichtlinie II) von 2006. Hier ging es um ein vollständiges Verbot der Tabakwerbung im Radio und in Printmedien und elektronischen Medien, die sich an den Verbraucher in der Gemeinschaft wenden sowie um ein Verbot des Sponsoring von Rundfunkprogrammen und von Veranstaltungen mit grenzüberschreitender Wirkung. Siehe dazu *Rauber*, ZEuS 2007, 151 ff.³³; *Stein*, EuZW 2007, 46 ff.; *Maierhöfer*, JZ 2007, 458 ff. Der Europäische Gerichtshof ging in dieser Entscheidung davon aus, dass die großen Unterschiede in den Regelungen der Mitgliedstaaten zur Tabakwerbung (die Bandbreite reicht von liberalen Vorschriften bis hin zum vollständigen Werbeverbot) tatsächlich den Binnenmarkt beeinträchtigen. Für Werbeverbote in anderen Bereichen gilt diese Aussage nicht; die Frage muss vielmehr jeweils spezifisch geprüft werden – siehe zu einem ähnlichen Fall *Epping/Lenz*, Fallrepetitorium Europarecht, 2005, S. 17 ff.

sein, denn schließlich bleiben hier mit der Kinowerbung und der Werbung in Hotels, Gaststätten und Diskotheken traditionelle wirkungsvolle Formen der Alkoholwerbung von dem Verbot ausgespart.

³³ <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=457>.

Examensklausur – Strafrecht: Liechtensteinische Erpressung*

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock**

Schwerpunkte der Klausur sind Hehlerei, Notwehr, error in persona, Auswirkungen des error in persona auf den Anstifter, strafprozessuale Beweisverwertungsverbote. Der Sachverhalt ist durch die Liechtensteiner Steueraffäre um den ehemaligen Vorstandschef der deutschen Post, Zumwinkel, inspiriert, weicht vom Original aber insofern ab, als es sich dort um einen Beamten des BND handelte (so dass sich über die Reichweite von dessen Befugnissen streiten ließ). Außerdem hatte der Bankmitarbeiter offenbar nur die Daten entwendet und nicht die CD, in manchen Meldungen ist auch von einer DVD die Rede.

Sachverhalt

L ist Mitarbeiter der Liechtensteinischen Bank LGT, wo viele Deutsche Schwarzgeldkonten zur Steuerhinterziehung unterhalten. Wegen privater Aktienspekulationen in Schwierigkeiten geraten, ruft L den deutschen Kunden der Bank K an und verlangt Zahlung von 50.000 Euro binnen zehn Tagen dafür, dass er über dessen Konten Stillschweigen bewahre. K geht zum Schein darauf ein, zu dem Treffen in einem Hamburger Hotelzimmer schickt er aber seinen Schläger S. Da S sich in der Tür irrt, versetzt er zunächst dem unbeteiligten Hotelgast G in dem Moment einen Kinnhaken, da dieser auf das Klopfen hin die Tür öffnet. Nachdem S seinen Irrtum bemerkt, klopft er an der richtigen Tür und versetzt dem L mit den Worten: „Das wird dir eine Lehre sein!“ ebenfalls einige Schläge mit der Faust ins Gesicht.

Nun ändert L seine Pläne: Von der Bank nimmt er eine Datensicherungs-CD mit den Daten sämtlicher deutscher Schwarzgeldkonten mit zu sich nach Hause. Diese CD bietet er dem hochrangigen deutschen Polizeibeamten P, dessen Anschrift er aus dem Internet hat, per E-Mail für die Summe von 4 Mio. Euro zum Kauf an. P übergibt L das Geld persönlich bei einem konspirativen Treffen in der Schweiz und erhält dafür die Original-CD, wobei es ihm nicht auf die CD selbst, sondern nur die darauf enthaltenen Daten ankommt. Für sich selbst will P gar nichts und auch der Bundesrepublik möchte er auf dieser Weise nur verschaffen, worauf diese ohnehin einen Anspruch hat. Tatsächlich führt die CD dazu, dass die Bundesrepublik über 40 Mio. Euro an Steuern von den darauf verzeichneten Steuersündern vereinnahmt, die sie sonst nicht eingenommen hätte.

Frage 1: Wie haben sich die deutschen Staatsangehörigen P, K und S strafbar gemacht? Gehen sie dabei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, notfalls hilfsgutachtlich, ein. Evtl. erforderliche Strafanträge sind gestellt, Nebenstrafrecht bleibt aber außer Betracht.

Frage 2: Infolge der Steueraffäre kommt es zur Hausdurchsuchung bei Dr. Z. Dürfen die dabei gewonnenen Erkenntnisse im Steuerverfahren gegen Z verwertet werden?

1. Frage

I. Strafbarkeit des S¹

1. § 223 Abs. 1 Alt. 1 StGB (gegen L²)

a) Tatbestandsmäßigkeit

Schläge sind eine üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigen.³ Also hat S eine andere Person, nämlich den L, körperlich misshandelt.⁴ Das geschah auch wissentlich und willentlich, mithin vorsätzlich.

b) Rechtswidrigkeit

Die Tat könnte aber durch Nothilfe (§ 32 Abs. 2 Alt. 2 StGB) gerechtfertigt sein. Ein „Angriff“ eines Menschen, des L, auf ein Rechtsgut, nämlich Vermögen und Willensfreiheit (§ 253 StGB⁵) des K, liegt vor. Fraglich ist nur, ob er noch gegen-

* Die Klausur wurde im SS 2008 im Examensklausurenkurs ausgegeben. Der Notendurchschnitt betrug 4,65 Punkte bei einer Durchfallquote von 25,8 %.

** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

¹ Der Aufbau „nach Personen“ (statt – nicht ausgeschlossen! – nach Tatkomplexen, z.B. „I. Im Hotel“; „II. Die CD“) dürfte hier genügen. Der Fall bietet dennoch einige Aufbau-probleme: S ist am „nächsten dran“ am Geschehen (Aufbauregel: Täter vor Teilnehmer), aber andererseits „nur“ Nothelfer (§ 32 Abs. 1 Alt. 2 StGB) des K. Nach der Strafbarkeit des Liechtensteinischen Staatsangehörigen L (im ersten Komplex u.a.: § 253 StGB; im zweiten: § 259 StGB) ist nicht gefragt (Fallfrage lesen!), so dass insoweit auf Inzidentprüfungen ausgewichen werden muss.

² Entgegen der chronologischen Reihenfolge empfiehlt es sich, mit der Tat gegen L zu beginnen, weil bei G zu der Notwehrproblematik noch eine Personenverwechslung hinzukommt.

³ Siehe für diese Definition *Fahl/Winkler*, Definitionen Strafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 74.

⁴ Ob man noch daneben – oder stattdessen – die 2. Alt. (Gesundheitsschädigung) prüft, wie auch empfohlen wird (*Rehgier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2008, § 13 Rn. 13), ist Geschmackssache. Ich empfehle, danach abzugrenzen, ob etwas von außen kommt (Schläge) oder von innen (Gift) und sich mit einer der beiden Alternativen zu begnügen, obwohl die Verwirklichung einer weiteren Alternative strafzumessungsrelevant sein kann (doch prüfen wir die Strafzumessung von wenigen Ausnahmen abgesehen normalerweise im universitären Bereich nicht).

⁵ Einer ausführlich(er)en Inzidentprüfung bedarf es hier wohl nicht, da das (zumindest ebenfalls) anwendbare liechtensteinische Recht durchaus vom deutschen verschiedene Tatbestandsmerkmale enthalten könnte und im Übrigen nach h.M. (*Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 7 Rn. 59; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 63) sogar ein tatbestandsloser Angriff die Voraussetzungen erfüllt.

wärtig oder mit dem Ausspruch der Drohung möglicherweise bereits abgeschlossen und insoweit nicht mehr nothilfefähig ist. In der Tat lässt sich die Drohung, einmal in der Welt, nicht mehr rückgängig machen, folglich auch nicht abwehren, und was den Angriff auf das zweite Rechtsgut, das Vermögen, angeht, ist dieser vor Ablauf der gesetzten Frist noch nicht gegenwärtig. Die h.M. stellt jedoch eine Gesamtbetrachtung an und meint insoweit zu Recht, dass der Angriff solange gegenwärtig sei, wie noch nicht gezahlt ist.⁶ Rechtfertigungsgründe für diesen Angriff sind nicht ersichtlich, insbesondere ist das erpresserische Verhalten des L hier nicht einmal objektiv geeignet, von der Bundesrepublik Deutschland Gefahren abzuwenden. Der Angriff war daher auch rechtswidrig. Dagegen hat S den K „verteidigt“. Fraglich ist nur, ob diese Verteidigung auch erforderlich war. Ein milderer Mittel könnte hier nämlich in der Inanspruchnahme staatlicher Hilfe liegen. Manche verneinen das, weil dann ja auch die vorangegangene Steuerhinterziehung ans Licht käme.⁷ Aber dagegen spricht die Regelung des § 154c StPO, die eigens für diesen Fall geschaffen wurde. S kann damit nicht gerechtfertigt werden.⁸

2. § 224 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob S mit einem anderen Beteiligten, dem K, „gemeinschaftlich“ gehandelt hat (Nr. 4) bzw. was darunter zu verstehen ist.⁹ Einer Meinung¹⁰ zufolge muss es sich dabei um Mittäter handeln, weil das Gesetz das Wort „gemeinschaftlich“ in § 25 Abs. 2 StGB verwendet. § 28 Abs. 2 StGB enthält allerdings eine Legaldefinition des „Beteiligten“, die auch Anstifter mit einschließt, und um einen solchen könnte es sich bei K handeln. Doch ist der ratio legis nach in diesem Fall zumindest zu fordern, dass der zweite Beteiligte auch

⁶ Vgl. *Amelung*, GA 1982, 381 (385); *Herzog*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrecht*, 2. Aufl. 2005, § 32 Rn. 32; *Jäger*, *Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2007, § 4 Rn. 112; *Wessels/Beulke*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 38. Aufl. 2008, Rn. 328; a.A. *Arzt*, JZ 2001, 1052; *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2008, Rn. 16/17; *Müller*, *NStZ* 1993, 366.

⁷ Vgl. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 54; *Roxin/Schünemann/Haffke*, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4. Aufl. 1982, S. 73.

⁸ Bei – vertretbarer – anderer Ansicht wäre als nächstes die „Gebotenheit“ (§ 32 Abs. 1 StGB) zu prüfen, denn bekanntlich kann sich in den Fällen der sog. Chantage der Notwehrübende nicht auf das volle, unter Umständen sogar Tötungen rechtfertigende Notwehrrecht berufen und sich als Verteidiger der Rechtsordnung aufspielen, wenn er diese zuvor selbst gebrochen (§ 253 StGB) hat (vgl. BGH NJW 2003, 1955). Schläge dürften aber wohl noch davon gedeckt sein.

⁹ Wer Grundtatbestand und Qualifikation trennt, kann sich bei der Prüfung des Qualifikationstatbestandes auf die Prüfung des qualifizierenden Merkmals (in objektiver und, wenn nötig, subjektiver Hinsicht) beschränken – beachte, dass das Strafantragsersfordernis gem. § 230 StGB damit entfällt!

¹⁰ *Schroth*, NJW 1998, 2861.

tatsächlich am Tatort anwesend ist, weil (aus der Sicht des Verletzten) nur dann von der Attacke eine erhöhte Gefahr ausgeht.¹¹ Die Faust scheidet als Körperteil aus dem Werkzeugbegriff (Nr. 4) aus. Dafür handelt es sich um einen Angriff, dessen man sich nicht versieht und auf den man sich daher auch nicht vorbereiten kann, also einen „Überfall“ (Nr. 3), und dieser geschah auch „hinterlistig“, nämlich planmäßig-verdeckend durch ein Anklopfen.

3. § 240 StGB

a) Tatbestandsmäßigkeit

S hat einen Menschen, den L, mit körperlich-dynamischer Gewalt, die nach allen dazu vertretenen Auffassungen ausreicht,¹² zu einer „Unterlassung“, nämlich der Aufgabe des Erpressungsplans, gebracht, also genötigt. Das geschah auch wissentlich und willentlich, mithin vorsätzlich.

b) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe liegen nicht vor (s.o.). Wir haben es jedoch mit einem sog. offenen Tatbestand zu tun, bei dem die Tatbestandsmäßigkeit nicht die Rechtswidrigkeit indiziert, sondern die „Verwerflichkeit“ positiv festgestellt werden muss. Manche vertreten jedoch die Ansicht, dass „Gewalt“ als Nötigungsmittel stets verwerflich sei. Doch dann hätte der Gesetzgeber die Verwerflichkeitsprüfung gleich auf die Drohungsalternative beschränken können. Jedenfalls aber, wenn die Polizei und damit das staatliche Gewaltmonopol bewusst umgangen und das Recht in die eigenen Hände genommen wird, ist das in erhöhtem Grade missbilligenswert und damit als verwerflich anzusehen.

4. § 223 Abs. 1 Alt.1 StGB (gegen G)

a) Tatbestandsmäßigkeit

S hat auch G geschlagen und damit körperlich misshandelt. Allerdings wollte er nicht den G, sondern den L treffen, weshalb der subjektive Tatbestand zweifelhaft ist. Zuweilen wird der Vorsatz bejaht und ein tatbestandsausschließender Irrtum verneint, weil S „eine andere Person“ (= L) treffen wollte und auch „eine andere Person“ (= G) getroffen habe, mehr verlange das Gesetz nicht. Doch geht das daran vorbei, dass sein Vorsatz eben nicht jeder beliebigen Person galt, sondern sich auf eine bestimmte Person konkretisiert hat. Zu weit ginge es aber anzunehmen, dass sich sein Vorsatz beim Zuschlagen gar auf das konkretisiert habe, was sich im Zimmer bewegte. Insofern spielt der Gattungsbegriff doch eine Rolle. Die h.M.¹³ differenziert daher beim „error in persona vel objecto“ zu Recht danach, ob das verwechselte und das tatsächlich getroffene Objekt „ungleichwertig“ sind, dann ist der Irrtum beachtlich, oder „gleichwertig“, wie hier (Mensch und Mensch), dann ist er unbeachtlich. Um einen solchen handelt es sich hier, auch

¹¹ *Joecks*, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 7. Aufl. 2007, § 224 Rn. 33.

¹² Zum Gewaltbegriff *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 383 ff.

¹³ *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 247 ff.

wenn die Abgrenzung zur „*aberratio ictus*“ nicht vollkommen zweifelsfrei ist.¹⁴

b) *Rechtswidrigkeit*

Da von dem unbeteiligten Hotelgast G in Wahrheit kein Angriff ausgeht, scheidet § 32 Abs. 2 Alt. 2 StGB hier von vornherein aus.

c) *Schuld*

Aber auch ein analog § 16 Abs. 1 StGB den Vorsatzschuldvorwurf ausschließender Erlaubnistatbestandsirrtum setzt die irriige Annahme von Umständen voraus, die im Falle ihres wirklichen Vorliegens die Voraussetzung eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes sämtlich ausfüllen würden.¹⁵ Das ist aber, wie bereits oben festgestellt, wegen mangelnder Erforderlichkeit hier nicht der Fall.

5. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Die Strafbarkeit ist wie oben zu bejahen.

6. *Konkurrenzen*

§ 224 StGB ist *lex specialis* zu § 223 StGB. Die Nötigung an L¹⁶ steht dazu in Tateinheit (§ 52 StGB). Zwischen den beiden Körperverletzungen besteht *Tatmehrheit* (§ 53 StGB).

II. Strafbarkeit des K

1. §§ 223, 224, 26 StGB (zum Nachteil des L)

K hat den Tatentschluss des S zu der an L begangenen, rechtswidrigen gefährlichen Körperverletzung (Haupttat) hervorgehoben, den S also angestiftet. Sein Vorsatz erstreckte sich sowohl auf die Haupttat wie auch auf die eigene Anstifterhandlung (sog. *Doppelvorsatz*). Das gilt auch für die qualifizierenden Merkmale.¹⁷

2. §§ 223, 224, 26 StGB (zum Nachteil des G)

Fraglich ist, wie sich der „*error*“ des Haupttäters auf den Anstifter auswirkt. Da der Irrtum des Haupttäters bei Gleichwer-

¹⁴ Vgl. zu ähnlichen Fällen *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 255. A.A. – *aberratio ictus* – daher vertretbar, immerhin hat S nicht nur die Personen, sondern auch die Türen verwechselt!

¹⁵ *Fahl/Winkler* (Fn. 3), S. 25.

¹⁶ Bei G war § 240 StGB nicht zu prüfen: Die Bejahung einer „*Duldung*“ der Schläge durch Gewalt würde darauf hinauslaufen, in jeder Körperverletzung zugleich eine Nötigung zu sehen, was kaum gewollt sein kann.

¹⁷ Der Sachverhalt enthält keine Informationen dazu, dass K dem S vorgegeben habe, das Opfer zu überraschen. Bei „*lebensnah*“ Sachverhaltsauslegung ist jedoch davon auszugehen, dass K alles so angeordnet hat, wie es passiert ist. Freilich darf man in der Klausur (wegen des Grundsatzes „*in dubio pro reo*“) niemals schreiben, dass von etwas „*auszugehen*“ sei, das zu Lasten des Täters wäre. Dann ist entweder anders zu formulieren – oder dem Zweifel nachzugeben und den Tatbestand zu verneinen. Jedenfalls lohnt es wegen fehlender Sachverhaltsangaben nicht, darüber lange zu spekulieren.

tigkeit der Objekte unbeachtlich ist, meint die wohl h.M.,¹⁸ dass der Irrtum des Anstifters, der ja „*gleich einem Täter*“ (§ 26 StGB) bestraft werden soll, es auch sein müsse. Insbesondere die Rspr. hat diese Ansicht schon im berühmten „*Rose-Rosahl-Fall*“¹⁹ vertreten und daran im „*Hoferbenfall*“²⁰ trotz aller Kritik festgehalten, so evident erscheint ihr dieses Gerechtigkeitsargument. Und dennoch ist dieser Ansicht mit dem sog. *Blutbad-Argument* von *Binding*²¹ zu widersprechen: Es besagt, dass etwa Rosahl im *Rose-Rosahl-Fall* unmöglich für das gesamte *Blutbad* verantwortlich gemacht werden könne, wenn Rose nach dem Schuss auf den Gymnasiasten Ernst Harnisch seinen Irrtum bemerkt und um seinen Auftrag, Schliebe zu erschießen, doch noch zu erfüllen, nacheinander einen Gymnasiasten nach dem anderen erlegt hätte, wenn doch Rosahl bestimmt nur einen einzigen Mord (an Schliebe) in Auftrag gegeben hatte. Der „*error in persona*“ des Haupttäters wirkt sich daher beim Anstifter in Wahrheit als „*aberratio ictus*“ aus (Stichwort: „*daneben getroffen*“).²²

3. § 229 StGB

Konsequenterweise ist daher Fahrlässigkeit zu prüfen.²³ Es fehlt jedoch an der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Personenverwechslung des S durch K und damit an der Sorgfaltspflichtverletzung.²⁴

III. Strafbarkeit des P

1. § 259 Abs. 1 StGB (an der CD)

a) *Tatbestandsmäßigkeit*

aa) *Objektiver Tatbestand*

P könnte eine Sache, die ein anderer, nämlich L, gestohlen hat, „*angekauft*“ haben. Die auf der CD enthaltenen Daten sind zwar keine Sachen, aber die CD ist ein körperlicher Gegenstand und damit eine Sache (§ 90 BGB). Fraglich ist, ob L sie gestohlen hat (§ 242 Abs. 1 StGB).²⁵

¹⁸ Vgl. etwa *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 4. Aufl. 2008, Rn. 162 f.

¹⁹ PreußObTrib GA 7, 322.

²⁰ BGHSt 37, 214.

²¹ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, S. 213.

²² Zur Bestrafung der „*aberratio ictus*“ als Versuch am gemeinten und Fahrlässigkeit am getroffenen Objekt s. nur *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 250. Wer bereits eine „*aberratio ictus*“ des S angenommen hat, kommt zu demselben Ergebnis.

²³ Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB) ist jedoch nur bei Verbrechen strafbar, also nicht bei – wenn auch gefährlicher – Körperverletzung.

²⁴ A.A., weil eine Verwechslung von Hotelzimmertüren, die alle gleich aussehen, auch nicht vollkommen fernliegt, vertretbar.

²⁵ Da nach der Strafbarkeit des L nicht gefragt ist, handelt es sich um eine *Inzidentprüfung*. Es ist nicht unüblich, dass *Inzidentprüfungen* weniger ausführlich ausfallen als andere, weshalb man das auch hier akzeptieren muss, solange die Probleme angesprochen werden.

Dazu müsste L eine fremde, d.h. zumindest auch im Eigentum eines anderen (nämlich der Bank) stehende,²⁶ bewegliche Sache weggenommen, d.h. fremden Gewahrsam gebrochen und neuen begründet haben. Gewahrsam wiederum ist die tatsächliche, von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft. Diese hat hier ursprünglich bei der Bank gelegen – entweder als Mitgewahrsam oder als gestufter übergeordneter Gewahrsam.²⁷ Durch Kontrektation, Apprehension, Ablation oder spätestens durch Illation – also nach allen denkbaren Ansichten²⁸ – hat L Alleingewahrsam an der CD begründet, als er sie mit zu sich nach Hause nahm. Das geschah auch ohne den Willen der Bank, also durch „Bruch“.²⁹ Fraglich ist nur, ob der Bruch fremden Mitgewahrsams ausreicht. Man könnte darin nämlich ein bloßes „Aufschwingen“ des einen Mitgewahrsamsinhabers zum Alleingewahrsamsinhaber sehen, das eher der Unterschlagung gleicht.³⁰ Die h.M. lässt aber auch dies ausreichen.³¹

Diesbezüglicher Vorsatz liegt vor. Zueignungsabsicht setzt die Absicht zumindest vorübergehender Aneignung und zumindest Vorsatz dauernder Enteignung voraus. L hat aber gar nicht vor, die CD wieder an seinen Arbeitgeber zurückgelassen zu lassen, was natürlich denkbar wäre, wenn er die Daten zu Hause auf eine eigene CD überspielen würde: So liegt der Sachverhalt hier aber nicht. Der Weiterverkauf an einen Händler ist eine typische Form der Aneignung und steht ihr nicht entgegen.

Wie sich aus § 259 Abs. 1 StGB ergibt, muss die Tat auch „rechtswidrig“ gewesen sein.³² Das ist hier jedoch fraglich im Hinblick auf die durch Schwarzgeldkonten gefährdeten Fis-

kalinteressen der Bundesrepublik. Insoweit fragt sich, ob Rechtsgüter des Staates überhaupt notstandsfähige Rechtsgüter i.S.d. § 34 StGB (Notstand) sein können.³³ Eine Meinung will darunter nur Individualrechtsgüter verstehen, ein „Staatsnotstand“ sei nicht anzuerkennen.³⁴ Der Gesetzeswortlaut enthält indes keine Anhaltspunkte für einen solchen Ausschluss. Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (Gefahr) ist gegeben; es handelt sich auch um eine „gegenwärtige“ Dauer Gefahr; und sie dürfte auch nicht anders abwendbar sein als durch den Diebstahl der CD. Insbesondere liegt ein milderes Mittel nicht darin, die Daten nur zu kopieren, was ebenfalls strafbar wäre (§ 202a StGB).

Alles kommt danach auf die von § 34 S. 1 StGB angeordnete „Interessenabwägung“ an, ob die Fiskalinteressen des Staates das „Bankgeheimnis“ überwiegen, wobei der Grad der beiden Rechtsgütern drohenden Gefahr zu bedenken ist. Einerseits sind die Fiskalinteressen der Bundesrepublik durch die fehlende Kooperation Liechtensteins seit Jahren massiv bedroht und ist die Aufdeckung von Missständen durch „Insider“ (Siemens) als sog. „whistle blowing“ durchaus erwünscht – ob auch gegen Bezahlung (Verkauf der Daten an den „Meistbietenden“, die BRD oder die Bank, – strafbar als Erpressung nach § 253 StGB –), ist noch die Frage. Andererseits wäre das wohl das Ende des Bankgeheimnisses, das immerhin Teil des Persönlichkeitsrechts ist. Spätestens auf der zweiten Stufe, der „Angemessenheitsprüfung“ des § 34 S. 2 StGB, wird man es daher scheitern lassen müssen.

Dagegen ist fraglich, ob man es auch daran scheitern lassen kann, dass dem L das sog. subjektive Rechtfertigungselement fehle. Zum einen ist fraglich, ob es eines solchen überhaupt bedarf.³⁵ Zum anderen könnte der zu fordernde „Rettungswille“ schon dann zu bejahen sein, wenn die „Rettung“ der geschützten Interessen nicht der eigentliche Beweggrund, sondern Eigeninteresse (Bezahlung) das Motiv ist.³⁶ Entsprechend den geringeren Anforderungen des Eventualvorsatzes auf Tatbestandsebene wird man sich gerade dann, wenn man sich auf die Parallelität zum Tatbestand zur Begründung des Erfordernisses des subjektiven Rechtfertigungselementes stützt, auch mit weniger als „Absicht“ hinsichtlich der Rettung begnügen müssen. Hier liegt sogar sichere Kenntnis vom Vorliegen der Notlage vor.

²⁶ Fahl/Winkler (Fn. 3), S. 89 – das „zumindest“ dient dem Miteigentumsproblem, das sich hier freilich nicht stellt: Die Bank hat Alleineigentum an der CD, allenfalls haben andere Bankmitarbeiter „Mitgewahrsam“ an der Datensicherungs-CD, siehe dazu unten.

²⁷ Nimmt man gestuften Gewahrsam an, so kann nach der Rspr. der Untergeordnete (= L) den Gewahrsam des Übergeordneten (Bank) brechen, aber nicht umgekehrt. Nach a.A. (Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 84) ist das zutreffende Ergebnis damit begründbar, dass man dem Untergeordneten Sachherrschaft im sozial-normativen Sinne (Arbeitnehmer) überhaupt nicht zuspricht: Nach beiden Ansichten (der, die „gestuften“ Gewahrsam für möglich hält und der, die „gestuften“ Gewahrsam ablehnt) wäre hier also § 242 StGB unproblematisch gegeben. Schwieriger ist es bei (bei den vielen Angestellten einer Großbank auch nicht fern liegenden) Annahme von „Mitgewahrsam“, siehe dazu unten.

²⁸ Vgl. dazu Wessels/Hillenkamp (Fn. 27), Rn. 110.

²⁹ Fahl/Winkler (Fn. 3), S. 90.

³⁰ In diesem Sinne Haffke, GA 1972, 225.

³¹ Siehe Wessels/Hillenkamp (Fn. 27), Rn. 84; bei a.A. wäre § 246 Abs. 2 StGB zu prüfen, der als „sonst gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat“ ebenfalls taugliche Vortat ist.

³² Dass die Tat „tatbestandsmäßig“ gewesen sein muss, ergibt sich aus § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB (i.V.m. § 259 Abs. 1 StGB), „schuldhaft“ muss sie nicht gewesen sein, weshalb dies hier auch nicht zu prüfen ist.

³³ Hier geht es nicht um die Frage, ob die Polizei durch § 34 StGB gerechtfertigt war (siehe dazu noch unten), sondern um die Frage, ob der Vortäter sich darauf berufen kann (vgl. Sieber, NJW 2008, 881 [884]).

³⁴ Frister (Fn. 6), Rn. 17/2; Neumann, in: Kindhäuser/ders./Paeffgen (Fn. 6), § 34 Rn. 22; Günther, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 33. Lieferung, Stand: September 2000, § 34 Rn. 24; für die Notstandsfähigkeit von Fiskalinteressen dagegen Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 34 Rn. 11; Kühl (Fn. 5), § 8 Rn. 26.

³⁵ Vgl. Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2006, 4. Problem, S. 23 ff.

³⁶ Zweifelnd Sieber, NJW 2008, 881 – in der Klausurlösung handelt es sich hierbei, genau genommen, um ein Hilfspgutachten.

Fraglich ist, ob die von L begangene Tat in Deutschland überhaupt verfolgbar wäre. Grundsätzlich gilt das deutsche Strafrecht nur für Inlandstaaten (§ 3 StGB). Die Tat richtete sich weder gegen einen Deutschen (§ 7 Abs. 1 StGB), noch wurde sie von einem Deutschen begangen (§ 7 Abs. 2 StGB). Gegen Auslandstaaten geschützte inländische Rechtsgüter oder international geschützte Rechtsgüter sind ebenfalls nicht betroffen (§§ 5, 6 StGB). Einziger Anknüpfungspunkt ist der Verkauf der CD nach Deutschland. Es ist aber fraglich, ob als „Erfolg“ i.S.v. § 9 StGB auch die „Verwertung“ der Diebstahlsbeute gesehen werden könnte. Was nur der „Beendigung“ dient (beim Diebstahl: Illation) gehört schon nicht mehr dazu.³⁷ Das muss dann erst recht für die sogar noch nach der Bergung in Liechtenstein und der Übergabe in der Schweiz liegende „Verwertung“ gelten. Jedoch kommt es darauf insofern nicht an, als auch reine „Auslandstaten“ geeignete Vortaten i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB sein können.³⁸

Neben dem Diebstahl³⁹ kommen als weitere „Taten“ i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB noch die (zumindest) subsidiär mitwirkliche Unterschlagung (§ 246 StGB) – sie ist gegen fremdes Vermögen gerichtet⁴⁰ – die „Unbefugte Verwertung oder Mitteilung eines unbefugt verschafften Geschäftsgeheimnisses“ gem. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG – auch er ist erfüllt⁴¹ und schützt fremdes Vermögen⁴² – und das Ausspähen von Daten (§ 202a StGB) in Betracht. Ob dieses aber „gegen fremdes Vermögen gerichtet“ und damit taugliche Vortat des § 259 Abs. 1 StGB ist, ist streitig. Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass § 202a StGB schon gar keine rechtswidrige Besitzlage verursacht, um deren Aufrechterhaltung es § 259 StGB geht.⁴³ Doch kommt es darauf insofern nicht an, als § 202a StGB schon tatbestandlich daran scheitert, dass die Daten, die sich auf der CD befinden (§ 202a Abs. 2 StGB), zwar möglicherweise nicht (mehr) „für ihn bestimmt“, aber nicht „gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert“ waren.⁴⁴ Auch bei § 257 StGB

ist fraglich, ob es sich dabei um eine „gegen fremdes Vermögen gerichtete“ Tat handelt.⁴⁵ Außerdem wäre es aber keine Tat, die ein anderer begangen „hat“, sondern allenfalls und gleichzeitig mit § 259 StGB der P selbst.⁴⁶

bb) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz bzgl. der Vortat, des Ankaufens und der weiteren Tatbestandsmerkmale ist gegeben. Hinzutreten muss (als überschießende Innentendenz) die Bereicherungsabsicht: Hier wollte P zwar nicht „sich“, aber doch „einen Dritten“, nämlich die Bundesrepublik, bereichern. Fraglich ist, ob die für die Bundesrepublik angestrebte Bereicherung (hinterzogene Steuern) auch „stoffgleich“ mit dem Nachteil des durch die Vortat Geschädigten, der LGT, sein muss. Selbst bei einem weiten Verständnis der „Stoffgleichheit“ in dem Sinne, dass der Vermögensvorteil und der eingetretene Schaden lediglich auf derselben Vermögensverfügung beruhen müssen, der Vermögensvorteil also bloß die „Kehrseite“ des Schadens bilden muss, kann man kaum sagen, dass der – im Wesentlichen – erlittene Imageschaden der LGT und die von der Bundesrepublik vereinnahmten Steuern noch zwei Seiten derselben Verfügung sind. Einer Meinung zufolge ist aber Stoffgleichheit als allgemeiner Grundsatz der Bereicherungsabsicht, z.B. bei §§ 253, 263 StGB etc., auch hier erforderlich.⁴⁷ Doch ist Stoffgleichheit bei § 259 StGB, wo es notwendig immer um die erlangte Sache selbst geht und Surrogate ohnehin ausscheiden, überflüssig und daher auch nicht Voraussetzung.⁴⁸

Problematisch ist darüber hinaus, ob die angestrebte Bereicherung auch „rechtswidrig“ sein muss. Schließlich erstrebte P für die Bundesrepublik nur einen Vermögensvorteil, auf den diese auch einen Anspruch hat – und für sich selbst überhaupt keinen Vermögens-, sondern allenfalls andere, immaterielle, Vorteile, z.B. Ansehen, Karriere etc. Aus den genannten Vorschriften, § 253 StGB („zu Unrecht“), § 263 StGB („rechtswidrig“), wird auch hier die Regel abstrahiert, dass die Bereicherung rechtswidrig sein muss.⁴⁹ Doch findet sich bei § 259 StGB dafür eben kein Anhaltspunkt im Wortlaut. Deshalb muss die angestrebte Bereicherung bei § 259 StGB auch nicht rechtswidrig sein.⁵⁰

b) Rechtswidrigkeit

In Betracht kommen zunächst öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse zur Rechtfertigung des Ankaufens. Die Polizei ist zur Verbrechensbekämpfung auf Informanten angewiesen, die nicht selten dafür von der Polizei auch bezahlt werden. Eine ausdrückliche polizeiliche Befugnis existiert jedoch nicht.⁵¹

³⁷ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 9 Rn. 6.

³⁸ RGSt 55, 234; Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 259 Rn. 6.

³⁹ Insofern handelt es sich folglich ebenfalls nur um hilfsgutachtliche Erwägungen.

⁴⁰ Dieser „Zweischritt“ der Prüfung ist bei der Subsumtion unter § 259 Abs. 1 StGB bei allen anderen Delikten außer Diebstahl erforderlich.

⁴¹ Siehe Schünemann, GA 2008, 314 (328 f.); Sieber, NJW 2008, 881 – dort jeweils auch zu § 124 Abs. 2 LiechtensteinStGB (Verwertung von Geschäftsgeheimnissen), der als geeignete Vortat für § 259 Abs. 1 StGB aber ausscheiden dürfte wegen § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

⁴² Da er von der Fallfrage ausgenommen ist, soll dem hier nicht weiter nachgegangen werden.

⁴³ So Trüg/Habetha, NJW 2008, 887 (888).

⁴⁴ Davon mag man bei den Kundendaten zwar regelmäßig ausgehen (Trüg/Habetha, NJW 2008, 887 [888]), solange sie sich auf dem Bankcomputer befinden, aber nicht, wenn sie sich bereits auf einer Datensicherungs-CD befinden. – Falls § 202a StGB bejaht wird, so hat P dazu jedenfalls nicht angestiftet, weil L sich die Daten schon verschafft hatte (Göres/Kleinert, NJW 2008, 1353 [1357]).

⁴⁵ RGSt 39, 237; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 259 Rn. 3, 4 bejahen das, obwohl kein Vermögensdelikt i.e.S vorliegt.

⁴⁶ Siehe dazu unten.

⁴⁷ Arzt, NSTZ 1981, 14.

⁴⁸ Fischer (Fn. 45), § 259 Rn. 3.

⁴⁹ Siehe dazu wiederum Arzt, NSTZ 1981, 14.

⁵⁰ Fischer (Fn. 45), § 259 Rn. 3.

⁵¹ Befugnisse des BND, wie sie im Originalfall eine Rolle spielten, können hier außer Betracht bleiben, siehe dazu Sie-

Ob aus der allgemeinen Aufgabennorm (Verbrechensbekämpfung) auf eine Befugnis geschlossen werden darf, wenn entsprechende Befugnisnormen fehlen, ist streitig. Einerseits dürften dafür von vornherein nur Tätigkeiten unterhalb der Eingriffsschwelle in Betracht kommen,⁵² z.B. Streifenfahrten der Polizei, und andererseits ist wohl klar, dass jedenfalls keine Befugnis daraus gefolgert werden kann, Straftatbestände zu verwirklichen.

P könnte jedoch durch § 34 StGB gerechtfertigt sein. Wie bereits gezeigt, sind auch Rechtsgüter des Staates notstandsfähig.⁵³ Eine Gefahr für die Fiskalinteressen der Bundesrepublik besteht und ist auch gegenwärtig. Ein milderer Mittel als der Ankauf von solchen Informationen durch Informanten ist angesichts der Informationspolitik Liechtensteins gegenüber bundesrepublikanischen Stellen und des dortigen Bankgeheimnisses nicht erkennbar. Bei der von § 34 S. 1 StGB angeordneten Interessenabwägung stehen sich die Vermögensinteressen der LGT – § 259 StGB schützt, gewissermaßen in „Verlängerung“, das Vermögen – und der Bundesrepublik gegenüber. Es ergibt sich also ein „Patt“ – Vermögen steht gegen Vermögen. Was aber den Grad „der ihnen drohenden Gefahren“ anbelangt, so ist die CD für die Bank leicht ersetzbar, dagegen sind die hinterzogenen Millionen für die Bundesrepublik ohne die CD unwiederbringlich verloren. Freilich muss in die Abwägung der betroffenen Güter, wie schon oben, auch das Bankgeheimnis eingestellt werden, welches damit ausgehöhlt wird. Doch kommt es darauf nicht an, wenn § 34 StGB im öffentlich-rechtlichen Bereich ohnehin ausscheidet.⁵⁴ Wenn sich die Polizei für ihre Handlungen nämlich stets auf § 34 StGB berufen könnte, so würden durch dessen Angemessenheits- bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung die engeren Voraussetzungen von öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnissen nämlich allesamt obsolet.⁵⁵ Das kann nicht richtig sein.⁵⁶

ber, NJW 2008, 881 (882); *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887 (889); *dies.*, NSTZ 2008, 481 (489).

⁵² Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 104 a.E.

⁵³ Der weiter unten geführte Streit ließe sich auch hier anknüpfen: Inwiefern sind Rechtsgüter der Allgemeinheit überhaupt notstands(hilfe)fähig – (nur) für jedermann? (nur oder gerade nicht) für die Polizei? Nur im Rahmen ihrer Befugnisse? Hier wird vornehmlich deshalb der spätere Anknüpfungspunkt gewählt, um zu zeigen, wie „knapp“ die Verneinung eigentlich ist.

⁵⁴ Überblick über den Streitstand *Hillenkamp* (Fn. 35), 5. Problem, S. 31 ff.

⁵⁵ So auch *Sieber*, NJW 2008, 881 (885) – *Schünemann*, GA 2008, 314 (329) meint, § 34 könne das Handeln des Staates allenfalls in extremen Notsituationen rechtfertigen, und meint, dass überdies die Angemessenheitsklausel im Wege stehe.

⁵⁶ Man kann ihn an der Angemessenheitsklausel (S. 2) scheitern lassen oder sogar auch die Angemessenheit noch bejahen und anschließend fragen, ob der Anwendungsbereich nicht aus übergeordneten Gründen zu reduzieren sei.

c) Schuld

Irgendwelche Anhaltspunkte, weshalb es an der Schuld fehlen sollte, sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich.⁵⁷

d) Ergebnis

Damit hat P sich gem. § 259 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

2. § 257 StGB

a) Objektiver Tatbestand

P könnte einem anderen, L, der eine rechtswidrige Tat, nämlich § 242 StGB (siehe oben) bzw. § 202a StGB, § 17 UWG (siehe oben), begangen hat, Hilfe geleistet haben. Wie oben ist es nicht erforderlich, dass die Tat deutscher Strafverfolgung unterliegt.⁵⁸ Unter Hilfeleisten versteht man eine Handlung, die objektiv geeignet und subjektiv darauf gerichtet ist, dem Vortäter die Vorteile zu sichern.⁵⁹ Das könnte hier nur das Ankaufen sein. Problematisch ist daran die Abgrenzung zur Hehlerei. Einer Meinung nach konkurrieren beide Delikte ideal (§ 52) miteinander.⁶⁰ Einer Abgrenzung bedarf es dann nicht. Nach anderer Ansicht hat die Abgrenzung im objektiven Tatbestand zu erfolgen.⁶¹ „Ankauf“ zu eigenen Zwecken ist kein Hilfeleisten gegenüber dem Vortäter. Sonst wäre jede Hehlerei nach § 259 Abs. 1 Alt. 1 StGB zugleich Begünstigung. Wenn allerdings nach der Rspr. das „Mitwirken am Verkauf der Beute“ Begünstigung sein soll,⁶² dann erst recht der Ankauf selbst.⁶³ Nach der (wohl) h.M. erfolgt die Abgrenzung erst im subjektiven Tatbestand.⁶⁴

b) Subjektiver Tatbestand

Neben dem Tatbestandsvorsatz verlangt § 257 StGB nämlich noch die „Vorteilssicherungsabsicht“. Als erstes fragt sich, ob Absicht „technisch“ zu verstehen, in dem Sinne, dass es dem Täter gerade darauf ankommen muss, den Vortäter zu begünstigen.⁶⁵ Dagegen spricht, dass ein notwendiges „Zwischenziel“ fast überall im Besonderen Teil für „Absicht“ ausreicht (z.B. §§ 40, 263 StGB⁶⁶). Dass P eigentlich ein ganz

⁵⁷ So auch *Schünemann*, NSTZ 2008, 305. *Sieber*, NJW 2008, 881 (885) erwägt einen schuldausschließenden Verbotsirrtum des Beamten.

⁵⁸ *Fischer* (Fn. 45), § 257 Rn. 3; *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887 (888); a.A. *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 34), § 257 Rn. 7; *Cramer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 257 Rn. 7.

⁵⁹ *Fahl/Winkler* (Fn. 3), S. 106.

⁶⁰ *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 38), § 257 Rn. 39.

⁶¹ Siehe *Freund/Bergmann*, JuS 1991, 221 mit Fn. 3; *Hruschka*, JR 1980, 221 (224 f.); vgl. auch *Weißer*, JuS 2005, 620 (625).

⁶² BGHSt 2, 362.

⁶³ So jedenfalls *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887 (889).

⁶⁴ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 27), Rn. 876.

⁶⁵ In diesem Sinne etwa *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 257 Rn. 25.

⁶⁶ Zu § 263 siehe *Fahl*, JA 1997, 110 (Kursbeginn- oder Bahnsteigkartenfall).

anderes „Motiv“ für den Ankauf hat, steht der Bejahung von „Absicht“ daher nicht entgegen.⁶⁷ Wohl aber müssen sich die Absicht, dem Vortäter die Vorteile der Tat zu sichern und die bejahte (Dritt-)Bereicherungsabsicht bei § 259 StGB (siehe oben) ausschließen, sollen die Grenzen zwischen § 257 und § 259 StGB sich nicht auflösen.⁶⁸ § 257 StGB scheidet daher aus.⁶⁹

IV. Ergebnis zur Strafbarkeit von S, K und P

S hat sich wegen zweier Körperverletzungen in Tateinheit, eine davon in Tateinheit mit Nötigung stehend, K hat sich wegen Anstiftung zur Körperverletzung und P wegen Hehlelei strafbar gemacht.

2. Frage (prozessualer Teil)

Die einzige Möglichkeit, warum die bei der legalen Hausdurchsuchung (§ 102 StPO) gewonnenen Erkenntnisse unverwertbar sein sollten,⁷⁰ besteht darin, dass erstens die Daten auf der CD, die die Strafverfolgungsbehörden erst auf Dr. Z. gebracht haben, ihrerseits einem Beweisverwertungsverbot unterlagen und diesem Verwertungsverbot zweitens „Fernwirkungen“ zukommen. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob die CD-Daten im Strafverfahren verwertet werden durften oder nicht. Es gibt gesetzlich normierte Beweisverwertungsverbote (z.B. § 81a Abs. 3 StPO) und unnormierte – insoweit ist anerkannt, dass die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes nicht von dessen ausdrücklicher Normierung abhängt.⁷¹

Unter den nicht normierten Beweisverwertungsverboten wiederum unterscheidet man unselbstständige Beweisverwertungsverbote, die aus einem Beweiserhebungsverbot resultieren, und selbstständige Beweisverwertungsverbote, denen kein

Verstoß gegen ein Erhebungsverbot vorangeht.⁷² Beides kommt hier in Betracht: Auch ohne vorangegangenen Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot könnte sich ein Beweisverwertungsverbot nämlich aus den Grundrechten (z.B. Art. 2 GG: Persönlichkeitsrecht, Bankgeheimnis) ergeben.⁷³ Über ein solches selbstständiges Verwertungsverbot entscheidet die sog. Abwägungslehre, bei der das Individualinteresse des Bürgers im Einzelfall gegen das Strafverfolgungsinteresse des Staates abzuwägen ist.⁷⁴

Hier liegt zwar kein Verstoß gegen ein in der StPO geregeltes Beweiserhebungsverbot in Form von „Beweisthemen-“, „Beweismittel-“ und „Beweismethodenverboten“ vor,⁷⁵ bei dem richtigerweise nicht auf die Abwägung, sondern darauf abzustellen wäre, ob der Schutzzweck der verletzten Beweiserhebungsnorm der Verwertung entgegensteht,⁷⁶ aber dafür möglicherweise ein Verstoß gegen § 259 StGB (siehe oben): Eine allgemeine Regel dafür, wann aus einem Beweiserhebungs- ein Beweisverwertungsverbot folgt, konnte jedoch noch nicht gefunden werden. Insbesondere hat sich die Ansicht, dass aus jedem Rechtsverstoß ein Beweisverwertungsverbot folgen müsse, damit der Verstoß nicht folgenlos bleibe, nicht durchsetzen können.⁷⁷ Damit bleibt es eine Frage des Einzelfalls, ob man aus dem Verstoß ein Verwertungsverbot ableiten will oder nicht.

Angenommen, die Daten waren nicht verwertbar, so folgt daraus aber noch nicht, dass auch die bei der Hausdurchsuchung gewonnenen Erkenntnisse unverwertbar sein müssen, wenn man auch in einem natürlichen Sprachsinne nicht abstreiten kann, dass es sich auch dabei um eine „Verwertung“ der auf der CD befindlichen Daten handelt. Das ist eine Frage der sog. Fernwirkungen von Beweisverwertungsverboten. Zwar gibt es auch in Deutschland eine starke Mindermeinung, die in Anlehnung an die US-amerikanische „fruits-of-the-poisonous-tree-doctrine“⁷⁸ solche entfernteren Beweismittel ausscheiden will, damit nicht der Zweck der Beweisverwertungsverbote auf diese Weise doch noch unterlaufen werden kann.⁷⁹ Die h.M. in Deutschland steht solch weit reichenden

⁶⁷ So auch *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887 (889).

⁶⁸ Die Frage ist verwandt (aber nicht identisch) mit der (zu verneinenden) Frage, ob „Dritter“ bei § 259 auch der Vortäter sein kann; s. dazu *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 2. Aufl. 2006, Rn. 309; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 27), Rn. 876 – hier war mit der BRD der Drittbereicherte nicht personengleich mit dem Vortäter. Die Frage nach der richtigen Abgrenzung von §§ 259 und 257 stellt sich trotzdem.

⁶⁹ Anders offenbar *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887 (889) und NStZ 2008, 481 (489), die unproblematisch im „Ankauf“ (sic!) einen § 257 StGB annehmen wollen (freilich auf der anderen Seite § 259 StGB scheitern lassen, weil die CD, wie sie annehmen, nicht gestohlen war) – die Lösung überzeugt aber noch aus einem anderen Grunde nicht: Da *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887 (889) zugleich Beihilfe zur Vortat, §§ 17 UWG, 27 StGB (dafür auch *Sieber*, NJW 2008, 881 [884]), annehmen, müsste die Strafbarkeit nach § 257 StGB spätestens am Strafausschließungsgrund des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB scheitern.

⁷⁰ Viele Kandidaten sind leider über die Feststellung, dass die Hausdurchsuchung selbst von § 102 StPO gedeckt war, nicht hinausgekommen.

⁷¹ *Beulke* (Fn. 52), Rn. 456.

⁷² *Beulke* (Fn. 52), Rn. 457 – interessanter Fall dazu *Röckl/Fahl*, NZA 1998, 1035 (1040).

⁷³ Ein solches Verwertungsverbot halten *Göres/Kleinert*, NJW 2008, 1353 (1357) im Liechtenstein-Fall für möglich; siehe dazu auch *Kölbel*, NStZ 2008, 242; dagegen nehmen *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot an.

⁷⁴ *Beulke* (Fn. 52), Rn. 458; speziell zum Liechtenstein-Fall *Beulke*, Jura 2008, 653 (664 f.).

⁷⁵ Zu dieser Unterscheidung *Beulke* (Fn. 52), Rn. 455: berühmtestes „Beweismethodenverbot“ wäre das „Folterverbot“, § 136a StPO.

⁷⁶ *Beulke* (Fn. 52), Rn. 458.

⁷⁷ Vgl. *Fahl*, JuS 1996, 1013 (1014 f.); *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (482).

⁷⁸ Ausführlich dazu *Fahl*, JuS 1996, 1013.

⁷⁹ Etwa *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn. 47; *Haffke*, GA 1973, 65 (80); *Otto*, GA 1970, 289 (293 f.); *Maiwald*, JuS 1978, 379 (385); *Grünwald*, JZ 1966, 489 (500); *Spendel*, NJW 1966, 1102 (1105); *ders.*, JuS 1964,

Fernwirkungen eher ablehnend gegenüber,⁸⁰ wohl weil sie die Gefahr sieht, dass sonst das Gift eines einzigen Apfels den ganzen Baum verseuchen könnte, und hat bisher eine Fernwirkung nur in Einzelfällen anerkannt.⁸¹ Ob ein Beweisverwertungsverbot Fernwirkung zeitigt, richtet sich danach nach der Lage und der Art des Verbots.⁸²

Auch wenn ein Rechtfertigungsgrund für den Ankauf der CD abgelehnt wurde (siehe oben), so spricht die „Rechtfertigungsnähe“ des Verhaltens in diesem Zusammenhang doch eher gegen eine Zubilligung von Fernwirkungen im hier zu entscheidenden Einzelfall.⁸³

465 (471); *Neuhaus*, NJW 1990, 1221; *Fezer*, JZ 1987, 937 (939) je m.w.N.

⁸⁰ Aus der Rspr. nur BGHSt 27, 355 (358); 29, 244 (249); 32, 68 (71); 34, 362 (364).

⁸¹ Etwa BGHSt 29, 244 (247).

⁸² Im Regelfall für Fernwirkungen *Beulke* (Fn. 52), Rn. 482.

⁸³ So auch *Sieber*, NJW 2008, 881 (886); für „Fernwirkungen“ im Liechtenstein-Fall dagegen *Schünemann*, GA 2008, 314 (330); *ders.*, NStZ 2008, 305 (309 f.); *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (491); wohl auch *Bruns*, StraFo 2008, 189 (191).

Übungsfall: Grenzen der Geschäftstüchtigkeit bei zivilistischem Denken im Strafrecht*

Von Wiss. Mitarbeiter **Kjell Gasa**, Rechtsreferendar Dr. **Marcus Marlie**, Kiel

Schwerpunkt der Klausur sind die Vermögensdelikte, insbesondere Fragen der Zueignungsabsicht, der Urkundendelikte sowie des Vermögensschadens. Besondere Schwierigkeiten macht der zivilrechtliche Einschlag der Klausur. Insgesamt soll der Fall zeigen, dass auch im Strafrecht kurze Sachverhalte zu zahlreichen, teilweise sehr komplexen Rechtsfragen führen können.

Sachverhalt

A kauft in einer Filiale der Baumarktkette Theoretiker am letzten Tag der einmaligen Sonderaktion „20% auf alles!“ einen Vorratssack Tiernahrung zum Preis von 80,- €. Eine Woche später sucht er den Markt erneut auf. Dabei kommt ihm die Idee, das von der Baumarktkette generell gewährte 14-tägige Rückgaberecht auszunutzen. Er entfernt ein mit einem identischen Sack fest verklebtes Preisschild (Aufdruck: „Theoretiker – 100,- €“). Zu Hause entfernt er das Preisschild vom zuvor gekauften Sack (Aufdruck: „Theoretiker – 80,- €“) und klebt an dessen Stelle das mitgenommene 100,- €-Schild. Wieder im Geschäft erklärt A der Kassiererin, den Sack zurückgeben zu wollen, legt ihn vor und erhält 100,- € ausgezahlt.

Strafbarkeit des A? (Alle erforderlichen Strafanträge sind gestellt.)

Lösungsvorschlag

1. Handlungsabschnitt: Umkleben der Preisschilder

A. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB – Urkundenunterdrückung durch Entfernen des Preisschildes am Sack im Baumarkt

A könnte sich wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Preisschild am Sack im Baumarkt entfernte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Echte Urkunde

Dann müsste es sich bei dem Preisschild zunächst um eine Urkunde gehandelt haben. Nach der herrschenden Meinung¹

* Der Fall höheren Schwierigkeitsgrades war Gegenstand einer Klausur im Rahmen der Fortgeschrittenenübung an der CAU Kiel im SS 2008.

¹ Nach der Gegenansicht ist für § 267 Abs. 1 Var.1 StGB ein Herstellungsergebnis erforderlich, welches den Anschein erweckt, eine (echte) Urkunde zu sein, während tatsächlich wenigstens eines der Merkmale des Urkundenbegriffes nicht vorliegt. Damit erfasst § 267 StGB dann aber entgegen der h.M. nicht nur die Identitätstäuschung, sondern auch Täuschungen über die Perpetuierungs- oder Beweisfunktion (vgl. *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 45. Lieferung, Stand: Juli 1998, § 267 Rn. 4 ff.; *Rotsch*, in: Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im ersten Staatsexamen, 2003, S. 397. Die Kennt-

ist eine Urkunde jede Verkörperung einer Gedankenerklärung, die geeignet und bestimmt ist, eine außerhalb ihrer selbst liegende Tatsache im Rechtsverkehr zu beweisen, und die ihren Aussteller wenigstens für die Beteiligten erkennen lässt.²

aa) Verkörperte Gedankenerklärung

Es müsste sich also zunächst um eine verkörperte Gedankenerklärung gehandelt haben. Ausreichend ist hierfür, wenn eine verkörperte Gedankenerklärung mit einem Bezugsobjekt räumlich fest zu einer Beweismittelinheit verbunden ist, so dass beide zusammen einen einheitlichen Beweis- und Erklärungsinhalt in sich vereinigen (sog. zusammengesetzte Urkunde).³ Die erst aus einer Verbindung mit einem Bezugsobjekt folgende Gedankenerklärung ist bereits dann hinreichend im Sinne der Perpetuierungsfunktion verkörpert, wenn die Verbindung nicht nur lose, sondern von einiger Festigkeit ist. Sie muss nicht etwa untrennbar sein.⁴ Das auf den Sack fest aufgeklebte Preisschild enthielt die Gedankenerklärung des Inhabers des Baumarkts, diesen Sack zum Preis von 80,- € zum Kauf anzubieten. Eine verkörperte Gedankenerklärung lag daher vor.

bb) Beweiseignung und -bestimmung

Die Gedankenerklärung müsste zum Beweis geeignet und bestimmt gewesen sein. Eine objektive Beweiseignung ist anzunehmen, wenn die verkörperte Gedankenerklärung für sich allein genommen oder in Verbindung mit anderen Umständen bei der Überzeugungsbildung mitbestimmend ins Gewicht fallen kann. Es ist nicht erforderlich, dass sie vollen Beweis erbringt. Die Gedankenerklärung muss aber einen Beweisschluss auf eine Tatsache zulassen, die außerhalb der Gedankenerklärung selbst liegt.

Die Einheit aus Futtersack und Preisschild war geeignet und auch dazu bestimmt, Beweis darüber zu erbringen, dass der Inhaber des Baumarkts den Kunden den Sack zum Preis von 80,- € anbot.

cc) Aussteller erkennbar

Auf dem Preisschild war neben dem Preis selbst (80,- €) auch der Firmenname (Theoretiker) aufgedruckt, so dass sich mit hinreichender Deutlichkeit der Aussteller der Gedankenerklärung ergab.

b) Echt

Ferner müsste die (zusammengesetzte) Urkunde auch echt gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn sie von demjenigen her-

nis dieser Gegenansicht wurde von den Bearbeitern der Klausur nicht erwartet.

² Vgl. BGHSt 3, 82 (84).

³ *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 7. Aufl. 2007, § 267 Rn. 35; BGHSt 5, 76 (79).

⁴ Allgemein zur erforderlichen Dauerhaftigkeit der Verkörperung vgl. *Hoyer* (Fn. 1), § 267 Rn. 25 f.

rührt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.⁵ Es dürften also der scheinbare und der tatsächliche Aussteller nicht auseinander fallen. Als scheinbarer Aussteller ergibt sich aus der Urkunde unmittelbar der Inhaber des Baumarktes. Tatsächlicher Aussteller ist nach der dem Ausstellerbegriff heute allgemein zugrunde gelegten Geistigkeitstheorie derjenige, der geistig hinter der Erklärung steht, weil er sie tatsächlich als seine Erklärung gelten lässt und weil sie ihm auch rechtlich als eigene zurechenbar ist. Wer die Urkunde dagegen körperlich hergestellt hat, ist für die Echtheit nicht entscheidend.⁶ Es kommt somit vorliegend nicht darauf an, ob es der Inhaber selbst war, der das Preisschild auf dem Sack angebracht hat. Jedenfalls ist ihm die Erklärung zuzurechnen, er ist daher auch tatsächlicher Aussteller der Urkunde. Die Urkunde war mithin echt.

c) Die dem Täter nicht oder nicht ausschließlich gehört

Die Urkunde dürfte nicht oder nicht ausschließlich dem Täter gehört haben. Für die Frage des „Gehörens“ i.S.d. § 274 StGB spielen die dinglichen Eigentumsverhältnisse keine Rolle, maßgeblich ist allein, wer beweisführungsberechtigt ist. Beweisführungsberechtigter war vorliegend zumindest auch der Baumarktinhaber, mithin gehörte die Urkunde nicht A (allein).

d) Vernichten, Beschädigen oder Unterdrücken

A müsste die Urkunde vernichtet, beschädigt oder unterdrückt haben. Beschädigen i.S.d. § 274 StGB ist jede Veränderung, die den Wert der Urkunde als Beweismittel beeinträchtigt.⁷ Vernichten meint die vollständige Beseitigung der beweisheblichen Substanz der Urkunde.⁸ Unterdrücken ist jede Handlung, durch die dem Berechtigten die Benutzung der Urkunde als Beweismittel entzogen oder vorenthalten wird.⁹

Dadurch, dass A Preisschild und Sack voneinander trennte und das Preisschild einsteckte, entzog er dem Baumarktinhaber die Möglichkeit der Benutzung der Urkunde und nahm ihm die unmittelbare Beweisführungsmöglichkeit über den Preis des Sacks vollständig. Mithin hat A die Urkunde unterdrückt sowie zerstört.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A handelte vorsätzlich bzgl. aller objektiven Tatumstände. Zu beachten ist insbesondere, dass er die rechtliche Bewertung des Tatobjekts als „Urkunde“ dem Begriff nach nicht kennen muss, sondern dass es vielmehr reicht, wenn er in einer Paral-

lelwertung in der Laiensphäre diejenigen Umstände kennt, die das Objekt zu einer Urkunde im rechtlichen Sinne machen.

b) Nachteilszfügungsabsicht

A müsste außerdem mit Nachteilszfügungsabsicht gehandelt haben. Der Nachteil muss nicht vermögensrechtlicher Natur sein; ausreichend ist nach h.M. jede Beeinträchtigung fremder Rechte.¹⁰ Welche Vorsatzart hier zu verlangen ist, wird indes nicht einheitlich beurteilt:

(1) Nach überwiegend vertretener Auffassung ist für die Absicht i.R.d. § 274 StGB nicht *dolus directus* 1. Grades erforderlich; ausreichend ist vielmehr die Vorstellung des Täters, dass der Nachteil des anderen die notwendige Folge der Tat ist. Absicht in diesem Sinne ist somit nach h.M. direkter Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades) unter Ausschluss des *dolus eventualis*.¹¹ Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. A wusste, dass der Baumarktinhaber nach Entfernung des Preisschildes von dem Sack den hierauf bezogenen Beweis nicht mehr erbringen konnte.

(2) Nach anderer Ansicht verlangt § 274 StGB (ebenso wie die §§ 263, 242 StGB) *dolus directus* 1. Grades für die überschießende Innentendenz.¹² Zwar wusste A sicher um den für den Baumarktinhaber entstehenden Nachteil, es kam ihm aber nicht darauf an.¹³ Mithin fehlt es nach dieser Auffassung an der Absicht im technischen Sinne.

(3) Zwar ist der zweiten Ansicht zuzugeben, dass eine unterschiedliche Interpretation des Absichtsmerkmals bei vergleichbarem Wortlaut („Absicht“) in verschiedenen Tatbeständen (*dolus directus* 1. Grades etwa bei §§ 242, 263 StGB gegenüber *dolus directus* 2. Grades etwa bei §§ 274, 267 StGB) vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG nicht unproblematisch erscheint¹⁴. Jedoch spricht die Struktur der Nachteilszfügungsabsicht für die Sichtweise der h.M.: In Bezug auf Opfernachteile ist es eher der Regelfall, dass diese – anders als es bei Tätervorteilen, wie etwa der Bereicherungsabsicht der Fall ist – nicht Motiv, sondern nur Folge des Täterhandelns sind.¹⁵ Zudem ist auch das Wortlautargument nicht zwingend. Der Begriff der „Absicht“ kommt von „absehen“ und lässt sich daher mit „voraussehen“ verbinden. Je nach Sachzusammenhang ist es deshalb durchaus möglich, die

⁵ Vgl. BGHSt 33, 159 (160).

⁶ Vgl. Gribbohm, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2007, § 267 Rn. 29.

⁷ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 274 Rn. 8.

⁸ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 274 Rn. 3.

⁹ Joecks (Fn. 3), § 274 Rn. 10.

¹⁰ Fischer (Fn. 8), § 274 Rn. 6; Hoyer (Fn. 1), § 274 Rn. 15.

¹¹ BGH NJW 1953, 1924; OLG Hamburg NJW 1964, 736 (737); Gribbohm (Fn. 6), § 274 Rn. 57; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 274 Rn. 7; Cramer/Heine (Fn. 7), § 274 Rn. 15.

¹² So Hoyer (Fn. 1), § 274 Rn. 17; Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 4, § 274 Rn. 49; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 72 Rn. 3.

¹³ Hier auf den Nachteil abzustellen, der dem Baumarktinhaber dadurch drohte, dass A sich später mithilfe des manipulierten Sacks den vermeintlichen Kaufpreis von 100,- € auszahlen ließ, wäre angesichts der bloßen Mittelbarkeit der Verknüpfung verfehlt.

¹⁴ So Hoyer (Fn. 1), § 274 Rn. 17.

¹⁵ Vgl. Cramer/Heine (Fn. 7), § 274 Rn. 15.

Wissentlichkeit in den Begriff der Absicht einzubeziehen.¹⁶ Damit spricht aber nichts mehr dagegen, aus kriminalpolitischen Gründen eine weite Interpretation der Absicht vorzunehmen. Deshalb ist i.S.d. erstgenannten Ansicht dolus directus 2. Grades ausreichend. A handelte somit in Nachteilszuefügungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig sowie schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Urkundenunterdrückung strafbar gemacht, indem er von dem Sack im Baumarkt das Preisschild entfernte.

B. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB – Urkundenunterdrückung durch Entfernen des Preisschildes am eigenen Sack

Eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung durch Entfernen des Preisschildes am eigenen Futtermittelsack scheidet daran, dass zu diesem Zeitpunkt niemand außer A das Beweisführungsrecht innehatte. Dass A den Sack später zur Täuschung einsetzen wollte (zu denken wäre evtl. an ein Beweisführungsrecht des Baumarktinhabers bzgl. des von A ehemals bezahlten Kaufpreises), ändert hieran nichts. Eine Strafbarkeit gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Entfernen des Preisschildes am eigenen Sack scheidet aus.

C. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB – Urkundenfälschung durch Austausch der Preisschilder

A könnte sich ferner wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das zuvor vom Sack im Baumarkt entfernte Preisschild auf den eigenen Sack klebte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Echte Urkunde

Wie gezeigt, handelte es sich bei Sack zzgl. Preisschild um eine zusammengesetzte echte Urkunde. Dies galt sowohl für den Sack, der sich noch im Baumarkt befand, als auch für den, den A bereits erworben hatte.

b) Verfälschen

Diese Urkunden könnte A verfälscht haben. Eine echte Urkunde wird verfälscht, wenn unbefugt nachträglich ihr Gedankeninhalt verändert wird, so dass sie etwas anderes als zuvor zum Ausdruck bringt. Bedeutend ist, dass die Urkunde infolge der Fälschung einen irreführenden Beweisgehalt vermittelt, der vom angeblichen Urheber herzurühren scheint.¹⁷

Bzgl. des noch im Baumarkt befindlichen Sacks liegen diese Voraussetzungen nicht vor: Nach Entfernung des Preisschildes war die zusammengesetzte Urkunde zwar zerstört, jedoch brachte der Sack ohne Preisschild bzw. das Preisschild

ohne Sack keinen anderen, neuen Gedankeninhalt zum Ausdruck.

Durch den Austausch der Preisschilder an dem zuvor erworbenen Sack veränderte A hingegen die Beweiseinheit aus Sack und Preisschild dahingehend, dass die Aussage nunmehr lautete: Dieser Sack kostet 100,- € und gehört damit zu der ohne Sonderpreis verkauften Tranche. Ein Verfälschen liegt daher insoweit vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A handelte vorsätzlich bzgl. aller objektiver Tatbestandsmerkmale.

b) Absicht der Täuschung im Rechtsverkehr

Darüber hinaus setzt der subjektive Tatbestand des § 267 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter zur Täuschung im Rechtsverkehr handelt. Erforderlich und ausreichend ist hierbei nach ganz h.M. dolus directus 2. Grades.¹⁸ Bedingter Vorsatz genügt dagegen nicht.¹⁹ Der direkte Vorsatz muss hierbei auf die Herbeiführung eines Irrtums bei einem anderen sowie auf die Veranlassung des Getäuschten zu einem rechtserheblichen Handeln gerichtet sein.²⁰

Als A das Schild auf dem zuvor erworbenen Sack befestigte, kam es ihm gerade darauf an, die KassiererIn darüber zu täuschen, dass er hierfür zuvor 100,- € bezahlt hatte. Die erstrebte Auszahlung der 100,- € stellt auch ein rechtserhebliches Handeln der KassiererIn dar. Mithin handelte A in Täuschungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht, als er das Preisschild auf dem von ihm zuvor erworbenen Sack austauschte. Die hierdurch

¹⁸ Vgl. BayOLG JZ 1998, 635 mit Anm. *Geppert*, Jura-Kartei 1999, § 267/25; *Cramer/Heine* (Fn. 7), § 267 Rn. 91; *Fischer* (Fn. 8), § 267 Rn. 30. Auch in diesem Zusammenhang vertritt *Hoyer* (Fn. 1), § 267 Rn. 92, eine abweichende Ansicht, indem er bzgl. der Täuschung dolus directus ersten Grades verlangt (bzgl. der Rechtserheblichkeit allerdings dolus eventualis genügen lässt). Wer oben im Rahmen der Prüfung des § 274 StGB dieser Ansicht gefolgt ist, muss dies konsequenterweise hier ebenfalls tun.

¹⁹ Der BGH hat betont, dass das Absichtsmerkmal des § 267 StGB zwar bei einer unechten oder verfälschten Urkunde den direkten Vorsatz hinsichtlich der Bewirkung eines rechtserheblichen Verhaltens durch Gebrauch voraussetze. Bezüglich der Unechtheit der Urkunde reiche aber bedingter Vorsatz aus, BGH NSTz 1999, 619.

²⁰ Vgl. BGHSt 33, 105 (109); zusammenfassend *Freund*, JuS 1994, 125 (126).

¹⁶ Vgl. *Rengier*, JZ 1990, 321 (324).

¹⁷ BGH NJW 2000, 229 (230).

gleichzeitig verwirklichte Var. 2 – Herstellen einer unechten Urkunde – tritt dahinter zurück.²¹

D. § 242 Abs. 1 StGB – Diebstahl des 100,- €-Preisschildes

A könnte sich ferner wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB durch Mitnahme des Preisschildes aus dem Baumarkt strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Indem A das Preisschild aus dem Baumarkt mitnahm, hat er den alten Gewahrsam des Baumarktinhabers gegen dessen Willen aufgehoben und neuen begründet. In objektiver Hinsicht ist allein fraglich, ob es sich bei dem Preisschild überhaupt um ein taugliches Tatobjekt i.S.d. § 242 StGB handelt. Dazu müsste es sich um eine für A fremde, bewegliche Sache handeln. Hieran könnte deshalb zu zweifeln sein, weil das Preisschild allein praktisch keinen eigenen Wert besitzt. Soweit ersichtlich, ist jedoch einhellig anerkannt, dass auch wirtschaftlich wertlose Sachen in den Schutzbereich des § 242 StGB fallen, solange sie zumindest einen immateriellen Wert besitzen.²² Der immaterielle Wert des Preisschildes liegt hier in der bereits festgestellten Beweisfunktion. Mithin handelt es sich um ein taugliches Tatobjekt i.S.d. § 242 StGB. Den objektiven Diebstahlstatbestand hat A damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist allein fraglich, ob A – der auch vorsätzlich handelte – die erforderliche Zueignungsabsicht aufwies. Hierzu müsste A die Absicht gehabt haben, die Sache sich wenigstens vorübergehend anzueignen sowie den Vorsatz, sie dem Eigentümer dauerhaft zu entziehen. Während mit Aneignung die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung gemeint ist, wird die Enteignung als Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position definiert.²³

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass A das Preisschild dem Baumarktinhaber letztendlich wieder zukommen lassen wollte, indem er es zusammen mit dem zuvor gekauften Sack gegen Auszahlung von 100,- € zurückbrachte. In derartigen Rückkehrfällen bietet sich eine vierstufige Prüfung an:²⁴

a) Vorsatzform

Zu beachten ist zunächst der Umstand, dass für die Enteignungskomponente der Zueignung *dolus eventualis* genügt.²⁵ Hält der Täter daher zumindest für möglich, dass die Sache niemals zum Eigentümer zurückkehren soll, hat er jedenfalls (Eventual-)Vorsatz dauernder Enteignung.

Dies ist hier indes nicht der Fall, A geht vielmehr sicher davon aus, das Preisschild wieder zurückzubringen.

b) Dauer der Entziehung

Weiterhin ist zu überlegen, ob bereits aus der Dauer der vorgestellten Entziehung sich ein hinreichender Enteignungsvorsatz ergibt. Gemeinhin wird die Enteignungskomponente mit dem Attribut „dauerhaft“ oder „endgültig“ belegt.²⁶ Damit ist freilich nicht der Vorsatz des Täters bzgl. einer Ewigkeitsentziehung gemeint, vielmehr kann möglicherweise auch eine vorübergehende Entziehung in bestimmten Fällen ausreichen, etwa wenn die Verwendung der Sache nach Ablauf dieser Zeitspanne jeden Sinn verloren hat.²⁷ Hierauf kommt es vorliegend aber nicht an: A wollte das Preisschild unmittelbar im Anschluss an das Verlassen des Baumarktes wieder zurückbringen. Die Anforderungen an die Dauerhaftigkeit sind mithin in keinem Fall erfüllt.

c) Eigentumsleugnung

Fraglich ist ferner, ob und wie es sich auswirkt, dass A das Preisschild nicht unter Anerkennung des Eigentums des Baumarktinhabers zurückgeben, sondern vielmehr behaupten wollte, es sei ihm zusammen mit dem Futtersack übereignet worden, dass er also das Eigentum des Baumarktinhabers leugnen wollte.

Angesichts dessen, dass der Diebstahlstatbestand das Eigentumsrecht an einer Sache schützen will und dieser Schutz nicht voraussetzt, dass der Täter das Eigentumsrecht selbst verletzt, könnte auch in solchen Fällen von Enteignung (svorsatz) auszugehen sein, in denen der präsumtive Dieb die Sache zwar zum Eigentümer zurückkehren lassen, dies jedoch unter Leugnung dessen Eigentums tun will.²⁸

Dafür spricht zwar, dass der präsumtive Dieb in gewisser Weise das Eigentumsrecht an einer Sache dahingehend angreift, dass er die Verbindung zwischen dem beim Eigentümer verbleibenden Eigentumsrecht einerseits und der körperlichen Sache andererseits auflöst. Jedoch ist zu bedenken, dass die Ausschluss- und Nutzungsfunktion des Eigentums bei derartigem Vorgehen gerade nicht beeinträchtigt wird. Zudem gibt es angesichts dessen, dass das Eigentum zivilrechtlich regelmäßig ohnehin nicht verloren gehen kann (vgl. § 935 BGB), keinen Grund für die von der Gegenansicht

eine Darstellung in dieser Breite selbst-verständlich nicht erforderlich.

²⁵ Joecks (Fn. 3), § 242 Rn. 46.

²⁶ Vgl. Eser (Fn. 22), § 242 Rn. 47; Joecks (Fn. 3), Vor § 242 Rn. 22.

²⁷ Vgl. Samson (Fn. 24), S. 381 ff.

²⁸ So etwa Samson (Fn. 24), S. 386 f.; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Fn. 12), § 242 Rn. 121.

²¹ Joecks (Fn. 3), § 267 Rn. 95.

²² Vgl. zum Ganzen Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 242 Rn. 6 ff. m.w.N. Der Ansatz, wirtschaftlich wertlose Sachen gänzlich aus dem Schutz der Eigentumsdeliktstatbestände herauszunehmen, dürfte aber ohnehin verfehlt sein, da der Diebstahl einerseits kein Vermögensdelikt ist, das einen Vermögensschaden voraussetzt, und andererseits das Eigentumsrecht gem. § 903 BGB dem Eigentümer die Befugnis verleiht, mit einer Sache „nach Belieben zu verfahren“.

²³ Fischer (Fn. 8), § 242 Rn. 33 f.

²⁴ Vgl. Samson, Wiederholungskurs und Vertiefungskurs in den Kerngebieten des Rechts, Strafrecht, Besonderer Teil, S. 373 ff. (unveröff.), der allerdings von fünf Stufen ausgeht. Aus didaktischen Gründen ist dieser Komplex vorliegend ausführlicher dargestellt. Für eine gut-achterliche Lösung ist

vorgenommenen Differenzierung. Im Ergebnis ist also mit der h.M. ein Enteignungsvorsatz allein aufgrund der Eigentumsleugnung nicht anzunehmen.

d) Wertminderung/Zueignungsgegenstand

Schließlich ist zu prüfen, ob der (nach der Tätervorstellung) zurückkehrenden Sache ihr Wert entzogen wird. Welcher Maßstab hierbei zugrunde zu legen ist, wird indes nicht einheitlich beurteilt:

Folgt man einem Ansatz, der allein auf die Sachsubstanz abstellt²⁹, scheidet auch unter diesem Gesichtspunkt eine Zueignungsabsicht aus. Die Sache soll ihrer Substanz nach ja gerade zum Eigentümer zurückkehren.

Stellt man dagegen (zumindest auch) auf einen am Wert der Sache orientierten Ansatz ab,³⁰ so ist zu differenzieren: Eine (Sachwert-)Enteignung findet – auf dem Boden dieser Ansicht – jedenfalls dann statt, wenn der Sache der in ihr verkörperte Wert (das sog. *lucrum ex re*) entzogen wird. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die Sache nach dem (vorgestellten) Enteignungsakt weniger wert ist als vorher,³¹ was hier indes zu verneinen ist.

Legt man aber den Begriff des Sachwertes weiter aus und erfasst damit auch die Möglichkeit des Täters, mit der Sache ein Geschäft zu machen bzw. dem Eigentümer einen Vermögensschaden zuzufügen (das sog. „*lucrum ex negotio cum re*“)³², so sind diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt: A will das Preisschild dazu nutzen, sich 100,- € anstatt der gezahlten 80,- € auszahlen zu lassen.

Für einen engen Sachwertbegriff spricht, dass die Anerkennung des „*lucrum ex negotio cum re*“ mit der weiten Sachwerttheorie aus den Zueignungsdelikten Bereicherungsdelikte macht. Die Zufügung von Vermögensschäden bzw. die reine vermögensmäßige Bereicherung ist aber die Domäne der Vermögensdelikte im engeren Sinne und kann nicht über den Zueignungstatbestand abgewickelt werden. Im Übrigen sprengt die weite Sachwerttheorie den Wortlaut des § 242 StGB,³³ der schließlich von Zueignungsabsicht bzgl. der Sache spricht.

²⁹ Schmitz (Fn. 28), § 242 Rn. 119; *Wolfslast*, NSStZ 1994, 542 (544); *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 167 ff.

³⁰ So die sog. „Vereinigungstheorien“, vgl. BGHSt 4, 236 (238); *Eser* (Fn. 22), § 242 Rn. 48 ff.; *Ruß*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Fn. 6), § 242 Rn. 48 f.

³¹ Exkurs: Nun ist freilich problematisch, dass mit nahezu jeder Gebrauchsanmaßung eine Wertminderung der unbefugt gebrauchten Sache verbunden ist und sich damit die Frage stellt, welches Maß an Wertminderung erforderlich ist, damit die Gebrauchsanmaßung in die Zueignung umschlägt. Aber auch hierauf kommt es vorliegend nicht an: Bei der gegebenen Verwendung des Preisschildes findet angesichts dessen, dass das Schild bereits zuvor praktisch keinen messbaren Wert besitzt, eine Wertminderung durch Gebrauch nicht statt. Auch unter diesem Gesichtspunkt lässt ein Enteignungsvorsatz sich mithin nicht bejahen.

³² *Kohlhaas*, NJW 1962, 1879 (1880); *Weiß*, JR 1995, 26 (30 f.); BGH NJW 1954, 1294.

³³ Vgl. *Schmitz* (Fn. 28), § 242 Rn. 117.

Schließlich wäre die Zueignungsabsicht bzgl. objektiv wertloser Sachen tatbestandslos.

Auch insoweit fehlt es an den Voraussetzungen der Zueignungsabsicht.

e) Ergebnis

Eine Zueignungsabsicht des A in Bezug auf das Preisschild kommt also unter keinem der genannten vier Gesichtspunkte in Betracht und ist daher insgesamt zu verneinen.

II. Ergebnis

A hat sich nicht nach § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls des Preisschildes strafbar gemacht.

E. § 303 Abs. 1 StGB – Sachbeschädigung am Sack/Preisschild im Baumarkt

Eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung an der zusammengesetzten Urkunde aus Sack und Preisschild scheidet bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung aus: Angesichts dessen, dass A das Preisschild nach dem Ablösen derart wieder verwenden kann, dass die Täuschung gelingt, ist davon auszugehen, dass die Sachsubstanz von Preisschild und Futtermittelsack nicht hinreichend erheblich beeinträchtigt wurde.

F. § 123 Abs. 1 StGB – Hausfriedensbruch im Baumarkt

Es lag ein generelles Einverständnis des Berechtigten vor. Auch ist nicht ersichtlich, dass A nach seinem äußeren Verhalten den Rahmen dieses generellen Einverständnisses überschritten haben könnte. Eine Strafbarkeit des A wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB durch Betreten des Baumarktes kommt daher nicht in Betracht.

2. Handlungsabschnitt: An der Kasse

A. § 263 Abs. 1 StGB – Betrug gegenüber der Kassiererin zu Lasten des Baumarktinhalters durch Rückgabe des Sacks gegen Auszahlung von 100,- €³⁴

A könnte sich wegen Betrugs gegenüber der Kassiererin und zu Lasten des Baumarktinhalters gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Sack gegen Auszahlung von 100,- € zurückgab.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Dadurch, dass A der Kassiererin den Sack mit dem 100,- €-Schild vorlegte, täuschte er sie jedenfalls konkludent darüber, dass er hierfür auch 100,- € gezahlt hatte. Dies glaubte die Kassiererin ihm auch, irrte sich also entsprechend. Indem sie ihm die 100,- € auszahlte, traf sie auch eine Vermögensverfügung. Das erforderliche Näheverhältnis der Kassiererin zum Vermögen des Baumarktinhalters liegt angesichts ihrer

³⁴ Hier kann sofort ein Dreiecksbetrug geprüft werden, weil ein Schaden der Kassiererin evident ausscheidet.

rechtlichen Befugnis zu einer derartigen Verfügung auch nach allen Ansichten³⁵ vor.

Problematisch ist allein, ob der Baumarktinhaber einen Vermögensschaden erlitten hat. Ein Schaden ist i.R.d. § 263 Abs. 1 StGB dann zu bejahen, wenn das Vermögen des präsumtiven Geschädigten nach der Verfügung weniger wert ist als vorher, wenn also der durch die Verfügung bewirkte Vermögensverlust nicht in wenigstens gleicher Höhe kompensiert wird.³⁶ Der Vermögensverlust bestand hier zunächst im Verlust des Eigentums und Besitzes der 100,- €. Erhalten hat der Baumarktinhaber den Futtersack. Fraglich ist, ob dieser einen Wert von (mindestens) 100,- € hatte. Stellt man auf den aktuellen Verkaufspreis als wertbildenden Faktor ab, so ergibt sich, dass der Baumarktinhaber den Sack nach der Rücknahme sofort wieder zum Preis von 100,- € verkaufen konnte. Man könnte insofern auf die Idee kommen, dass ein Schaden deshalb nicht vorliegt, weil der im Gegenzug für die 100,- € erhaltene Futtermittelsack „sein Geld wert“ war.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ein Schaden auch dann entsteht, wenn das Opfer infolge einer erst bei Erfüllung erfolgten Täuschung (sog. echter Erfüllungsbetrug) mehr leistet, als schuldrechtlich geschuldet war.³⁷ Mit der Rückgabe des Sacks übte A sein vertragliches Rücktrittsrecht aus, welches durch das beim Kauf gewährte Rückgaberecht konkludent vereinbart worden war. Durch Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB) sind aber schuldrechtliche Ansprüche beider Vertragsparteien aus dem Rückgewährschuldverhältnis entstanden. Mit Ausübung des Gestaltungsrechts hatte der Baumarktinhaber danach einen Anspruch auf Rückgewähr des Sacks Zug um Zug gegen Rückgewähr des Kaufpreises in Höhe von (nur) 80,- € (§§ 346 Abs. 1, 348 BGB). Allein aufgrund der von A bei Erfüllung seiner Herausgabepflicht vorgenommenen Täuschung über die Höhe des gezahlten Kaufpreises zahlte die Kassiererin für den Sack 100,- € statt der schuldrechtlich geschuldeten 80,- €.

Das besondere an dieser Konstellation ist, dass der Wert des nach Ausübung des Rücktrittsrechts zurück zu gewährenden Sacks nach Zahlung des Kaufpreises um 20,- € gestiegen ist. Dies dürfte der Annahme eines Schadens aber nicht entgegenstehen, da der Anspruch des Baumarktinhabers auf Herausgabe des Sacks gegen Zahlung von „nur“ 80,- € mit dem von A ausgeübten Rücktritt gleichwohl entstanden ist. Dass A aufgrund des gestiegenen Marktpreises schuldrechtlich verpflichtet ist, gegen Zahlung der 80,- € einen Sack im Wert von nunmehr 100,- € herausgeben zu müssen, stellt eine Leistung dar, die wegen des Rückgewährschuldverhältnisses mit Rechtsgrund erfolgte. Dieser Vorteil ist insofern durch die (freiwillige) Ausübung des Rücktritts durch A, also bereits vor der Täuschung im Rahmen der Erfüllung, ein nicht kondizierbarer Bestandteil des Vermögens des Baumarktin-

habers geworden, der deshalb bei der Kompensation der gezahlten 100,- € nicht in Rechnung gestellt werden darf.³⁸

Erhält das Opfer infolge der Täuschung gesetzliche Ansprüche auf einen nachträglichen Ausgleich, führen diese schon deshalb nicht zu einer Kompensation, weil diese Ansprüche die Vermögensminderung nicht unmittelbar kompensieren.³⁹ Folglich ist dem Baumarktinhaber vorliegend trotz etwaiger Ansprüche auf Rückzahlung der zuviel gezahlten 20,- € (aus Bereicherungsrecht, § 812 Abs. 1 S. 1 Var.1 BGB) ein Schaden in Höhe von 20,- € entstanden.

2. Subjektiver Tatbestand

A wusste, dass er die Kassiererin konkludent täuschte, dass sie sich auch darüber irrte, dass er für den Sack 100,- € gezahlt hatte und dass sie durch die Auszahlung der 100,- € eine Vermögensverfügung traf. In einer Parallelwertung in der Laiensphäre war ihm auch bewusst, dass der Baumarktinhaber einen Vermögensnachteil von 20,- € erlitt, auf die Kenntnis des zivilrechtlichen Hintergrundes kommt es indes nicht an.

Ferner kam es A auch gerade darauf an, sich hinsichtlich der 20,- € zu bereichern, worauf er – wie er auch wusste – keinen Anspruch hatte. Schließlich war diese erstrebte Bereicherung auch stoffgleich zum erlittenen Schaden des Baumarktinhabers.

Der subjektive Tatbestand ist daher erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig sowie schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs gegenüber der Kassiererin zu Lasten des Baumarktinhabers strafbar gemacht.

B. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB – Urkundenfälschung durch Verwendung des manipulierten Sacks

A könnte sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er den manipulierten Sack an der Kasse vorlegte.

I. Tatbestand

Dann müsste A zunächst eine verfälschte Urkunde gebraucht haben. Das Merkmal des Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde liegt vor, wenn die Urkunde dem zu Täuschenden in der Weise zugänglich gemacht wird, dass er die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Ob er tatsächlich Kenntnis nimmt, ist unerheblich.⁴⁰ Dadurch, dass A den manipulierten Sack an der Kasse vorlegte und sich hierfür 100,-€ auszahlen ließ, hat er die sich aus der manipulierten zusammengesetzten Urkunde ergebende Erklärung, der Sack sei

³⁵ Vgl. zu diesem Streitstand *Joecks* (Fn. 3), § 263 Rn. 59.

³⁶ Vgl. *Joecks* (Fn. 3), § 263 Rn. 69 ff.

³⁷ Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 13 Rn. 75.

³⁸ Mit entsprechender Argumentation dürfte ein anderes Ergebnis vertretbar sein.

³⁹ *Rengier* (Fn. 37), § 13 Rn. 67.

⁴⁰ Vgl. BGHSt 36, 64 (65).

zum Preis von 100,- € gekauft worden, der Kassiererin zugänglich gemacht, mithin eine verfälschte Urkunde gebraucht.

Dies geschah auch vorsätzlich sowie in Täuschungsabsicht (dolus directus 1. Grades).

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich somit gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB wegen Verwendung des manipulierten Sacks strafbar gemacht. Im vorliegenden Fall entsprach indes das Gebrauchen der bereits beim Verfälschen gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB vorhandenen Absicht, mithin liegt nur ein einheitliches Delikt der Urkundenfälschung vor.⁴¹

C. § 123 Abs. 1 StGB – Hausfriedensbruch im Baumarkt

Auch beim erneuten Betreten des Baumarktes lag nach wie vor ein generelles Einverständnis des Berechtigten vor. Wiederum ist nicht ersichtlich, dass A nach seinem äußeren Verhalten den Rahmen dieses generellen Einverständnisses überschritten haben könnte, eine Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1 StGB kommt mithin nicht in Betracht.

Gesamtergebnis

A hat sich gem. § 267 Abs. 1 StGB wegen (eines einheitlichen Delikts der) Urkundenfälschung strafbar gemacht. Hierzu steht die ebenfalls verwirklichte Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB angesichts dessen, dass es sich bei Sack und Preisschild im Baumarkt um eine andere Urkunde handelt als bei dem Sack außerhalb des Baumarktes, in Tateinheit, § 53 StGB. Zwischen der Täuschungshandlung des Betrug und dem Gebrauchen im Rahmen des einheitlichen Delikts der Urkundenfälschung besteht partielle Handlungsidentität, weshalb der Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber der Kassiererin und zu Lasten des Baumarktinhabers hierzu in Tateinheit gem. § 52 StGB steht.

⁴¹ Vgl. BGHSt 5, 291 (293); *Joecks* (Fn. 3), § 267 Rn. 96.

Entscheidungsanmerkung

Ende der Verjährungshemmung nach § 203 BGB bei „Einschlafenlassen“ von Verhandlungen

Eine Hemmung der Verjährung durch Aufnahme von Verhandlungen endet auch dann, wenn die Verhandlungen der Parteien „einschlafen“; die von der Rechtsprechung zu § 852 Abs. 2 BGB a.F. entwickelten Grundsätze sind auf das neue Verjährungsrecht zu übertragen. (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 203 S. 1

BGH, Urt. v. 6.11.2008 - IX ZR 158/07 (OLG Bremen, LG Bremen)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung behandelt die – sowohl praxisrelevante wie auch mühelos in einer Prüfungsaufgabe unterzubringende – Frage, wann die durch Aufnahme von Verhandlungen nach § 203 BGB bewirkte Hemmung der Verjährung endet, wenn keine Seite sich explizit weigert, die Verhandlungen fortzusetzen, sondern diese schlicht „einschlafen“.

2. Instruktiv ist das Urteil darüber hinaus deshalb, weil sich die Verjährungsproblematik dem BGH im – durchaus nicht ganz seltenen – Gewande eines Regressprozesses stellte und zwar eines Anwaltschafts-Prozesses: Der Kläger hatte im Vorprozess offene Frachtlohnforderungen gegen einen Auftraggeber eingeklagt, war jedoch rechtskräftig unterlegen, weil dieser erfolgreich die Einrede der Verjährung erhoben hatte. Daraufhin forderte der Kläger nun von dem Rechtsanwalt, der ihn im Vorprozess vertreten hatte, die Zahlung von Schadensersatz. Die Klage hatte in allen drei Instanzen Erfolg.

3. Die Schadensersatzhaftung setzt gem. §§ 675, 280 Abs. 1 BGB voraus, dass der beklagte Anwalt schuldhaft eine Pflicht aus dem Anwaltsvertrag – einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienst- bzw. Werkvertragscharakter – verletzte und dadurch dem Kläger einen Schaden zufügte. In concreto war fraglich, ob der Beklagte es schuldhaft unterlassen hatte, die Verjährungsvollendung zu verhindern und die Klägerin dadurch um den nun nicht mehr durchsetzbaren Frachtlohn brachte. Für die Begründetheit der aktuellen Regressklage war somit entscheidend, ob im Vorprozess zu Recht der Eintritt der Verjährung bejaht worden war.

4. Die verjährungsrechtlich relevanten Umstände des Falles² lesen sich wie ein Übungsfall: In casu greift nicht die dreijährige Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB ein, sondern, da es sich um Ansprüche aus einem Frachtvertrag i.S.v. §§ 407 ff. HGB handelt, die kurze einjährige Verjährungsfrist

nach § 439 Abs. 1 S. 1 HGB, deren Lauf außerdem – abweichend von § 199 Abs. 1 BGB – grundsätzlich bereits mit Ablauf des Tages beginnt, an dem das Gut abgeliefert wurde, § 439 Abs. 2 S. 1 HGB. Im Vorprozess wie auch in den Vorinstanzen des aktuellen Verfahrens wurde angenommen, dass die Verjährungsfrist danach, da die Beförderung im Juli 2003 erfolgt war, spätestens am 1.8.2003 zu laufen begonnen hatte (§ 187 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB). Ohne eine Hemmung wäre die Verjährung dann an sich nach § 188 Abs. 2 BGB am 31.7.2004 um 24 Uhr vollendet worden, wobei sich das Fristende allerdings nach § 193 BGB auf den 2.8.2004 (24 Uhr) verschoben hätte, weil der 31.7.2004 ein Samstag war. Jedoch hatte der Kläger am 31.3.2004 einen Mahnantrag nach § 690 ZPO gestellt. Dieser Antrag führte bereits mit dem Eingang beim zuständigen Amtsgericht zur Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Denn weil der Mahnbescheid durch das Mahngericht demnächst iSv § 167 ZPO zugestellt wurde, wirkte die Zustellung hinsichtlich der Verjährungshemmung auf den Zeitpunkt des Antragseingangs zurück. War damit also die Verjährung wegen Rechtsverfolgung gehemmt, so endete diese Hemmung gem. § 204 Abs. 2 S. 2 BGB sechs Monate nach der letzten Verfahrenshandlung der Parteien. Denn das Mahnverfahren war zeitweilig in Stillstand geraten, weil die Parteien es nicht mehr betrieben hatten. Die letzte Verfahrenshandlung vor dem Stillstand war am 19.5.2004 erfolgt, so dass sechs Monate später (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB), also am 20.11.2004, die Verjährung wieder hätte „anspringen“ müssen, wenn nicht die Verjährung zu diesem Zeitpunkt aus anderem Grunde gehemmt war. Da vor der Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB erst knapp acht Monate der einjährigen Frist verstrichen waren, die Zeit der Hemmung aber nach § 209 BGB nicht in die Verjährung einzurechnen ist³, wäre der Anspruch also gut vier Monate später, mithin im März 2005 verjährt, wenn nicht ein anderer Hemmungsgrund zum Tragen kam. Dass der aktuell beklagte Anwalt später, nämlich am 30.6.2005, wieder eine Verfahrenshandlung vornahm, um das Verfahren weiter zu betreiben, hätte an der bereits vollendeten Verjährung nichts mehr zu ändern vermocht.

5. Folglich war entscheidend, wie es sich auswirkte, dass der aktuell beklagte Anwalt Ende Mai 2004 als Vertreter des Klägers Vergleichsverhandlungen mit dessen Auftraggeber und Schuldner geführt hatte, die nach einem letzten, dem Kläger am 1.6.2004 zugegangenen Schreiben „eingeschlafen“ waren.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der Bundesgerichtshof schließt sich den beiden Vorinstanzen an und überträgt unter Verweis auf die Gesetzgebungs-

³ Bildlich kann man sich die Wirkung der Hemmung so vorstellen, dass eine Stoppuhr, die den gesamten Lauf der Verjährungsfrist misst, durch die Hemmung angehalten wird und erst nach deren Beendigung weiterläuft. Dagegen beginnt bei einem Neubeginn der Verjährung nach § 212 BGB die Verjährung erneut, die Stoppuhr muss dann also – bildlich gesprochen – auf Null zurückgestellt werden.

¹ www.bundesgerichtshof.de [abrufbar am 19.1.2008].

² Nähere Einzelheiten zum Sachverhalt lassen sich der ebenfalls lesenswerten zweitinstanzlichen Entscheidung des OLG Bremen entnehmen, OLG Bremen 2007, 774-777 = ZGS 2008, 118-120 = TranspR 2008, 167-171.

materialien⁴ zur Schuldrechtsmodernisierung die in der Rechtsprechung zur Verjährung nach § 852 Abs. 2 BGB a.F.⁵ im Falle schwebender Verhandlungen entwickelten Grundsätze⁶ auf § 203 BGB.⁷ Danach fällt unter ein die Hemmung beendendes „Verweigern“ auch das „Einschlafenlassen“ der Verhandlungen. Beendet wird die Hemmung in diesem Fall mit Verstreichen des Zeitpunktes, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Verhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden sollen. Das Berufungsgericht hatte in casu angenommen, dass jedenfalls sechs Monate nach dem am 1.6.2004 erfolgten Zugang des Schreibens des Auftraggebers/Schuldners mit einer Antwort des Klägers nicht mehr zu rechnen war und die Verhandlungen damit spätestens mit Ablauf des 1.12.2004 als beendet anzusehen waren. Wurde also der Ablauf der restlichen Verjährungsfrist von gut vier⁸ Monaten ab dem 2.12.2004 auch nach § 203 BGB nicht mehr länger gehemmt, so trat im April 2005 Verjährung ein. Die Verfahrenshandlung vom 30.6.2005, mit welcher der beklagte Anwalt das zuvor zum Stillstand gelangte Verfahren erstmals wieder aktiv betrieb, erfolgte also zu spät, nämlich erst nach vollendeter Verjährung und war damit nicht mehr geeignet, eine Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 2 S. 3 BGB auszulösen.

2. Eine andere Sichtweise sieht der BGH auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass der Anspruch in casu nicht der Regelverjährung, sondern der speziellen, nur einjährigen Verjährung nach § 439 HGB unterlag. Eine mit Blick auf die jeweilige Verjährungsfrist unterschiedliche Auslegung des Begriffes der „Verweigerung“ in § 203 BGB führe vielmehr zu Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit.

3. Der BGH wertet das Verhalten des Beklagten im Vorverfahren – wiederum übereinstimmend mit den Vorinstanzen – als schuldhaftes Pflichtverletzung. Er bestätigt seine

ständige Rechtsprechung⁹, nach welcher der Anwalt vertraglich verpflichtet ist, Vorkehrungen schon gegen eine drohende Verjährung zu treffen und diese Pflicht bereits wesentlich früher eintritt als die Verjährung selbst. Sie entstehe in der Regel spätestens dann, wenn ein Rechtsanwalt Dispositionen treffe, die das Risiko der Verjährung erhöhten. In casu hätte der Anwalt, so der BGH, nach dem Gebot des „sichersten Weges“ mit der Anwendung des § 203 BGB entsprechend der zu § 852 BGB a.F. ergangenen Rechtsprechung rechnen müssen. Da der BGH davon ausging, dass bei rechtzeitigen Vorkehrungen gegen die drohende Verjährung der Vorprozess gewonnen worden wäre, stand auch fest, dass der Kläger durch die Pflichtverletzung der Beklagten einen Schaden erlitten hatte.

4. Die Entscheidung verdient Zustimmung. Sie entspricht nicht nur dem Willen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgebers¹⁰, sondern überzeugt auch in der Sache: Denn die Ratio der Verjährungshemmung bei Verhandlungen liegt darin, den Parteien eine vom Druck drohender Verjährung unbeeinflusste Prüfung einer gütlichen Einigung zu ermöglichen.¹¹ Oder anders gewendet: Die Chance auf eine einvernehmliche und damit einen Rechtsstreit vermeidende Lösung soll nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass der Gläubiger sich vor die Wahl gestellt sieht, entweder Verjährungseintritt zu riskieren oder aber die – vielleicht noch gar nicht erschöpfend geführten – Verhandlungen abubrechen und sein Recht zum Zwecke der Anhaltung der Verjährung sogleich gerichtlich zu verfolgen¹². Da bei „Einschlafen“ der Verhandlungen gerade keine weiteren Bemühungen um eine vergleichsweise Einigung mehr erfolgen, fehlt es mithin an einer sachlichen Rechtfertigung für eine andauernde Verjährungshemmung.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

⁴ Der Anregung des Bundesrates, vgl. BT-Drs. 14/6857, S. 43, durch eine besondere Formulierung in § 203 BGB sicherzustellen, dass bei mangelndem Weiterbetreiben der Verhandlungen die Verjährung nicht auf unabsehbare Zeit gehemmt werde, erklärte die Bundesregierung eine Absage unter Verweis darauf, dass diese Frage bereits geklärt sei, weil bei der Auslegung von § 203 BGB auf die Rechtsprechung zu § 852 Abs. 2 BGB a.F. zurückgegriffen werden könne, vgl. BT-Drs. 14/6857, S. 7.

⁵ Die altrechtliche Regelung zur – damals noch speziell geregelten – deliktsrechtlichen Verjährung, die als Vorbild für § 203 BGB diente, lautete:

„(2) Schweben zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Ersatzberechtigten Verhandlungen über den zu leistenden Schadensersatz, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert.“

⁶ Vgl. BGHZ 152, 298, 303 m.w.Nachw.

⁷ So auch bereits BGH NJW 2008, 576 (578) u. BGH, Beschluss v. 27.3.2008 – IX ZR 185/05 (abrufbar unter: www.bundesgerichtshof.de [19.1.2009]); abw. OLG Koblenz NJW 2006, 3150 (3152).

⁸ § 203 S. 2 BGB kam deshalb nicht zum Tragen.

⁹ BGH NJW 1993, 1779 (1780); NJW 1997, 1302.

¹⁰ S. Fn. 4.

¹¹ Deutlich etwa BGH NJW 2008, 576 (577 f.) m.w.Nachw.

¹² Vgl. zur Verjährungshemmung durch Klageerhebung und andere Arten der Rechtsverfolgung § 204 BGB.

Entscheidungsanmerkung

Beweislastumkehr im Rahmen des Rückforderungsanspruchs; kein Anerkenntnis durch Bezahlung einer Rechnung

a) Die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung rechtfertigt für sich genommen weder die Annahme eines deklaratorischen noch eines „tatsächlichen“ Anerkenntnisses der beglichenen Forderung (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 – VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530).

b) Die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr findet bei allen Ansprüchen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer Anwendung, bei denen es im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Sachmängelgewährleistungsrechten des Verbrauchers darauf ankommt, ob die verkaufte Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war. Das gilt auch dann, wenn das Bestehen eines Mangels bei Gefahrübergang Vorfrage für andere Ansprüche ist. (Amtliche Leitsätze)

BGB § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 2, § 474, § 476, § 781, § 812 Abs. 1 S. 1, § 814

BGH, Urt. v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07 (LG Bonn, AG Rheinbach)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung

1. Ein Fall, mitten aus dem Leben. Zwischen einem Händler und einem Verbraucher kommt es zum Abschluss eines Kaufvertrags über einen gebrauchten Pkw. Ein knappes halbes Jahr nach Übergabe des Wagens an den Käufer tritt ein Getriebeschaden auf, weshalb sich der Käufer an den Verkäufer wendet. Nun erklärt sich der Verkäufer zur Reparatur des Wagens in seiner Werkstatt bereit und stellt dem Käufer anschließend einen Betrag von gut 1.000 € in Rechnung. Dabei beruft sich der Unternehmer auf eine in dem Kaufvertrag enthaltene Garantievereinbarung, nach der der Käufer einen Teil der Materialkosten zu tragen hat. Anstandslos zahlt der Käufer den entsprechenden Betrag. Als aber der Verbraucher erfährt, dass ihm ein gesetzlicher Anspruch auf kostenlose Reparatur zustand, wenn das Fahrzeug schon bei Gefahrübergang mangelhaft war, fordert er die Rückzahlung der 1.000 €.

2. Der Fall wirft zwei zentrale Fragen auf: Welcher Aussagegehalt, welche Bedeutung kommt der vorbehaltlosen Zahlung des Verbrauchers auf die ihm gestellte Rechnung zu? Finden die besonderen Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf uneingeschränkt auch zur Begründung eines Rückforderungsanspruchs Anwendung?

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Vorab sei die Verbrauchsgüterkaufrechtliche Rechtslage geklärt. Stellt man sich den Fall ohne Zahlungs- und Rückforderungsproblematik vor, ergibt sich folgendes Bild: Es handelt sich um einen Verbrauchsgüterkauf über ein gebrauchtes Fahrzeug. Innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigt sich ein Mangel an dem Wagen. Es lässt sich nicht mehr feststellen, ob der vorliegende übermäßige Verschleiß des Getriebes bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorlag. Gerade für diese Fallkonstellation sieht § 476 BGB vor, dass sich der Käufer auf die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung berufen kann und davon auszugehen ist, dass der Wagen bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war². In Folge dessen steht dem Verbraucher ein Anspruch auf kostenlose Reparatur des Getriebes aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zu. Der Verkäufer wäre also unzweifelhaft zur kostenlosen Nacherfüllung verpflichtet gewesen.

2. Nun stellt sich aber im vorliegenden Fall die Frage, ob die Beweislastumkehr aus § 476 BGB Anwendung findet, im Gewand des Rückforderungsanspruchs. Der Verbraucher hatte die Reparatur bereits bezahlt und fordert den Betrag zurück. Vollkommen zu Recht wendet der VIII. Zivilsenat des BGH § 476 BGB auch in dieser Konstellation an. Zu verorten hat man die Prüfung des § 476 BGB bei der Frage, ob es einen Rechtsgrund für die Bezahlung der Reparatur durch den Verbraucher gab oder ob nicht vielmehr der Verkäufer nach dem Gesetz verpflichtet gewesen wäre, sämtliche Kosten der Nacherfüllung zu tragen. Genau hier stellt sich im Rahmen des § 812 BGB die Frage, ob ein Gewährleistungsanspruch des Käufers bestand, was wiederum voraussetzt, dass der Wagen bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Auch hier steht dem Verbraucher § 476 BGB zur Seite.

3. Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn, und so hat es das LG Bonn als Berufungsinstanz gesehen³, der vorbehaltlosen Zahlung der Reparaturrechnung durch den Käufer ein weitergehender Erklärungsgehalt beigemessen werden kann:

„Durch die vorbehaltlose Bezahlung der Reparaturrechnung habe er ein Tatsachenanerkentnis im Sinne eines Zeugnisses gegen sich selbst abgegeben, welches diese Vermutung überlagere, so dass er schon aus diesem Grunde die Beweislast für das Nichtbestehen eines rechtlichen Grundes seiner Zahlung zu tragen habe.“

Es stellt sich somit die Frage, ob der Verbraucher dadurch, dass er sich anstandslos an den Reparaturkosten beteiligt hat, auf seinen gesetzlich verankerten Anspruch auf kostenlose Nachbesserung verzichtet hat. Der BGH lehnt dies in diesem Urteil völlig zu Recht ab und stellt in erfreulicher Klarheit fest, dass, soweit keine besonderen Umstände vorliegen, der vorbehaltlosen Zahlung des Verbrauchers kein über den Erfüllungswillen hinausgehender Erklärungsgehalt zukommt⁴:

² Entscheidungsgründe Rn. 14 mit Verweis auf BGH WM 2007, 2126, Rn. 16.

³ Rn. 5 des vorliegenden Urteils.

⁴ Rn. 9 - 12.

¹ Das Urteil war am 21.1.2009 abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

„a) Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass es neben dem „abstrakten“ Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) und dem im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten bestätigenden (deklaratorischen) Schuldanerkenntnis noch ein drittes („tatsächliches“) Anerkenntnis gibt, das keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners verkörpert, sondern das der Schuldner zu dem Zweck abgibt, dem Gläubiger seine Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und ihn dadurch etwa von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern. Solche „als Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst“ zu wertenden Bestätigungserklärungen können im Prozess eine Umkehr der Beweislast bewirken und stellen dabei ein Indiz dar, das der Richter – mit der gleichzeitigen Möglichkeit einer Entkräftung – bei seiner Beweiswürdigung verwerten kann (BGHZ 66, 250, 254 f.).

b) Das Berufungsgericht hat sich bei der Würdigung der geleisteten Zahlung des Klägers jedoch rechtsfehlerhaft von der Annahme leiten lassen, „die vorbehaltlose Erfüllung einer Forderung (sei) die stärkste Form eines tatsächlichen Anerkenntnisses einer Forderung“. Zwar ist die tatrichterliche Auslegung einer - auch konkludenten - Individualerklärung revisionsrechtlich nur beschränkt darauf überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind. Das ist hier indessen der Fall.

Das Berufungsgericht hat seine Annahme, die vorbehaltlose Erfüllung einer Forderung sei die stärkste Form eines tatsächlichen Anerkenntnisses einer Forderung, nicht weiter dahin vertieft, an welche Tatsachen dieses Anerkenntnis anknüpft und ob sie den Schluss tragen, dass der Kläger die Ursachen des Getriebeschadens als in seinem Verantwortungsbereich liegend angesehen hat. Es hat vielmehr nur den Umstand der Rechnungsstellung und die anschließende Bezahlung aus sich heraus ausgelegt und dem eine Bedeutung beigemessen, wie sie typischerweise einem bestätigenden (deklaratorischen) Schuldanerkenntnis zukommt, in dessen Zusammenhang die Bewertung der vorbehaltlosen Zahlung einer Rechnung als Anerkenntnis üblicherweise (allein) erörtert wird (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 1995 - X ZR 42/93, WM 1995, 1886, unter II 1; Urteil vom 11. Januar 2007 - VII ZR 165/05, NJW-RR 2007, 530, Tz. 8). Hierbei hat das Berufungsgericht übersehen, dass es ohne Feststellung näherer Umstände keine Vermutung für die Abgabe eines Anerkenntnisses gibt. Die Wertung einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung als Anerkenntnis setzt vielmehr in der Regel eine Interessenlage voraus, die zur Abgabe eines Anerkenntnisses Anlass gibt. Eine solche Interessenlage kann namentlich darin liegen, ein zwischen den Parteien bestehendes Schuldverhältnis einem Streit oder zumindest einer (subjektiven) Ungewissheit über den Bestand des Rechtsverhältnisses oder seine Rechtsfolgen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen zu entziehen (BGHZ 66, 250, 255; BGH, Urteil vom 1. Dezember 1994 - VII ZR 215/93,

WM 1995, 402, unter II 2 g; Urteil vom 11. Juli 1995, aaO; Urteil vom 11. Januar 2007, aaO). Dazu ist indessen nichts festgestellt.

Für die Bezahlung einer Rechnung ohne Erhebung von Einwendungen ist hiervon keine Ausnahme zu machen. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält über seinen Charakter als Erfüllungshandlung (§ 363 BGB) hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Das gilt auch für die tatsächlichen Grundlagen der einzelnen Anspruchsmerkmale. Zwar wird es in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als ausgeschlossen angesehen, der vorbehaltlosen Begleichung einer Rechnung zugleich eine Anerkenntniswirkung hinsichtlich der zu Grunde liegenden Forderung beizumessen. Dies erfordert aber stets ein Vorliegen weiterer Umstände, die geeignet sind, eine derartige Wertung zu tragen. Solche Umstände sind hier nicht festgestellt. Für sich genommen rechtfertigt die Bezahlung der Rechnung nicht die Annahme eines Anerkenntnisses (BGH, Urteil vom 11. Januar 2007, aaO, Tz. 9).“

Aktuell wird an dieser Stelle eine grundsätzliche Frage der Rechtsgeschäftslehre, die darin besteht, ob in einer vorbehaltlosen Zahlung weitere Erklärungen liegen. Aufgetreten ist dieses Problem etwa auch im Wohnraummietrecht. Hier stellt sich oftmals die Frage, ob sich ein Mieter, der vorbehaltlos eine Forderung des Vermieters erfüllt, deren Bestehen anerkennt. Beispielhaft sei die Zahlung der erhöhten Miete auf ein unwirksames Mieterhöhungsverlangen oder die Begleichung einer fehlerhaften Nebenkostenabrechnung genannt. Hierzu gibt es eine recht uneinheitliche Rechtsprechung desselben Senats⁵. Richtigerweise sollte man einer vorbehaltlosen Zahlung eines Verbrauchers oder Wohnraummieters nur dann eine über den Willen zur Erfüllung der an ihn gestellten Forderungen hinausgehende Bedeutung beimessen, wenn diesbezüglich deutliche Anzeichen zu erkennen sind und insoweit einen strengen Maßstab anlegen. In dem vorliegenden Urteil zu § 476 BGB ist der BGB dem gerecht geworden.

III. Examensrelevanz

Mit den Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufrechts muss sich nicht nur jeder Examenskandidat unbedingt vertraut machen. Auch während des Studiums werden das Kaufrecht im Allgemeinen und die Eigenarten der auf der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beruhenden Vorschriften gerne geprüft. Der Beweislastumkehr aus § 476 BGB kommt dabei schon insoweit zentrale Bedeutung zu, als die Vorschrift schnell zum Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung wurde⁶ und die ersten Urteile des BGH zum re-

⁵ Einerseits BGH WuM 2005, 518 und NJW 1998, 445 (446) zur Mieterhöhung und BGH NJW 2008, 283 zum Betriebskostenrecht; s. auch *Langenberg*, NJW 2008, 1269; *Artz*, NZM 2005, 367.

⁶ *Gsell*, JZ 2008, 29 und *JuS* 2005, 967; *Witt*, ZGS 2007, 386.

formierten Kaufrecht dazu ergangen sind. Mittlerweile liegt ein ganzes Bündel von Entscheidungen vor⁷. Dieses hat mit dem vorliegenden Fall Zuwachs bekommen.

Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/Heidelberg/Bielefeld

⁷ BGH NJW 2004, 2299; NJW 2005, 3490; NJW 2006, 434; NJW 2006, 1195; NJW 2006, 2250; NJW 2007, 2619; NJW 2007, 2621.

Entscheidungsanmerkung

Geltung der Sitztheorie für Schweizer Aktiengesellschaft

1. Eine außerhalb der EU und des EWR gegründete (hier: schweizerische) Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland ist ohne Neugründung nach deutschem Recht nicht als solche anzuerkennen, sondern lediglich als rechtsfähige Personengesellschaft.

2. Für eine nach §§ 5, 6 ErbbauRG erforderliche Zustimmung der Stadt zum Erwerb eines Erbbaurechts bedarf es der Erklärungen der nach § 64 GemO NRW gesamtvertretungsberechtigten Personen. Eine umfassende und einer Alleinvertretung gleichkommende Einzelvollmacht, die dem die Zustimmung erklärenden Stadtkämmerer erteilt wurde, genügt nicht für die wirksame Vertretung der Stadt, weil sie den durch § 64 GemO NRW bezweckten Schutz der Stadt unterlaufen würde. (Redaktionelle Leitsätze)

Internationales Gesellschaftsrecht; ErbbauRG §§ 5, 6; GemO NRW § 64

BGH, Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 290/07 (OLG Hamm) – („Trabrennbahn“)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Das Urteil betrifft vor allem das internationale Privatrecht der Gesellschaften, ferner das Recht der Gebietskörperschaften (hier: der Städte) und ihrer Vertretung im Rechtsverkehr. Der BGH behandelt in einem ersten Teil die Frage, ob eine Schweizer Aktiengesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, nach deutschem internationalem Privatrecht als rechtsfähig und parteifähig zu behandeln ist. Während nach der Gründungstheorie auf das Personalstatut einer Gesellschaft (d. h. ihre Innen- und Außenbeziehungen) das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem die Gesellschaft gegründet wurde, ist es nach der Sitztheorie das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hat. Der BGH musste entscheiden, ob die für Auslandsgesellschaften aus einem Mitgliedstaat der EU nach den berühmten Entscheidungen des EuGH in den Sachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ geltende Gründungstheorie² auch auf Auslandsgesellschaften aus einem Drittstaat Anwendung findet oder ob für diese die Sitztheorie gilt. Im zweiten Teil des Urteils setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, ob die für die Einräumung eines Erbbaurechts an die Schweizer Aktiengesellschaft gemäß §§ 5, 6 ErbbauRG erforderliche Zustimmung der Stadt als Grundstückseigentümerin wirksam erteilt wurde. In diesem Zusammenhang stellte sich das Problem, ob die Stadt von ihrem Stadtkämmerer wirksam vertre-

ten wurde und ob eine Ausnahme von der gesetzlich aufgrund der Gemeindeordnung geltenden Gesamtvertretung zu machen war.

2. Sachverhalt

Im Streitfall klagte eine Aktiengesellschaft, die nach Schweizer Recht gegründet worden ist, ihren Verwaltungssitz aber in Deutschland hat, auf Zahlung von Mietzins. Die Berechtigung hierzu knüpfte sich an die Frage, ob die Schweizer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht rechts- und parteifähig ist und ob sie vom Insolvenzverwalter über das Vermögen des erbbauberechtigten Trabrennvereins dessen Erbbaurecht wirksam erworben hatte. Der Trabrennverein hatte sein Erbbaurecht über die betreffenden Teile eines größeren Geländes von der Stadt erworben mit der Maßgabe, dass jede Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung der Stadt bedurfte. Die Zustimmung der Stadt zum Erwerb des Erbbaurechts durch die Schweizer Aktiengesellschaft hatte der Stadtkämmerer der Stadt aufgrund einer Einzelvollmacht erteilt, die ihn berechtigen sollte, die Stadt in allen Grundstücksangelegenheiten zu vertreten. § 64 Abs. 1 GemO NRW ordnet eine Gesamtvertretung an, wonach Erklärungen, welche die Gemeinde verpflichten, grundsätzlich schriftlich vom Bürgermeister oder seinem Stellvertreter einerseits und zusätzlich von einem vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten andererseits abzugeben seien. Ausnahmen gelten gemäß § 64 Abs. 2, 3 GemO NRW für Geschäfte der laufenden Verwaltung oder wenn ein für bestimmte Geschäfte oder einen Kreis von Geschäften ausdrücklich Bevollmächtigter die Willenserklärung im Namen der Stadt abgibt.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Beibehaltung der Sitztheorie für Drittstaatengesellschaften

Nach Auffassung des BGH ist die Schweizer Aktiengesellschaft nicht als solche in Deutschland rechts- und parteifähig. Für Gesellschaften, die nach dem Recht eines nicht zu den EU-Mitgliedstaaten oder den EWR-Vertragstaaten zählenden Drittstaates gegründet worden sind, gelte nicht die Gründungstheorie, sondern nach den allgemeinen Regeln des deutschen internationalen Privatrechts die Sitztheorie. Hiernach beurteile sich die Rechts- und Parteifähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht des Ortes, wo die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz habe. Das gelte auch für eine Schweizer Aktiengesellschaft, wenngleich die Schweiz ihre Rechtsordnung dem Recht der EU-Mitgliedstaaten angeglichen habe. Es müsse respektiert werden, dass die Schweiz nicht Mitglied der EU ist und auch das EWR-Abkommen nicht ratifiziert hat. Die aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit vom EuGH in seinen Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ entwickelte Gründungstheorie gelte daher nicht für Schweizer Gesellschaften. Weder das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), das nur die Vertragsstaaten binde, noch die EMRK, welche keine Kollisionsregeln aufstelle, geböten einen Abschied von der Sitztheorie. Ein Referentenentwurf, der bereits eine allgemeine Kodifika-

¹ BGH, NJW 2009, 289. Das Urteil kann außerdem unter www.bundesgerichtshof.de oder unter www.juris.de abgerufen werden (beide abrufbar am 19.1.2009).

² Vgl. im Einzelnen EuGH NJW 1999, 2027 (Centros); NJW 2002, 3614 (Überseering); NJW 2003, 3331 (Inspire Art).

tion der Gründungstheorie in Art. 10 EGBGB-E vorsehe, sei noch nicht Gesetz geworden und werde kontrovers diskutiert.

2. Transposition in eine inländische Personengesellschaft

Weil die klagende Schweizer Aktiengesellschaft ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, wendet der BGH daher auf die Frage ihrer Rechts- und Parteifähigkeit deutsches Recht an. Hiernach sei die Gesellschaft mangels Eintragung im Handelsregister nicht Aktiengesellschaft. Doch sei sie als rechtsfähige Personengesellschaft (OHG oder GbR) zu behandeln und könne daher – vertreten durch ihren nach der Satzung alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter – Rechte begründen und diese im Weg der Klage durchsetzen.

3. Fehlende Vertretungsmacht des Stadtkämmerers

Allerdings verwehrt der BGH der Klage der Schweizer Aktiengesellschaft im Ergebnis den Erfolg, weil die für den Erwerb des Erbbaurechts erforderliche Zustimmung der Stadt nicht wirksam erteilt worden sei. Nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG war als Inhalt des Erbbaurechts bei der Einräumung vereinbart worden, dass es nur mit Zustimmung der Stadt veräußert werden dürfe. Allein durfte der Stadtkämmerer die Stadt bei der Erteilung der Zustimmung nicht vertreten, weil es sich nicht um ein (regelmäßig wiederkehrendes) Geschäft der laufenden Verwaltung handelte und weil die Einzelvollmacht zu umfassend formuliert war („in allen Grundstücksangelegenheiten“). Die Einzelvollmacht hätte für einen wichtigen Geschäftsbereich zu einer Umgehung der nach § 64 Abs. 1 GemO NRW erforderlichen Gesamtvertretung geführt und war deshalb unwirksam. Der Stadtkämmerer handelte mithin ohne Vertretungsmacht. Eine Genehmigung oder Neuvornahme der Zustimmung war nicht erklärt worden.

III. Würdigung

1. Zur Sitztheorie

Nach herrschender Ansicht, der auch der BGH gefolgt ist, wird die „Anerkennung“ einer ausländischen Gesellschaft als rechts- und parteifähig nicht getrennt von den übrigen Fragen des Innen- und Außenverhältnisses einer Gesellschaft angeknüpft.³ Das Urteil des BGH hat daher Bedeutung für das gesamte Personalstatut einer ausländischen Gesellschaft. Es befremdet auf den ersten Blick, weshalb die räumlich nahe Schweiz ein Drittstaat sein soll, auf den die europarechtliche Gründungstheorie nicht anwendbar ist. Allein eine gewisse Angleichung des Schweizer Rechts an das Recht vieler EU-Mitgliedstaaten macht die Schweiz gewiss noch nicht zum Mitglied der EU oder zu einem Vertragstaat des EWR. Dennoch hätte der BGH die Frage, ob für die Schweiz der Gründungs- oder der Sitztheorie zu folgen ist, hier offen lassen können. Denn die betreffende Schweizer Aktiengesellschaft war nach deutschem Recht im Wege der Transposition jedenfalls als Personengesellschaft einzuordnen, die in Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze nach BGHZ 146, 341 (Weis-

ses Ross I) auch rechts- und parteifähig ist. Dass der BGH sein Urteil dennoch ausführlich mit der Sitztheorie begründet, zeigt seine Entschlossenheit, sich nur einer gesetzgeberischen Entscheidung für die generelle Anwendung der Gründungstheorie beugen zu wollen. Doch ließe sich das Urteil als Ansporn deuten, um für eine künftige gesetzliche Regelung noch überzeugendere Lösungen für die Probleme der Gründungstheorie zu finden, insbesondere um einer möglichen Umgehung der nationalen Vorschriften zum Schutz des Rechtsverkehrs, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmermitbestimmung durch so genannte Scheinauslandsgesellschaften noch wirksamer Einhalt gebieten zu können. Anhaltspunkte für eine derartige Umgehung bot der dem Urteil zugrundeliegende Fall freilich nicht.

2. Zum Umgehungsschutz von Gesamtvertretungsregelungen

Im zweiten Teil seiner Entscheidung kommt der BGH zu dem Ergebnis, der wirksamen Veräußerung des Erbbaurechts stehe gemäß § 6 Abs. 1 ErbbauRG die fehlende Zustimmung der Stadt als Grundstückseigentümerin entgegen. Es entspricht allgemeinen körperschaftsrechtlichen Grundsätzen, dass eine gesetzlich angeordnete Gesamtvertretung nicht durch eine weitgehende Einzelvertretungsmacht ausgehöhlt werden darf. Ähnliche Beschränkungen wie § 64 Abs. 3 GemO NRW enthalten zum Beispiel §§ 78 Abs. 4 S. 1 AktG, 25 Abs. 3 S. 1 GenG („bestimmte Geschäfte“ oder bestimmte Arten von Geschäften“). Auch diese Vorschriften werden derart ausgelegt, dass die grundsätzliche gesetzgeberische Entscheidung für eine Gesamtvertretung und der damit einhergehende Schutz der Körperschaft nicht in unzulässiger Weise untergraben werden darf.⁴ Dies auf eine Gebietskörperschaft anzuwenden, ist konsequent. Allerdings hätte der BGH erwägen können, ob in dem Vertrag zwischen dem Insolvenzverwalter über das Vermögen des Trabrennvereins und der Schweizer Aktiengesellschaft nicht wenigstens eine Vorausabtretung der Mietzinsforderungen aus den Mietverträgen mit dem Beklagten vereinbart worden war.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz

³ Vgl. z.B. BGHZ 78, 318 (334); BGH NZG 2004, 1001; ausführlich *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 297 ff.

⁴ Vgl. z.B. BGHZ 13, 61 (65); 34, 27 (30); BGH WM 1986, 315 (316).

Entscheidungsanmerkung

Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen

1. § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Transsexuellengesetzes ist mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar, weil er einem verheirateten Transsexuellen, der sich geschlechtsändernden Operationen unterzogen hat, die Möglichkeit, die personenstandsrechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erhalten, nur einräumt, wenn seine Ehe zuvor geschieden wird. (amtl. Leitsatz)

TSG § 8 Abs. 1 Nr. 2

BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05¹

2. Die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Strafe bedroht, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. (amtl. Leitsatz)

StGB § 173 Abs. 2 S. 2

BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07²

I. Problemstellung und Examensrelevanz

Das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) steht seit einigen Jahren wieder in besonderer Weise im Mittelpunkt der Rechtsprechung des BVerfG und der verfassungsrechtlichen Diskussion. Dabei geht es häufig um die Ausprägung des (Teil-)Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung und verwandter Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts³, aber auch um die Privat- und Intimsphäre⁴, wozu insbesondere die Sexualität des Menschen gerechnet wird. Im Jahr 2008 hat das BVerfG in diesem Zusammenhang zwei Entscheidungen getroffen, die beide den „Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre“ (BVerfG) betreffen und in denen daher das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG maßgeblich war. Unbeschadet dieser Gemeinsamkeit geht es in beiden Entscheidungen allerdings um unterschiedliche Tatbestände sexueller Selbstbestimmung: Der Beschluss des 1. Senats vom 27.5.2008, der sich mit der personenstandsrechtlichen Anerkennung von Transsexuellen befasst, betrifft die für die Persönlichkeit zentrale Geschlechtszugehörigkeit eines Menschen, während der Beschluss des 2. Senats vom 26.2.2008 betreffend das

strafrechtliche Verbot des Beischlafs zwischen Geschwistern sexuelle Handlungen und also eine viel stärker verhaltensbezogene Ausprägung der Sexualität behandelt. Man könnte bei der Schutzbereichszuordnung sogar darüber nachdenken, die sexuelle Betätigung eher dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG zu unterstellen (Aktivitätsschutz) als demjenigen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das auf den Integritätsschutz zielt. Das BVerfG greift freilich in beiden Fällen unter dem Subthema der Sexualität auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurück, wohl vor allem deshalb, weil so der verstärkend wirkende Faktor der Menschenwürde in der Grundrechtskombination mit Art. 2 Abs. 1 GG mobilisiert werden kann. Die Aktualität der neuen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht rückt die behandelten Fälle naturgemäß auch in das Blickfeld der Prüfer im Examen. Für die hier vorgestellten Fälle könnte das in besonderem Maße deswegen gelten, weil sie einerseits zu nachgerade schulmäßigen Grundrechtsprüfungen im Spannungsfeld verschiedener Grundrechtspositionen Anlass geben, andererseits aber von ihrem Gegenstand her so leicht fasslich sind, dass sie sich für Prüfungszwecke hervorragend eignen.

II. Der Transsexuellenfall⁵

In dieser Entscheidung hatte sich das BVerfG einmal mehr mit dem quantitativ eher abseitigen, in seiner existenziellen Bedeutung für die betroffenen Personen aber hochgradig wichtigen Thema der Transsexualität zu befassen, das schon in früheren Entscheidungen Gegenstand verfassungsgerichtlicher Befassung war.⁶ Schon durch diese Entscheidungen war geklärt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch Schutzwirkung dahingehend entfaltet, durch den Staat nicht an der Verwirklichung der subjektiv empfundenen Geschlechtszugehörigkeit gehindert zu werden, auch nicht in personenstandsrechtlicher Hinsicht. Die neue Entscheidung schließt daran an und komplettiert den grundrechtlichen Schutz, indem sie die Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 des TSG beanstandet, welche die personenstandsrechtliche Anerkennung des geänderten Geschlechts an die Bedingung der Ehelosigkeit knüpft.

1. Die Entscheidung

Im Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, das zur Vorlage an das BVerfG geführt hat, ging es um einen seit fast 50 Jahren verheirateten Mann, der beschlossen hatte, die äußere Geschlechtszugehörigkeit zu wechseln. Er hatte sich dazu auch schon körperlichen Eingriffen unterworfen und die personenstandsrechtliche Änderung begehrt. Nach dem Gesetz ist Voraussetzung einer solchen Änderung die Ehelosigkeit, in dem Fall, dass der Antragsteller verheiratet ist, also die vorherige Auflösung der Ehe durch Scheidung. Das BVerfG hat diese Bedingung als für mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt. Allerdings, das ist für das Verständnis der Entscheidung wichtig, wird die Ehelosigkeits-Bedingung nicht absolut und ohne jeden Vor-

¹ Download bei www.bverfg.de oder juris, abgedr. in: NJW 2008, 3117; DVBl. 2008, 1116.

² www.bverfg.de oder juris; abgedr. in: NJW 2008, 1137.

³ Zuletzt insb. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, NJW 2008, 822 (online-Durchsuchung); 11.3.2008, NJW 2008, 1505 (automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen); s. auch schon BVerfGE 115, 320 (Rasterfahndung); BVerfGE 115, 166 (Telekommunikationsüberwachung).

⁴ Vgl. noch BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008, NJW 2008, 1783 – Caroline von Hannover (zum Recht am eigenen Bild).

⁵ Dazu Hörnle, NJW 2008, 2085 ff.

⁶ BVerfGE 49, 286 (298); 60, 123 (134).

behalt für verfassungswidrig erklärt, sondern nur insofern, als „das Gesetz einem verheirateten Transsexuellen keine Möglichkeit eröffnet, die rechtliche Anerkennung seiner Geschlechtsänderung ohne Beendigung seiner rechtlich gesicherten Partnerschaft zu erlangen.“ Wenn man den Tenor genau liest, wird also schon sichtbar, dass der Gesetzgeber durchaus die Möglichkeit hätte, die Auflösung der bestehenden Ehe vorauszusetzen. Dann müsste er aber eine gleichwertige Fortsetzung der rechtlich gesicherten Partnerschaft in anderer Form vorsehen.

2. Wie begründet der Senat seine Entscheidung?

a) Es ist keine Frage, dass der durch die Bedingung der Ehelosigkeit bewirkte Zwang, eine etwa bestehende Ehe aufzulösen, eine erhebliche Erschwerung, gegebenenfalls sogar eine Vereitelung⁷ der Möglichkeit darstellt, die grundrechtlich geschützte personenstandsrechtliche Veränderung zu erreichen. Als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG muss diese Bedingung also verhältnismäßig im Hinblick auf die Realisierung eines hinreichend tragfähigen Schutzgutes sein. Das Schutzgut, um das es der Regelung geht, ist die Aufrechterhaltung der institutionellen Integrität der Ehe, zu der nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner gehört. Homosexuellen-Gemeinschaften sind danach keine Ehen im Sinne des Verfassungsbegriffs der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG. Während an der Eignung und auch wohl Erforderlichkeit der Regelung zur Verwirklichung dieses Ziels kein Zweifel ist, verneint das BVerfG die Angemessenheit. Zwar gehe es bei dem Ziel, die Ehe als Rechtsinstitut nur solchen Paaren vorzubehalten, auf die der verfassungsrechtliche Ehebegriff auch zutrifft, um ein hochrangiges Ziel. Besonders hohen Rang genieße aber auch das im Persönlichkeitsrecht gründende Recht auf personenstandsrechtliche Anerkennung des von dem Transsexuellen empfundenen und durch operative Eingriffe gewandelten Geschlechts. Dieses Recht wird, wie schon bemerkt, durch den Zwang zur (gegebenenfalls rechtlich unmöglichen) Scheidung, sogar unter bestimmten Umständen vereitelt.

b) Das BVerfG bleibt freilich bei dieser Abwägungslage nicht stehen, sondern gewinnt sein Ergebnis wesentlich aus einem zusätzlichen Gesichtspunkt, mithin der Betroffenheit der Ehegatten (also sowohl des Transsexuellen wie seines Ehepartners) in ihrem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht, um dessen institutionellen Schutz es der Regelung gerade geht, wird nun also bemerkenswerterweise zugleich auch umgekehrt gegen diese Regelung gewandt. Insofern argumentiert das Gericht, die Regelung erzeuge einen Zwang, die eheliche Lebensgemeinschaft aufzulösen, auch wenn dies von den Ehegatten gar nicht gewünscht ist. Eine solche Beeinträchtigung der Ehe sei aber mit Art. 6

⁷ Streng genommen und die Ehrlichkeit der Partner vorausgesetzt, liegen die Scheidungsvoraussetzungen bei einvernehmlichen Wunsch, die Lebensgemeinschaft fortzusetzen, nämlich nicht vor, so dass gar nicht geschieden werden darf.

Abs. 1 GG unvereinbar. Die Geschlechtsumwandlung und damit eingetretene faktisch-biologische Gleichgeschlechtlichkeit sowie die angestrebte, mit personenstandsrechtlicher Änderung eintretende auch rechtliche Gleichgeschlechtlichkeit ändere an dem Grundrechtsschutz des Art. 6 GG nichts. Insbesondere liege in dem Willen des Transsexuellen, das Geschlecht zu wechseln, kein Verzicht auf den Schutz der Ehe.

c) Diese Argumentation ist sympathisch, weil sie darauf zielt, den Partnern die rechtliche Absicherung ihrer Lebensgemeinschaft zu erhalten, wenn sie das weiterhin wünschen. Völlig überzeugend erscheint sie indessen nicht. Man kann dagegen den Einwand formulieren, dass, solange an dem verfassungsrechtlichen Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit als konstituierendem Merkmal der Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne festgehalten wird⁸, die tatbestandliche Reichweite des Grundrechts auch zwingend durch diesen Verfassungsbegriff begrenzt wird und nicht Ehen einschließen kann, die im verfassungsrechtlichen Sinne gar keine (mehr) sind, weil sie zwar vielleicht noch andere Merkmale des Ehebegriffs (Lebensgemeinschaft, Angelegtheit auf Dauer), aber eben nicht alle konstituierenden Merkmale erfüllen. Das Argument, dass die Ehe im Zeitpunkt ihres Schlusses und möglicherweise über Jahre hinweg eine verfassungskonforme Ehe war und dass die Partner darauf auch nicht verzichten wollen, kann an dieser Beurteilung schwerlich etwas ändern: Die institutionellen Merkmale der Ehe als eines staatlich verliehenen Rechtsstatus stehen nicht zur Disposition der Ehepartner. Auf die Aufrechterhaltung und Fortsetzung einer Ehe, bei der konstituierende Voraussetzungen entfallen sind (etwa auch durch Tod oder Abwendung eines Partners), gibt es keinen verfassungsrechtlichen Anspruch. Allerdings entfaltet Art. 6 Abs. 1 GG sehr wohl Nachwirkungen auch im Hinblick auf Situationen, in denen die Ehe nicht mehr besteht (insbesondere: Scheidungsfolgenrecht, Unterhalt). Diese Nachwirkungen können indessen nicht darauf gerichtet sein, den Ehestatus selbst zu erhalten, obwohl die Ehevoraussetzungen entfallen sind. Deswegen ist die vom BVerfG jetzt gezogene Schlussfolgerung, dem Gesetzgeber stehe die Möglichkeit offen, von den konstituierenden Merkmalen der Ehe für die Fälle des Geschlechtswechsels eine Ausnahme zu machen und also die Homosexuellenehe insoweit doch zuzulassen, obwohl sie eigentlich mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist, zweifelhaft.

d) Ganz anders sieht es mit der zweiten vom BVerfG ebenfalls gesehenen und eröffneten Möglichkeit des Gesetzgebers aus, den Eheleuten, bei denen die Verschiedengeschlechtlichkeits-Voraussetzung entfällt, zwar nicht den Fortbestand der Ehe im eigentlichen Sinne zu gestatten, wohl aber den Übergang in eine vergleichbare, institutionell abgesicherte Lebensform zu sichern, also eine Lebenspartnerschaft, die anders als die derzeit für Homosexuelle existierende, inhalt-

⁸ BVerfGE 105, 313 (345) – (eingetragene Lebenspartnerschaft).

lich mit dem Ehestatus voll gleichwertig ist. Diese kluge Lösung wahrt die Kongruenz von objektiven (institutionellen) und subjektiven Grundrechtsgehalten des Art. 6 Abs. 1 GG und bringt sie nicht in einen Gegensatz. Einen Anspruch auf Ehe und Fortsetzung derselben können – solange die Verschiedengeschlechtlichkeit als konstitutives Merkmal der Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne angenommen wird – ausnahmslos nur Paare erheben, die verschiedener rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit sind. Art. 6 Abs. 1 GG kann aber – wie beim Scheidungsfolgenrecht – gleichwohl rechtlich wichtige Nachwirkungen auf die naheheliche Phase erzeugen, indem daraus die gesetzgeberische Pflicht erwächst, für ein Auffangen der aus der Ehe notwendig entlassenen Partner in eine vergleichbare Rechtsform einer Lebensgemeinschaft zu sorgen. Die Entscheidung erscheint mithin völlig überzeugend, insoweit sie dem Gesetzgeber diesen Ausweg weist; sie erscheint hingegen zweifelhaft, indem sie dem Gesetzgeber die Alternative eröffnet, die Ehe selbst, entgegen den eigenen Prämissen, zu durchlöchern und ausnahmsweise eine Homosexuellehe zuzulassen. Wenn dies geschieht und also die Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit fällt, ist kaum noch zu vermitteln, warum das Institut der Ehe nicht überhaupt für gleichgeschlechtliche Partnerschaften geöffnet werden könnte, wie das in anderen Rechtsordnungen (etwa den Niederlanden) ja auch der Fall ist.

III. Der Inzestfall⁹

In dem zweiten Fall, der ein erhebliches Medienecho ausgelöst hat, hat das BVerfG über eine heftig umstrittene Strafvorschrift entschieden, mithin § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, der den Beischlaf zwischen Geschwistern unter Strafe stellt.

1. Verfassungsbeschwerdeführer war ein junger Mann, der wegen geschlechtlichen Verkehrs mit seiner noch einige Jahre jüngeren Schwester zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Beide Geschwister hatten sich in ihrer Kindheit nie kennen gelernt und waren in Pflegefamilien bzw. Heimen aufgewachsen. Im Jahr 2000 (die Schwester war zu diesem Zeitpunkt 16 Jahre alt) lernten sich beide kennen und lieben und bekamen in der Folge zusammen vier Kinder. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen und die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB für mit dem GG vereinbar erklärt.

2. Als „in erster Linie anzulegenden“ Maßstab, an dem die Strafnorm und die darauf basierende Bestrafung zu prüfen ist, identifiziert der *Senat* auch hier Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – obwohl es jetzt um sexuelle Betätigung (also Handlungsfreiheit), nicht um sexuelle Orientierung oder Identität geht. Das BVerfG ordnet aber ohne solch feinsinnige Unterscheidung auch das „Recht, geschlechtliche Beziehungen zu einem Partner nach eigener Entscheidung einzurichten“, dem vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfassenden Schutz des Intim- und Sexualbereichs des Menschen als Teil seiner Privatsphäre zu. Der *Senat* greift auf die in der Rechtsprechung entwickelte Sphärenvorstellung zurück, der

zufolge abgestufte Schutz-Niveaus zu unterscheiden sind, insbesondere ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung (Intimsphäre), und ein rechtlicher Beschränkung (mehr oder weniger weitgehend) zugänglicher Bereich, in dem der Mensch in Beziehungen zur Gemeinschaft oder sogar Öffentlichkeit tritt („Sozialsphäre“). Der *Senat* eröffnet sich den Weg zu seinem Ergebnis, die Strafvorschrift mit Mehrheit (7:1-Entscheidung) zu verteidigen, dadurch, dass er die unter Strafe gestellten Handlungen nicht dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuordnet. Ausschlaggebend dafür sei, dass der Beischlaf zwischen Geschwistern nicht ausschließlich diese selbst betreffe, sondern in die Familie und die Gesellschaft hinein wirken könne und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder habe.

Allerdings bleibt die Strafbarkeit des Geschwisterbeischlafs ein schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung und muss sich dafür auf hinreichend tragfähige Beschränkungsgründe stützen können. Damit ist freilich das Haupt-Problemfeld des Falles eröffnet. Bei dieser Strafnorm stellt sich nämlich schon die schwierige und hoch umstrittene Frage, ob überhaupt tragfähige Gründe für die Strafbarkeit identifiziert werden können. Die Richter thematisieren drei verschiedene Strafbarkeitsgründe, erstens den Schutz der Familie, zweitens den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung potentieller Opfer und schließlich, drittens, denjenigen Grund der entstehungsgeschichtlich ganz im Vordergrund der Schaffung der Strafvorschrift stand, mithin den Grund der Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten.

a) Schutz der Familie

Unter dem ersten Aspekt geht es darum, dass Inzestbeziehungen angeblich familien- und sozialschädliche Wirkungen entfalten können, die zwar sozialwissenschaftlich schwer nachweisbar seien, aber doch plausibel angenommen werden könnten. Insbesondere komme insoweit der Überschneidung von Verwandtschaftsverhältnissen und sozialen Rollenverteilungen Bedeutung zu. Art. 6 Abs. 1 GG setze ein Ordnungsgefüge voraus, das durch inzestuöse Beziehungen ins Wanken gerate und so die lebenswichtige Funktion der Familie für die Gemeinschaft entscheidend störe. Das Sondervotum des (mittlerweile aus dem Gericht ausgeschiedenen) Strafrechtslehrers *Winfried Hassemer* hält dem entgegen, dass es sich bei dem Familienschutz zwar sicherlich um ein grundsätzlich legitimes Schutzgut handle, dass aber jedenfalls die Regelung in ihrer konkreten Gestalt auf diesen Schutz gar nicht ausgerichtet sei und deswegen dieses Ziel auch nicht herangezogen werden könne, um die Regelung zu rechtfertigen. Es ist offensichtlich, dass bei dieser Argumentation Aspekte, die die Legitimität des Regelungszwecks betreffen, mit solchen, welche sich auf die Eignung der Regelung zur Verwirklichung der Zwecke beziehen, ineinander übergehen. Das ändert freilich nichts an der Überzeugungskraft des Einwands. Insbesondere wird er gestützt durch die Umstände, dass die Regelung nicht allgemein sexuelle Handlungen erfasst, sondern nur den Beischlaf, dass sie nur leibliche Geschwister bestraft, auf Pflegegeschwister oder Adoptivgeschwister aber keine Anwendung findet, und dass sie schließ-

⁹ Dazu *Hörnle*, NJW 2008, 2085 ff.; *Greco*, ZIS 2008, 234 ff.

lich auf volljährige Geschwister beschränkt ist. Eine derart „punktuelle, auf den Beischlaf reduzierte Strafdrohung widerlegt ein allgemeines Schutzinteresse“ (Sondervotum *Hassemer*). Würde es dem Gesetzgeber ferner wirklich um das Problem der Rollenverwirrung in den Verwandtschaftsbeziehungen gehen (also: die Kinder sind gleichzeitig Nichten oder Neffen), hätte er sich auf die Fortpflanzung konzentrieren können, aber nicht den Beischlaf, der heute regelmäßig nicht mehr zu Kindern führen muss, als Vorfeldtatbestand bestrafen müssen.

b) Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Teilweise vergleichbare Einwände treffen auch das angebliche Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung. Zwar handelte sich dabei um ein hochrangiges Schutzgut, das zu den Kernelementen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört. Es gibt aber durchgreifende Gründe für die Annahme, dass sein Schutz durch das Gesetz gar nicht bezweckt wird. Nachweisbar ist, dass der Gesetzgeber subjektiv eine derartige Regelungsintention nicht hatte, es sich also um einen nachträglich untergeschobenen Rechtfertigungsgrund handelt. Dies schließt die Rechtfertigung zwar nicht aus (die Interpretation und Verteidigung eines Gesetzes kann klüger sein als der Gesetzgeber). Hier spricht aber auch objektiv nichts dafür, dass die Strafbarkeit des Geschwister-Inzests einen nennenswerten Beitrag zum Schutz vor sexueller Nötigung oder sexuellem Missbrauch leisten kann. Dies wird schon daran sichtbar, dass die Fälle nicht selbstbestimmter, sondern erzwungener Sexualität im Strafgesetzbuch umfänglich und vollständig in einem anderen Abschnitt erfasst werden (§§ 174 ff. StGB). Hier geht es jeweils darum, Personen, bei denen keine volle Selbstbestimmungsfähigkeit oder Selbstbestimmung im Hinblick auf die sexuelle Betätigung vorliegt (etwa: Minderjährige, Menschen, die bedroht oder gezwungen werden), zu schützen. Bei § 173 StGB fehlt jedoch eine solche Anknüpfung, was dagegen spricht, dass es auch dieser Vorschrift um den Autonomieschutz geht. Gerade umgekehrt begrenzt diese Vorschrift die Strafbarkeit auf Volljährige, also auf ein Stadium, in dem der strafrechtliche Schutz der Selbstbestimmungsfähigkeit abgesehen von den Zwangsfällen sonst gerade aufhört und der Respekt vor der autonomen Entscheidung beginnt. Auch besteht angesichts des lückenlosen Opferschutzes durch die §§ 174 ff. StGB kein Bedürfnis für zusätzlichen Schutz sexueller Selbstbestimmung durch das Verbot des Geschwisterbeischlafs.

c) Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten

Besonders problematisch und daher auch von der entscheidungstragenden Mehrheit des *Senats* nur ergänzend herangezogen ist schließlich das Ziel der Vermeidung von Erbkrankheiten. Insoweit ist schon angesichts der Seltenheit der Fälle problematisch und umstritten, ob ein hinreichend fassbarer biologisch-medizinischer Zusammenhang zwischen dem Inzest und einem nennenswert gesteigerten Risiko von Erbkrankheiten, das über sonstige Lebensrisiken signifikant hinausgeht, gegeben ist. Ein schwerer Einwand ist darüber

hinaus aber, dass dieses Argument verfassungsrechtlich sowieso unzulässig ist, weil es darauf hinausläuft, die Erbkrankheit als Übel zu bewerten, das so gravierend ist, dass es sogar das Lebensrecht des Behinderten oder sonst Geschädigten überwiegt. Die Vermeidung erbkranken Nachwuchses und also die Verneinung solchen Lebens wäre nicht nur, wie in den Fällen der medizinischen Indikation eines Schwangerschaftsabbruchs, eine ausnahmsweise verfassungsrechtlich zulässige Option, die mit Rücksicht auf die Grundrechte vor allem der Mutter ein Absehen von rechtlichen Sanktionen ermöglicht, sondern geradezu ein Ziel staatlicher Gesetzgebung, dessen Durchsetzung überdies mit Strafe bewehrt ist. Eine solche Zielsetzung ist mit Art. 2 Abs. 2 GG und wohl auch der Menschenwürdegarantie kaum vereinbar.

3. Insgesamt sprechen also gute Gründe dafür, mit *Hassemer* anzunehmen, dass sämtliche angeführten oder denkbaren Schutzgüter der Strafdrohung für sich genommen nicht geeignet sind, die Strafbarkeit des Geschwisterbeischlafs zu tragen. Dann aber erscheint es auch nicht überzeugend zu meinen, die Verbindung und Kumulation mehrerer für sich genommen jeweils nicht ausreichender Rechtfertigungsgründe erzeuge insgesamt eine tragfähige Grundlage für die Strafnorm. Tatsächlich steht hinter der Strafdrohung wohl in Wahrheit nur eine diffuse Moralvorstellung. Das aber kann für eine Strafbarkeitsbegründung nicht ausreichen, da die Strafe als schärfster Eingriff in Freiheitsrechte stets nur ultima ratio sein kann und klare Schutzgutdefinitionen voraussetzt.

Man kann gegen die Regelung schließlich auch noch Verhältnismäßigkeitsbedenken vorbringen. Schon die Eignung ist zweifelhaft, wobei dies noch nicht für den Umstand gilt, dass die Strafdrohung in den Fällen, in denen sie zum Zuge kommt (so auch in demjenigen des Verfassungsbeschwerdeführers), kaum eine spezialpräventive Wirkung entfalten kann, also unwirksam ist, weil sich Menschen, die diesen Tatbestand begehen wollen, davon kaum durch die Strafbarkeit abschrecken lassen werden. Der Umstand, dass die Adressaten einer Strafnorm sich nicht an diese halten, macht sie noch nicht unverhältnismäßig. Wohl aber gelten die Eignungszweifel im Hinblick auf die unabweisbaren Vollzugsprobleme: Wer will und kann den Beischlaf kontrollieren? Die Realisierung des Strafanspruchs wird sich auf diejenigen Fälle beschränken müssen, in denen das Ergebnis des verbotswidrigen Tuns sichtbar wird, in denen sich also Nachwuchs einstellt. Die Regelung nimmt also eine strukturelle Ungleichbehandlung zwischen denjenigen tatbestandsmäßig erfassten Fällen, in denen Verhütungsmittel eingesetzt werden, und denjenigen, in denen das nicht der Fall ist, in Kauf. Vorhersehbare, mit der Regelung strukturell verbundene und zudem auch noch vermeidbare Ungleichbehandlungen im Vollzug begründen aber, wie das BVerfG im steuerverfassungsrechtlichen Zusammenhang entschieden hat¹⁰, einen verfassungsrechtlich beachtlichen Fehler, der schon der Regelung an sich anhaftet. Auch die Lückenhaftigkeit (nur Bei-

¹⁰ BVerfGE 84, 239 (271 ff.).

schlaf, nur volljährige, nur leibliche Geschwister) der Strafbarkeit begründet Zweifel an ihrer Eignung (sofern dies nicht schon zum Argument gegen die Legitimität des Strafziels an sich genommen wird, s. o.). Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit lässt sich gut vertreten, dass jedenfalls der angebliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung umfassend und erschöpfend durch die §§ 174 ff. StGB geleistet wird und § 173 StGB dazu nichts beitragen kann, also keinen Zusatznutzen hat, der den Grundrechtseingriff rechtfertigen könnte. Besonders zweifelhaft im Hinblick auf die Angemessenheit der Regelung ist schließlich das von den entscheidungstragenden Richtern formulierte Quantitätsargument: „Die Strafdrohung berührt nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung. Es spricht viel dafür, dass aufgrund einer Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen sind“. Dieses Argument ist problematisch, soweit es der Entscheidung für die sexuell praktizierte Geschwisterliebe die Bedeutung abspricht. Für diejenigen, für die alles darauf ankommt, mag dies die wichtigste Sache in ihrem Leben sein. Das Argument ist falsch, soweit aus der geringen Zahl auf eine geringere Eingriffsintensität und damit leichtere Rechtfertigungsfähigkeit der Strafbarkeit geschlossen wird. Für diejenigen, die von dem Verbot betroffen sind, ist der Eingriff mit gleichbleibendem Gewicht hoch. Gerade umgekehrt hätte sich von diesem Argument der kleinen Zahl her das Ergebnis aufdrängen müssen, dass die angeblichen, geltend gemachten schädlichen Auswirkungen (auf die Familie, auf die Gesundheit des Nachwuchses) um so geringere Bedeutung haben müssten und also eine Strafdrohung weder erforderten noch rechtfertigen könnten.

Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz

Entscheidungsanmerkung

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte unter Einsatz eines Pkw als „Waffe“

Der Begriff „Waffe“ darf in § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB – entgegen der bislang ganz herrschenden Meinung – nicht so weit verstanden werden, dass auch Personenkraftwagen unter ihn subsumierbar sind. Die abweichende bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verstößt gegen das strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB). (Leitsatz der Verf.)

GG Art. 103 Abs. 2; StGB §§ 1, 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1

BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07*

I. Einführung

1. „Offensichtliche Verfassungswidrigkeit“ einer ständigen Rechtsprechung

In seinem Beschluss vom 1.9.2008 erklärt das BVerfG erneut eine seit Jahrzehnten gefestigte Rechtsprechung des BGH für verfassungswidrig. Bereits im Jahre 2007 hatte das BVerfG die Anwendung des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB („gerechtfertigt oder entschuldigt“) auf unvorsätzliches Entfernen von der Unfallstelle als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG verworfen.¹ Während das Schrifttum die Judikatur zu § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB stets kritisiert hatte, trifft der aktuelle Beschluss eine nahezu unumstrittene höchstrichterliche Rechtsprechung.

Unter breiter Zustimmung der Literatur verstand der BGH den Begriff „Waffe“ in § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB „untechnisch“.² Maßgeblich sei nicht die bestimmungsgemäße

* = BVerfG NJW 2008, 3627; m. Anm. v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 68; Jahn, JuS 2009, 78.

¹ BVerfG NJW 2007, 1666; m. Anm. Brüning, ZIS 2007, 317; Dehne-Niemann, Jura 2008, 135; Geppert, DAR 2007, 380; Jahn, JuS 2007, 689; Laschewski, NZV 2007, 444; Mitsch, NZV 2008, 217; Simon, NJW 2007, 1668; instruktiv Küper, NSTZ 2008, 597.

² BGH VRS 44 (1973), 422 (423); BGHSt 26, 176 (179); BGH MDR/H 1978, 176; BGH 2 StR 146/78; BGH DRiZ 1979, 149; OLG Düsseldorf NJW 1982, 1111 (1112); OLG Celle NStZ-RR 1997, 265; bezogen auf § 125a Abs. 1 S. 2 Nr. 2: BayObLG JR 1987, 466; LG Berlin 1992, 37. Aus dem Schrifttum nur Bosch, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 2/2, § 113 Rn. 72; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 113 Rn. 38; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 113 Rn. 24; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2008, § 43 Rn. 26; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 113 Rn. 63; Horn/Wolters, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 68. Lieferung, Stand: März 2007, § 113 Rn. 27; ablehnend allein Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/ders. (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 113 Rn. 83.

Verletzungseignung (so der „technische“ Waffenbegriff zu §§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2; 244 Abs. 1 Nr. 1a; 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB); vielmehr seien „gefährliche Werkzeuge“ einzubeziehen, d.h. solche Gegenstände, die nach der Art ihrer Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.³ Das Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB erfüllte hiernach, wer zur Vermeidung seiner Festnahme auf Polizisten zu fuhr⁴ oder mit entsprechender Verwendungsabsicht Holzstangen bei sich führte.⁵ Eine Begründung für diese zumindest nicht nahe liegende Interpretation blieb die Rechtsprechung schuldig. Der bloße Verweis auf frühere Urteile, die es ihrerseits bei apodiktischen Behauptungen bewenden ließen, ersetzte das Sachargument.⁶

Das BVerfG sieht in der beschriebenen Ausdehnung des Waffenbegriffs einen Verfassungsverstoß (Art. 103 Abs. 2 GG). Mehr noch: Es gab der Verfassungsbeschwerde eines aus § 113 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB Verurteilten als „offensichtlich begründet“ statt (§ 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG).

2. Das strafrechtliche Analogieverbot

Im Strafrecht markiert der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Auslegung.⁷ Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB verbieten Analogiebildungen zu Ungunsten des Täters. Das strafrechtliche Analogieverbot schützt einerseits das Vertrauen des Einzelnen in die Vorhersehbarkeit strafrichterlicher Entscheidungen, andererseits sichert es den Grundsatz der Gewaltenteilung.⁸ Über die Grenzen des Strafrechts, dem „schärfsten Schwert des Staates“, hat allein der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zu befinden, nicht der Richter. Wo und wie aber die Grenze zwischen (noch) zulässiger richterlicher Auslegung und (schon) verbotener Analogie zu ziehen ist, bleibt umstritten. Eine einheitliche Linie lässt sich in der Rechtsprechung des BGH nicht ausmachen. Neben restriktivem Beharren auf

³ Zu den unterschiedlichen Waffenbegriffen Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 440 ff. „Untechnisch“ verstanden Rechtsprechung und Lehre den Waffenbegriff außerdem in §§ 121 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 125a S. 2 Nr. 2 StGB.

⁴ Zuletzt BGH DRiZ 1979, 149; OLG Düsseldorf NJW 1982, 1111 (1112).

⁵ OLG Celle NStZ-RR 1997, 265.

⁶ In der ersten einschlägigen Entscheidung heißt es ohne jede Problematisierung: „Da das Auto eine Waffe im nichttechnischen Sinn ist, kommt es entscheidend darauf an, ob der Angeklagte sein Fahrzeug [...] in einer Art benutzen wollte, die geeignet war, dem Polizeibeamten schwere Verletzungen zuzufügen“, BGH VRS 44 (1973), 422 (423). Nachfolgende Urteile nehmen hierauf ohne weitere Begründung Bezug, vgl. BGHSt 26, 176 (179 f.).

⁷ BVerfG NJW 2008, 3627 Rn. 12; BVerfG NJW 2007, 1666; BVerfGE 105, 135 (157); 92, 1 (12); 71, 108 (115); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 28; umfassend E. Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 100 ff.

⁸ BVerfG NJW 2008, 3627 Rn. 11; Roxin (Fn. 7), § 5 Rn. 18 ff.

engen Wortlautgrenzen finden sich zahlreiche Judikate, die den Wortsinn weit ausdehnen, ja mitunter überdehnen.

Für ein enges Wortlautverständnis stehen die Nichteinbeziehung von Körperteilen⁹ oder unbeweglichen Gegenständen¹⁰ unter das „gefährliche Werkzeug“ (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB), die unterbliebene Subsumtion innerer Organe unter den Begriff „Glied des Körpers“ (§ 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB)¹¹ oder die Straflosigkeit sog. Ersatzzehlerei (§ 259 Abs. 1 StGB)¹². Es überwiegen freilich extensive Auslegungen. So genügen dem BGH, um nur einige Beispiele zu nennen, das Zuvorkommen der Entdeckung durch plötzliches Niederschlagen für ein „Betreffen auf frischer Tat“ (§ 252 StGB),¹³ für den „Vereitelungserfolg“ wird ein „Verzögerungserfolg“ für ausreichend erachtet (§ 258 StGB),¹⁴ die bloße Gefahrenlage gilt als „Unglücksfall“ (§ 323c StGB)¹⁵ und ein vollendetes „Absetzen“ soll schon in der auf Ermöglichung des Absatzes gerichteten Tätigkeiten liegen (§ 259)¹⁶.

II. Sachverhalt und Begründungsgang

1. Sachverhalt und Verfahren

Der leicht alkoholisierte Beschwerdeführer (B) wurde wegen eines Verkehrsverstößes von der Polizei angehalten. B ignorierte die Anweisung des Polizeibeamten (P), aus dem Pkw auszusteigen, woraufhin P sich durch das geöffnete Fahrerfenster in den Wagen hineinbeugte, um den Zündschlüssel abziehen. In diesem Moment fuhr B rückwärts. P wurde – mit dem Oberkörper im Fahrzeug verbleibend – einige Meter mitgerissen, konnte sich jedoch alsbald unverletzt lösen.

Das AG Dresden sowie das LG Dresden als Berufungsinstanz (§ 74 Abs. 3 GVG, §§ 312 ff. StPO) verurteilten B aus § 113 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB. Das OLG Dresden verwarf die hiergegen gerichtete Revision ohne Haupt-

verhandlung gem. § 349 Abs. 2 StPO als „offensichtlich unbegründet“; die Subsumtion eines Pkw unter den Waffenbegriff folge ständiger Rechtsprechung. Nach Erschöpfung des Rechtswegs erhob B Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1, 2 BVerfGG), wobei er insbesondere einen Verstoß gegen sein grundrechtsgleiches Recht aus Art. 103 Abs. 2 GG geltend machte. Die Auslegung der Instanzgerichte überschreite den möglichen Wortsinn weit; unter den Waffenbegriff fielen ausschließlich Waffen im technischen Sinne. Die mit drei Richtern besetzte 2. Kammer des 2. Senats erachtete die Verfassungsbeschwerde, wie eingangs festgestellt, für „offensichtlich begründet“ und verwies unter Aufhebung des Beschlusses des OLG Dresden an selbiges zurück.¹⁷

2. Begründungsgang

Die Beschlussbegründung beginnt schulmäßig. Im Einklang mit früheren Entscheidungen sieht das BVerfG im möglichen Wortsinn des Strafgesetzes die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Weil Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren wolle, sei die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen.¹⁸ Dies gelte für Tatbestandsmerkmale ebenso wie für Strafanrohungen und Regelbeispiele.¹⁹ Entgegen dem abweichenden, bislang nahezu unangefochtenen Verständnis konstatiert das Gericht sodann, dass „Waffe“ in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB nicht mehr umfasst [ist].²⁰ Es bleibt nicht bei einer bloßen Evidenzbehauptung, wie dies bei Ausspielung des Wortlautarguments üblich ist.²¹ Vielmehr bemüht das Gericht ein halbes Dutzend lexikalischer Definitionen (Brockhaus, Duden u.a.) für den Nachweis, dass der allgemeine Sprachgebrauch nur solche Gegenstände als Waffe begreife, deren primäre Zweckbestimmung darin liege, bei Angriffen oder Verteidigungshandlungen eingesetzt zu werden, oder bei denen eine solche Verwendung zumindest typisch sei.²²

Sodann rekurriert das BVerfG auf die Gesetzessystematik und die Entstehungsgeschichte der Norm. Gegenstände, die nicht nach ihrer Zweckbestimmung, sondern allein aufgrund der Art ihrer Benutzung im Einzelfall erhebliche Verletzungen herbeiführen, gälten durchweg als „gefährliche Werkzeuge“ (z.B. in §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1a oder § 250 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1 StGB). Der Gesetzgeber habe aus-

⁹ BGH GA 1984, 124 (125); OLG Köln StV 1994, 247; ebenso die ganz h.L., a.A. *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 (822 ff.).

¹⁰ BGH NStZ-RR 2005, 75; BGH NStZ 1988, 361 (362); BGHSt 22, 235; RGSt 24, 372 (374 f.); a.A. *Rengier* (Fn. 2), § 14 Rn. 16 m.w.N.

¹¹ BGHSt 28, 100 (102); a.A. *Rengier* (Fn. 2), § 15 Rn. 7 ff.

¹² BGHSt 9, 137 (139); BGH NJW 1969, 1260 (1261); a.A. bei Geldumtausch *Rudolphi*, JA 1981, 1 (4).

¹³ BGHSt 26, 95 (97); andere sehen den „Wortsinn mit einem Analogieschluss sehr deutlich überschritten“, so *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 368.

¹⁴ BGHSt 15, 18 (21); 45, 97 (101); ablehnend *Vornbaum*, in: *Hettinger u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 663 (665 ff.).

¹⁵ BGHSt 6, 147 (152); bedenklich *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 323c Rn. 5: „Auch ein bevorstehendes Unglück ist ein Unglücksfall“.

¹⁶ BGHSt 27, 45 (47 ff.); BGH NStZ 1990, 539; zustimmend *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 13), Rn. 867; für die abweichende h.L. *Fischer* (Fn. 2), § 259 Rn. 19d; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 22 Rn. 34. Auch der BGH hatte zunächst festgestellt, dass der „Sinngelhalt des Wortes Absetzen“ den tatsächlichen Absatz verlange, BGH NJW 1976, 1698 (1699).

¹⁷ Das Verfahren ist bemerkenswert. Während das OLG Dresden die auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützte Revision einstimmig als „offensichtlich unbegründet“ verwarf (§ 349 Abs. 2 StPO), beurteilt das BVerfG die Verfassungsbeschwerde als „offensichtlich begründet“!

¹⁸ BVerfG NJW 2008, 3627 Rn. 12; BVerfG NJW 2007, 1666; BVerfGE 71, 108 (115); *Roxin* (Fn. 7), § 5 Rn. 28, 37. Kritisch *E. Simon* (Fn. 7), S. 111, der stattdessen auf den juristischen Sprachgebrauch abhebt.

¹⁹ BVerfG 14; ebenso *Roxin* (Fn. 7), § 5 Rn. 2, 40.

²⁰ BVerfG NJW 2008, 3628 Rn. 15.

²¹ Mit zahlreichen Beispielen für bloße Evidenzbehauptungen *E. Simon* (Fn. 7), S. 47 ff.

²² BVerfG NJW 2008, 3628 Rn. 17.

weislich der Materialien bewusst auf die Ergänzung des § 113 Abs. 2 StGB um den Begriff des gefährlichen Werkzeugs verzichtet.²³

III. Kritik

1. Verstoß gegen den allgemeinen Sprachgebrauch?

Anzuerkennen ist das Bemühen des BVerfG, überdehnten fachgerichtlichen Auslegungen Einhalt zu gebieten. Gleichwohl gibt die Beschlussbegründung Anlass zu Kritik. Der erste Einwand betrifft das zentrale Argument des BVerfG, die behauptete Unvereinbarkeit zwischen fachgerichtlicher Subsumtion und allgemeinem Sprachgebrauch. Schon die angeführten lexikalischen Definitionen vermögen den vermeintlich entgegenstehenden Sprachgebrauch nicht zu belegen. So fallen unter „Mittel, die zum Angriff auf einen Gegner bzw. zur Selbstverteidigung oder auch zu weidmännischen oder sportlichen Zwecken dienen“²⁴ durchaus auch gefährliche Werkzeuge. Gleiches gilt für „Geräte, Instrumente, Vorrichtungen als Mittel zum Angriff auf einen Gegner, zum Erlegen von Tieren, zur Zerstörung von Bauwerken, technischen Anlagen usw. oder zur Verteidigung“²⁵. Die lexikalischen Definitionen sprechen demnach nicht von Mitteln, die für einen Zweck bestimmt sind, sondern von Mitteln, die einem Zweck dienen können. Dies umschreibt aber nach juristischem Verständnis den Begriff des gefährlichen Werkzeuges und gerade nicht den der Waffe.

Normadressaten als juristische Laien differenzieren überdies nicht zwischen Waffen und gefährlichen Werkzeugen. Der Baseballschläger in der Hand eines Neonazis wird ohne weiteres als Waffe begriffen. Außerdem lässt sich eine Vielzahl von Beispielen aus unterschiedlichsten Lebensbereichen anführen, die einen weiten Waffenbegriff belegen. So sprechen historische Abhandlungen vom „Gesetz als Waffe“²⁶, Kinofilme tragen Titel wie „Die Waffen der Frau“, in der Popkultur singt Xavier Naidoo „unsere Waffe nennt sich unser Verstand“ und in der Hochkultur schreibt Johann Wolfgang von Goethe „Worte sind des Dichters Waffen.“²⁷

Gegen die Annahme des BVerfG spricht schließlich, dass Rechtsprechung und Lehre einen zweckentfremdeten Pkw im Rahmen des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB („einen ähnlichen ebenso gefährlichen Eingriff vornimmt“) unbedenklich als „Waffe“ bezeichnen. Das gilt etwa bei einem bewusst zweckwidrigen Einsatz in verkehrsfeindlicher Einstellung, bei welchem

„das Fahrzeug mit Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe [...] – missbraucht wird.“²⁸

2. Verfassungsverstoß oder fehlerhafte fachgerichtliche Auslegung?

Das BVerfG lässt es nicht mit Wortlautargumenten bewenden. Obwohl es einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG festgestellt hat, schließen sich umfangreiche systematische und entstehungsgeschichtliche Erwägungen an. Diese Ausführungen nehmen sogar deutlich mehr Raum ein als die Wortlautargumentation. Das „Nachschieben quasi fachgerichtlicher Überlegungen“²⁹ führt zu einem zweiten, schwerwiegenden Einwand. Es droht eine Verwischung fachgerichtlicher- und verfassungsgerichtlicher Kompetenzen. Eine auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde eröffnet dem BVerfG kein allumfassendes Prüfungsrecht. Verfassungswidrig sind allein Analogiebildungen zu Lasten des Täters, nicht aber unsachgemäße Auslegungen. Anderenfalls käme dem BVerfG tatsächlich die Position einer „Superrevisionsinstanz“ zu. Dem BVerfG ist es grundsätzlich verwehrt, ein über Art. 103 Abs. 2 GG angefochtenes Strafurteil unter Rekurs auf einfachgesetzliche Erwägungen aufzuheben.³⁰ Eine Ausnahme ist allein denkbar, wenn sich eine vom Wortsinn gedeckte fachgerichtliche Auslegung aus teleologischen, systematischen und entstehungsgeschichtlichen Gesichtspunkten als unhaltbar und geradezu willkürlich erweist.³¹

Das BVerfG hätte somit seine Überlegungen nach dem festgestellten Wortlautverstoß beenden müssen, die anschließenden entstehungsgeschichtlichen und systematischen Ausführungen „hängen verfassungsrechtlich in der Luft“³²; sie mögen aufgrund der Autorität des Gerichts mittelbar Wirkung entfalten, rechtlich betrachtet sind sie irrelevant.

²⁸ BGHSt 48, 233 (237); BGH DAR 2006, 30; *Rengier* (Fn. 2), § 45 Rn. 14; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 315b Rn. 4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 979a.

²⁹ So *Küper*, NStZ 2008, 597 (599).

³⁰ Vereinzelt wird schon das Verfehlen des gesetzgeberischen Regelungszwecks als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG gesehen, so etwa *Krey*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 104. Zumindest missverständlich erscheint die Wendung des BVerfG „ausgeschlossen [gem. Art. 103 Abs. 2 GG] ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht“, BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008, Rn. 12; BVerfG NJW 2007, 1666; BVerfGE 92, 1 (12). Freilich steht dieser Satz stets in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Wortlautkriterium, so dass er allein auf dieses bezogen ist; näher *Küper*, NStZ 2008, 598 (601); *ders.*, JuS 1996, 783 (785 f.); *E. Simon* (Fn. 7), S. 110 f.

³¹ BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); BVerfGE 64, 389 (394); zu Art. 103 Abs. 2 GG als Ausprägung des Willkürverbots *Küper*, JuS 1996, 783 (786 f.).

³² *Küper*, NStZ 2008, 597 (600), bezogen auf BVerfG NJW 2007, 1666.

²³ BVerfG NJW 2008, 3628 f. Rn. 19-26.

²⁴ Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 24, 1979, S. 751, zitiert nach BVerfG NJW 2008, 3628 Rn. 16.

²⁵ Duden Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. 2003, S. 1766; zitiert nach BVerfG NJW 2008, 3628 Rn. 16.

²⁶ *Dörner*, „Heimtücke“: Das Gesetz als Waffe. Kontrolle, Abschreckung und Verfolgung in Deutschland 1933-1945, 1999.

²⁷ Aus seinem Gedicht „Sängerwürde“, *Johann Wolfgang von Goethe*, in: Eibl (Hrsg.), *Johann Wolfgang von Goethe, Sämtliche Werke*, Bd. 1, 1756-1799, 1987, S. 712 (717), Vers 160.

IV. Fazit

Entgegen der Ansicht des BVerfG widersprach die herrschende weite Auslegung des Waffenbegriffs in § 113 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 StGB nicht den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG. Gesetzessystematik und Entstehungsgeschichte stützen das vom BVerfG gefundene Ergebnis, liegen jedoch außerhalb der verfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz.³³ Gleichwohl hat der Beschluss für die Fachgerichtsbarkeit bindende Wirkung (§§ 31 Abs. 1, 93c Abs. 1 S. 2 BVerfGG). Die praktischen Folgen bleiben jedoch gering.³⁴ Unschwer vorherzusehen ist, dass Strafgerichte künftig die gefährliche Verwendung von Personenkraftwagen als unbenanntes Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 StGB begreifen werden; ein Weg den ihnen das BVerfG ausdrücklich nahelegt.³⁵ Dennoch setzt das BVerfG ein Zeichen. Strafgerichte haben sich auf eine vermehrte verfassungsgerichtliche Überprüfung ihrer Judikate einzustellen.

*Privatdozent Dr. Arnd Koch, cand. iur. Katrin Wirth,
Augsburg*

³³ Nach *Brüning*, ZIS 2007, 320, dient Art. 103 Abs. 2 GG dem BVerfG gleichsam „als verfassungsrechtliches Einfallstor“ für quasi fachgerichtliche Prüfungen.

³⁴ Ähnliche Einschätzung bei *v. Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 68 (70).

³⁵ BVerfG NJW 2008, 3629 Rn. 27.

Entscheidungsanmerkung

Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB beim Einrichten einer verdeckten Kasse – Fall Siemens

1. Schon das Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung von verdeckten Kassen durch leitende Angestellte eines Wirtschaftsunternehmens führt zu einem endgültigen Nachteil i.S.v. § 266 Abs. 1 StGB; auf die Absicht, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers zu verwenden, kommt es nicht an (Weiterführung von BGHSt 51, 100).

2. Der Senat hält seine im Urteil vom 18.10.2006 – 2 StR 499/06 – (BGHSt 51, 100 [113 f.]) vertretene Auffassung, dass das „bloße“ Führen einer verdeckten Kasse nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung begründet, nicht mehr aufrecht (nicht amtlicher Leitsatz).

StGB §§ 266, 299 a.F.; IntBestG Art. 2 § 1 Nr. 2

BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07

I. Einleitung

Thomas Rotsch hat jüngst festgestellt: „Der Tatbestand der Untreue ist in der Praxis wie in der Lehre unbeliebt.“¹ Trotz dieser Unbeliebtheit hat die Untreue i.S.d. § 266 StGB in den letzten Jahren Karriere gemacht. Dies belegen zahlreiche Wirtschaftsstrafverfahren, die aufgrund der prominent besetzten Anklagebanken in den Fokus der Öffentlichkeit rückten. Als Beispiele hierfür sind das Strafverfahren gegen Altbundeskanzler Helmut Kohl, das Mannesmann-Verfahren sowie die hessische Parteispendenaffäre zu nennen. In diese Aufzählung reiht sich nunmehr nahtlos das hier zu besprechende „Siemens-Urteil“ ein.

Gem. § 266 StGB macht sich strafbar, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt.

Die Untreue setzt demnach im objektiven Tatbestand drei Tatbestandsmerkmale voraus:

- die Vermögensbetreuungspflicht, die die Untreue zum Sonderdelikt qualifiziert,
- die Pflichtverletzung in Form der Missbrauchs- oder Treubruchsuntreue sowie
- den Vermögensnachteil, der auf der Pflichtverletzung beruhen muss.

Im subjektiven Tatbestand verlangt die Untreue lediglich Vorsatz, und – anders als der Betrug gem. § 263 StGB – gerade keine Bereicherungsabsicht, was gelegentlich von Studierenden übersehen wird. Zu bedenken ist auch, dass der Versuch der Untreue – im Gegensatz zum versuchten Betrug – nicht mit Strafe bedroht ist.

¹ Rotsch, ZJS 2008, 610.

Während in den oben genannten Wirtschaftsstrafverfahren das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht und damit die Tätertauglichkeit grundsätzlich keine Schwierigkeiten bereitet,² stehen vielmehr die Tatbestandsmerkmale „Pflichtverletzung“ und „Vermögensnachteil“ im Zentrum des juristischen Interesses. Dies gilt auch für das hier zu besprechende Urteil des 2. Senats des BGH. Aus diesem Grund sind zunächst die Voraussetzungen dieser Tatbestandsmerkmale insbesondere unter Berücksichtigung der bisherigen BGH-Rechtsprechung zu klären, bevor das Urteil dargestellt und bewertet wird.

Die weiteren dem Urteil zugrunde liegenden Probleme des § 299 StGB a.F. sowie des Amtsträgerbegriffs i.S.d. Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG sollen im Folgenden mangels Examensrelevanz ausgeklammert werden.

1. Pflichtverletzung

§ 266 Abs. 1 StGB enthält zwei Tatbestandsvarianten: den Missbrauchstatbestand i.S.d. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB sowie den Treubruchstatbestand gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB. Beide Tatbestände verlangen eine sog. Pflichtverletzung und setzen das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht voraus.³ Während sich der Missbrauchstatbestand dadurch auszeichnet, dass der Täter für eine andere Person im Außenverhältnis rechtlich wirksam handelt und dabei seine Befugnisse im Innenverhältnis überschreitet, bezieht sich der Treubruchstatbestand ausschließlich auf das Innenverhältnis und lässt jede Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ausreichen.

Einigkeit herrscht weiter darüber, dass ein an sich pflichtwidriges Verhalten des Trenehmers den objektiven Tatbestand der Untreue dann nicht erfüllen kann, wenn das Verhalten von einem wirksamen Einverständnis des Treugebers getragen wird. Folgt man der herkömmlichen Differenzierung zwischen tatbestandsausschließendem *Einverständnis* einerseits und rechtfertigender *Einwilligung* andererseits, so ist eine Einwilligung bei der Untreue nicht denkbar, weil die Zustimmung des Vermögensinhabers bereits die Pflichtverletzung und damit den Tatbestand entfallen lässt. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass sowohl der BGH als auch Teile der Literatur die Zustimmung des Vermögensinhabers als Einwilligung bezeichnen, auch wenn sie tatbestandsausschließend verstanden wird.⁴

Anerkannt ist weiterhin, dass die Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB durch ein Unterlassen begangen werden kann. Streit herrscht aber darüber, ob § 13 Abs. 1 StGB in diesen Fällen Anwendung finden muss oder nicht. Die wohl über-

² Vgl. auch Saliger, HRRS 2006, 10 (12); zur Problematik der Vermögensbetreuungspflicht vgl. Rotsch, ZJS 2008, 610 (611 f.).

³ Die h.L. verlangt auch für die Missbrauchsuntreue als strafbegründendes Merkmal die Vermögensbetreuungspflicht, vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 752.

⁴ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 20; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 21.

wiegende Ansicht betrachtet § 266 StGB als echtes Unterlassungsdelikt mit der Folge, dass das pflichtwidrige Unterlassen direkt unter § 266 StGB subsumiert werden kann, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 13 StGB bedarf.

Allerdings ist hier nicht der Raum, um sich mit der Dogmatik der echten bzw. unechten Unterlassungsdelikte näher zu befassen. Dies ist auch nicht erforderlich. Denn die die Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begründende Herrschaftsbeziehung führt ohnehin immer zur Annahme einer Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB und auch diejenigen, die sich nicht auf § 13 StGB stützen, wenden jedenfalls die fakultative Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB analog an.⁵

2. Vermögensnachteil

Des Weiteren verlangt der Tatbestand des § 266 StGB, dass ein Vermögensnachteil beim Treugeber eingetreten ist. Der Begriff des Vermögensnachteils entspricht dabei dem Merkmal des Vermögensschadens i.S.d. §§ 263, 253 StGB und wird im Wege der Saldierung festgestellt.⁶ Dabei wird das Vermögen des Treugebers vor und nach Vornahme der Pflichtverletzung des Treuehmers verglichen. Ein Vermögensnachteil ist demnach anzunehmen, wenn sich das Vermögen nach einer pflichtwidrigen Handlung verringert hat. Wird dem Täter hingegen ein pflichtwidriges Unterlassen vorgeworfen, so kann der Vermögensnachteil auch darin bestehen, dass aufgrund dieser Pflichtverletzung keine Vermögensmehrung eingetreten ist.⁷

Auf der Basis des Saldierungsprinzips liegt demnach kein Vermögensschaden vor, wenn ein durch den Treuehmer verursachter Vermögensverlust durch Zuflüsse jeglicher Art vollständig, gleichzeitig und unmittelbar kompensiert wird. Eine Ausnahme von dieser Betrachtung lässt die Rechtsprechung aber zu, wenn nach einem wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplan ein Handlungsbündel auf einen einheitlichen Erfolg so angelegt ist, dass dieser nicht anders als über zunächst nachteilige Maßnahmen erreicht werden kann.⁸ Ferner lässt der BGH den Schaden entfallen, wenn der Täter eigene Mittel bereithält, um den Schaden auszugleichen und auch Willens ist, dies zu tun.⁹

Da der Versuch der Untreue nicht mit Strafe bedroht ist, markiert der Zeitpunkt des Schadenseintritts nicht nur die Grenze zur Deliktvollendung, sondern auch die Grenze der Strafbarkeit. Als ausreichend für die Begründung eines Schadens wird dabei, wie beim Betrug, der Eintritt einer konkre-

ten Vermögensgefährdung angesehen. Dieser liegt vor, wenn eine wirtschaftliche Betrachtung ergibt, dass ein auf dem Vermögen ruhendes Gefährdungspotential den Wert mindert.¹⁰ Als Beispiele aus der Rechtsprechung für einen solchen Gefährdungsschaden sind etwa das Verschweigen einer effektiven Vollstreckungsmöglichkeit durch den Gerichtsvollzieher oder die falsche oder unordentliche Buchführung zu nennen, wenn dadurch Ansprüche in ihrer Durchsetzung erschwert wurden.¹¹

Auch die Bildung sog. schwarzer Kassen begründet auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung einen Gefährdungsschaden. Eine schwarze Kasse zeichnet sich dadurch aus, dass sie dem Treugeber zwar verborgen bleibt, ihre Mittel aber im Interesse, jedoch ohne Einfluss des Treugebers eingesetzt werden sollen.¹² In der sog. Kanther-Entscheidung begründete der BGH den Eintritt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung durch die Bildung einer schwarzen Kasse damit, dass der Treuehmer „nach seinem Gutdünken eigenmächtig und unkontrolliert“ über die Mittel verfügen konnte und sie als geheimen und keiner Zweckbindung unterliegenden Dispositionsfonds nutzte, aus dem, je nach selbst eingeschätztem Bedarf, Mittel entnommen werden konnten.¹³ Der Kontrollverlust, der dadurch entsteht, dass der Täter die Mittel nicht zu einem bestimmten Zweck verwenden muss, sondern sie vielmehr nach eigenem Ermessen einsetzen kann, stellt also das maßgebliche Kriterium für den Eintritt der schadensgleichen Vermögensgefährdung dar. Dabei betonte der 2. Senat aber auch, dass die Beeinträchtigung der Dispositionsbefugnis des Geschäftsherrn allein nicht ausreicht, um einen Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB zu begründen.

Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens ist der Kritik ausgesetzt, dass sie den Anwendungsbereich des § 266 StGB zu weit ausdehnt und damit eine vom Gesetz nicht vorgesehene Versuchsstrafbarkeit einführt. Der 2. Senat hat daher in der Kanther-Entscheidung versucht, bei Vorliegen eines Gefährdungsschadens den Tatbestand im subjektiven Bereich zu begrenzen, und zwar in der Weise, „dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur die Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr“¹⁴. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der 2. Senat diese subjektive Einschränkung gerade nicht auf den Fall der Unterhaltung einer schwarzen Kasse bezog, sondern insoweit bedenkenlos eine Untreue angenommen hat.¹⁵

In der Literatur wurde kritisiert, dass der BGH aus der Untreue ein „Delikt mit (schwach) überschießender Innen-

⁵ Schönemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1998, § 266 Rn. 161.

⁶ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 266 Rn. 17; Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 96; Lenckner/Perron (Fn. 4), § 266 Rn. 39 f.

⁷ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 266 Rn. 60.

⁸ Lenckner/Perron (Fn. 4), § 266 Rn. 41 mit Nachweisen zur Rspr.

⁹ BGHSt 15, 342 (344).

¹⁰ Vgl. Rotsch, ZStW 117 (2005), 577, der von „Gefahr minderwertiger Kompensation“ spricht (a.a.O., S. 586).

¹¹ RGSt 71, 31 (Vollstreckungsmöglichkeit); BGHSt 20, 304; NSTZ 1996, 540 (Buchführung).

¹² Fischer (Fn. 7), § 266 Rn. 70.

¹³ BGHSt 51, 100 (108).

¹⁴ BGHSt 51, 100, 121.

¹⁵ Die Einschränkung bezog sich vielmehr auf die Vermögensgefährdung, die durch die Einreichung unrichtiger Rechenschaftsberichte eintrat, vgl. BGHSt 51, 100 (120 ff.).

tendenz¹⁶ mache, wenn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in Betracht kommt. Auch der 1. Senat hat sich kürzlich gegen die beschriebene Restriktion des subjektiven Tatbestandes ausgesprochen. Er geht stattdessen davon aus, dass „sich die bei pflichtwidrigen Risikogeschäften sog. konkrete Vermögensgefährdung in Wirklichkeit als ein bereits unmittelbar mit der Tathandlung eingetretener Vermögensnachteil darstellt“.¹⁷ Da der Täter die Umstände, die diesen tatbestandlichen Vermögensnachteil begründen, kenne, handele er sogar mit direktem Vorsatz.¹⁸

II. Die Entscheidung

1. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Angeklagte ist leitender Angestellter bei der Siemens AG und einer von vier sog. „Bereichsvorständen“ einer Siemens-unternehmenssparte, die für den Bau von Kraftwerken zuständig ist. Als „Bereichsvorstand“ ist der Angeklagte unmittelbar unter der Ebene des („Zentral“-)Vorstandes der Siemens-AG tätig. Ihm obliegt u.a. die kaufmännische Leitung seines Geschäftsbereiches sowie die Umsetzung der Compliance-Vorschriften. Trotz dieser Compliance-Vorschriften existiert in dem betroffenen Geschäftsbereich ein etabliertes System von Bestechungsgeldern, die auf einem liechtensteinischen Kontengeflecht sowie in sog. „schwarzen Kassen“ in der Schweiz verwaltet werden. Nachdem der Angeklagte vom ursprünglichen Verwalter des Kontengeflechts und der Kassen anlässlich dessen Pensionierung über die Existenz der Gelder informiert wurde, stellt er diese nicht als Aktiva in die Buchführung ein und offenbart die Existenz der Gelder auch nicht dem ahnungslosen Zentralvorstand der Siemens-AG. Dabei ist die allgemeine Existenz schwarzer Kassen nicht nur dem Angeklagten, sondern auch zahlreichen weiteren Mitarbeitern der Siemens-AG bekannt.

Als der italienische Energiekonzern Enel Aufträge im Volumen von 132,5 Millionen € und 205,6 Millionen € zur Lieferung von Gasturbinen europaweit ausschreibt, besticht der Angeklagte Angestellte dieses Energiekonzerns mit Zahlungen in Millionenhöhe, um zugunsten von Siemens auf die Auftragsvergabe Einfluss zu nehmen. Zur Durchführung der Zahlung bedient er sich des liechtensteinischen Kontengeflechts sowie der schwarzen Kassen in der Schweiz.

Die Siemens-AG erwirtschaftet aus den beiden Aufträgen einen Gesamtgewinn in Höhe von 103,8 Millionen € vor Steuern.

2. Rechtliche Würdigung

Der 2. Strafsenat des BGH bestätigt die Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue, bezeichnet die rechtliche Begründung der Vorinstanz (LG Darmstadt) aber als nicht tragfähig. Ferner rügt das Gericht die Strafzumessungserwägungen der ersten Instanz, auf die jedoch im Folgenden nicht näher eingegangen werden soll.

Ausgangspunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens bildet nach Ansicht des BGH das pflichtwidrige Unterlassen des Angestellten, der Siemens AG als Vermögensinhaberin die Existenz der verdeckten Geldmittel zu offenbaren. „Zum Kernbereich der Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten als für die kaufmännische Leitung des Geschäftsbereichs verantwortlichem Bereichsvorstand gehörte es offensichtlich, seiner Arbeitgeberin bislang unbekannt, ihr zustehende Vermögenswerte in erheblicher Höhe zu offenbaren und diese ordnungsgemäß zu verbuchen. Diese Pflicht hat der Angeklagte verletzt.“¹⁹ Im Gegensatz zur Vorinstanz sieht der 2. Strafsenat „das Schwergewicht der Pflichtwidrigkeit nicht bei einzelnen Verwaltungs- oder Verschleierungshandlungen des Angeklagten [...], sondern schon in dem Unterlassen der Offenbarung durch ordnungsgemäße Verbuchung der Geldmittel.“ Daher sei an „ein Handeln durch Unterlassen gem. § 13 Abs. 1 StGB anzuknüpfen.“²⁰

Weiter diskutiert der BGH, ob die Pflichtwidrigkeit durch eine Einwilligung des Treugebers ausgeschlossen werden könnte. Dies verneint das Gericht. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Zentralvorstandes habe nicht festgestellt werden können.²¹ Für die Annahme einer konkludenten Billigung oder einer mutmaßlichen Einwilligung sei kein Raum. „Soweit die Verteidigung des Angeklagten geltend gemacht hat, es habe sich bei den entsprechenden Compliance-Vorschriften um eine ‚bloße Fassade‘ gehandelt, der kein ernst gemeintes Verbot zugrunde gelegen habe, widerspricht dies den Feststellungen, deren Rechtsfehlerhaftigkeit die Revision nicht aufgezeigt hat.“²²

Schließlich geht der 2. Strafsenat davon aus, dass ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB bereits dadurch verursacht wurde, dass der Angeklagte das „Geldvermögen der Siemens AG in den verdeckten Kassen führte und der Treugeberin auf Dauer vorenthielt“.²³ Insoweit komme es auch nicht mehr auf die Voraussetzungen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung an.²⁴ Vielmehr sei bereits ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten, indem der Angeklagte seiner Arbeitgeberin die Vermögensteile auf Dauer vorenthielt und diese auf die verborgenen Vermögenswerte keinen Zugriff mehr habe vornehmen können.²⁵ Die Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Gelder sei lediglich eine Schadensvertiefung.

Auch „die Absicht, die Geldmittel – ganz oder jedenfalls überwiegend – bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin einzusetzen, insbesondere um durch verdeckte Bestechungszahlungen Aufträge für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensgewinn zu verhelfen“²⁶, ändere nichts daran, dass sie keinen Zugriff auf die verdeck-

¹⁶ Bernsmann, GA 2007, 219 (230).

¹⁷ BGH NSTz 2008, 457.

¹⁸ BGH NSTz 2008, 457 (458).

¹⁹ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 37.

²⁰ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 38.

²¹ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 41.

²² BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 41.

²³ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 43.

²⁴ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 42.

²⁵ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 42, 46.

²⁶ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 43.

ten Gelder gehabt habe, um diese nach Maßgabe eigener Zweckmäßigkeitserwägungen einzusetzen. Dadurch sei der Treugeberin die Dispositionsmöglichkeit über das Vermögen entzogen worden und „die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition.“²⁷

Außerdem müsse auch die normative Erwägung Berücksichtigung finden, dass „dieser Vorteil nur durch einen seinerseits gesetzes- oder sittenwidrigen und ggf. strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte.“²⁸ Ferner stelle die „vage Chance, aufgrund des Mitteleinsatzes zu Bestechungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch gar die bloße Absicht des Täters, die entzogenen Mittel für solche Zwecke zu verwenden“²⁹ keinen zur Kompensation geeigneten gegenwärtigen Vermögensvorteil dar.

Schließlich konstatiert der BGH, dass der spätere Verbrauch der verdeckten Vermögenswerte angesichts des Fortdauerns der Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen keine neue Tat darstelle.³⁰

III. Die Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung verdient – soweit sie die Ausführungen zur Pflichtverletzung betrifft – Zustimmung. Die strafrechtlichen Würdigungen zum Vermögensnachteil vermögen jedoch nicht zu überzeugen.

1. Pflichtverletzung

Zu Recht geht der BGH davon aus, dass die mangelnde Offenbarung und die damit verbundene Unterhaltung der schwarzen Kassen eine Unterlassungstat ist. Denn im Gegensatz zur Kanther-Entscheidung³¹ hat der Angeklagte die schwarzen Kassen im vorliegenden Fall nicht selbst (aktiv) gebildet, sondern das Kontengeflecht von seinem Vorgänger lediglich übernommen. Strafrechtlich ist ihm daher vorzuwerfen, dass er es unterlassen hat, dieses Kontengeflecht zu offenbaren, und damit gegen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften verstoßen hat.

Ferner ist es verständlich, dass sich der BGH nicht näher mit der Frage auseinandersetzt, ob möglicherweise ein Einverständnis des Geschäftsherrn die Pflichtverletzung tatbestandlich entfallen lässt. Zwar drängt sich bei einem so ausgefeilten System schwarzer Kassen tatsächlich die Frage auf, ob es sich bei den Compliance-Vorschriften nicht um eine bloße Fassade handelte, dem kein ernstgemeintes Bestechungsverbot zugrunde liegt. Allerdings ist der BGH als Revisionsgericht an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz gebunden, und da Anhaltspunkte für eine Sachrüge in

Form der Darstellungsrüge³² nicht vorlagen, gab es für den BGH keine Möglichkeit, die Frage näher zu erörtern.

2. Vermögensnachteil

Im Hinblick auf die Ausführungen zum Vermögensschaden verlässt der 2. Senat seinen bisher vertretenen Standpunkt und meint nunmehr, dass die Unterhaltung einer schwarzen Kasse keine schadensgleiche Vermögensgefährdung, sondern vielmehr einen endgültigen Vermögensverlust begründet. Dieser Annahme ist mit großen Bedenken entgegenzutreten.

Einigkeit besteht darüber, dass die Untreue ein Verletzungs- und kein Gefährdungsdelikt ist. Daher kann eine reine Vermögensgefährdung nie den Tatbestand des § 266 StGB erfüllen, und zwar unabhängig davon, wie konkret diese ist.³³ Der Tatbestand des § 266 StGB verlangt also immer eine tatsächlich eingetretene Vermögensminderung. Diese setzt aber nicht zwingend einen endgültigen Vermögensverlust voraus, sondern kann bereits dann vorliegen, wenn sich eine Minderung der Vermögenswerte aufgrund eines drohenden endgültigen Vermögensverlustes errechnen lässt. Jede so ermittelte Vermögensminderung ist daher ein tatsächlicher Vermögensschaden.³⁴ Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass man zwischen solchen Sachverhalten differenzieren muss, bei denen die künftige Entwicklung des Vermögens bereits feststeht, und solchen, bei denen die Vermögensentwicklung noch nicht abgeschlossen ist.³⁵ Von einem endgültigen Vermögensverlust kann man nur dann sprechen, wenn der Ausgang der Vermögensentwicklung endgültig feststeht und eine Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte eine Vermögenseinbuße ergibt. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall durch die Unterhaltung der schwarzen Kasse nicht erfüllt. Allein der Umstand, dass die schwarzen Kassen vor der offiziellen Buchführung verborgen blieben, führt noch nicht zu einem endgültigen Vermögensverlust. Denn die Geldmittel werden dadurch nicht wirtschaftlich wertlos. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Geldwerte als Teil des Unternehmenssystems eingesetzt werden sollten, um

³² Das Revisionsgericht kann die tatrichterlichen Feststellungen und Beweiswürdigungen im Wege der Sachrüge überprüfen, wenn die Urteilsgründe insoweit widersprüchlich, lückenhaft oder unklar sind oder sie gegen Denkgesetze oder anerkannte Erfahrungssätze verstoßen.

³³ Fischer, StraFo 2008, 269 (271).

³⁴ Insoweit verdient die Annahme des 1. Senats Zustimmung, dass letztlich jede tatbestandsmäßige Vermögensgefährdung ein tatsächlicher Vermögensschaden ist, vgl. BGH NStZ 2008, 457 (458).

³⁵ Vgl. dazu Schünemann, NStZ 2008, 430 (432), der zu Recht darauf hinweist, dass ein Verzicht auf die begriffliche Differenzierung zwischen Vermögensschaden und Vermögensgefährdung die Gefahr begründet, dass ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB voreilig angenommen wird, wenn die Vermögensentwicklung noch offen ist. Durch die begriffliche Nivellierung von Vermögensschaden und Vermögensgefährdung werden letztlich die vom 2. Senat aufgestellten Restriktionen im subjektiven Tatbestand bei Vorliegen eines Gefährdungsschadens umgangen.

²⁷ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 47.

²⁸ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 44.

²⁹ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 45.

³⁰ BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, Rn. 49.

³¹ Hier hatte der BGH ebenfalls die Annahme einer Unterlassungstat befürwortet, obgleich die Täter die schwarzen Kassen zuvor (aktiv) gebildet hatten, zur Kritik vgl. Saliger, NStZ 2007, 545 (546 f.).

das Vermögen der Siemens-AG zu mehren. Jede schwarze Kasse bleibt damit ein werthaltiger Teil des Unternehmensvermögens.³⁶

Einen endgültigen Vermögensverlust könnte man nur dadurch begründen, dass man die Zugriffsbeschränkung auf die Vermögenswerte der schwarzen Kassen und den damit verbundenen Entzug der Dispositionsmöglichkeit als Vermögenseinbuße wertet.

Die Annahme, dass die Einschränkung der Dispositionsfreiheit einen Vermögensschaden begründet, vermag aber nicht zu überzeugen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei der Treugeberin um ein Wirtschaftsunternehmen in Form einer juristischen Person handelt. Diese kann nur durch ihre Organe über ihre Vermögenswerte disponieren. Die Dispositionsbefugnis ist damit notwendigerweise auf leitende Angestellte zu übertragen, die im Rahmen ihrer Zuständigkeiten über die Verwendung der einzelnen Vermögenswerte eigenständig entscheiden müssen.³⁷ Der Umstand, dass der Angeklagte nach der Maßgabe eigener Zweckmäßigkeitserwägungen entschieden, ist in einem Wirtschaftsunternehmen also ein normaler Zustand und vermag keinen endgültigen Vermögensverlust zu begründen.

Darüber hinaus ist zu bezweifeln, dass die Dispositionsfreiheit zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition gehört. Die Untreue kann nicht losgelöst vom Vermögensschutz betrachtet werden. Denn ansonsten mutierte der Tatbestand „zu einem Delikt zum Schutze von Kompetenzüberschreitungen“³⁸. Würde jede die Dispositionsfreiheit einschränkende Kompetenzüberschreitung nicht nur das Merkmal der Pflichtverletzung, sondern zugleich den Vermögensnachteil begründen, so entzöge man dem Tatbestandsmerkmal „Vermögensnachteil“ seine eigenständige Funktion. Die Tathandlung ließe dann ohne weitere Prüfung einen Rückschluss auf den Taterfolg zu.³⁹

Selbst wenn man davon ausginge, dass man das Rechtsgut „Vermögen“ nicht um seiner selbst Willen schützt, sondern nur um dem Rechtsgutsinhaber ein Mittel zur Entfaltung seiner Handlungsfreiheit zu geben, so ist die Handlungsfreiheit der Treugeberin durch die Bildung der schwarzen Kassen nicht beschränkt. Der Handlungszweck eines Wirtschaftsunternehmens besteht allein in der Maximierung seines Profits. Der Umfang der Handlungsfreiheit hängt also von der wirtschaftlichen Potenz des Rechtsgutsinhabers ab. Diese ist aber durch die Bildung der schwarzen Kassen – wie bereits dargelegt – nicht geschwächt. Dies gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass die Gelder zur Gewinnmaximierung und damit zur Stärkung der wirtschaftlichen Potenz eingesetzt werden sollten.

Einen Vermögensschaden, und zwar in Form einer Vermögensgefährdung, könnte man allenfalls dadurch konstruieren,

dass man annimmt, der Unterhaltung einer schwarzen Kasse ist das Risiko eines Vermögensverlustes schon deswegen immanent, weil damit grundsätzlich die Gefahr verbunden ist, dass der Vermögensinhaber später durch Strafzahlungen – im Falle der Aufdeckung der Schmiergeldzahlungen – geschädigt wird.⁴⁰ Diese Sichtweise würde aber den gesetzgeberischen Willen, den Versuch der Untreue straflos zu belassen, konterkarieren. Denn zwischen der Unterhaltung einer schwarzen Kasse und einer möglichen schädigenden Strafzahlung mangelt es nicht nur an einer zeitlichen Nähe von Pflichtverletzung und Schadenseintritt. Es fehlt vielmehr auch an der Unmittelbarkeit einer konkreten Vermögensgefahr. Dieses Merkmal verlangt, dass sich nur aufgrund solcher Gefährdungslagen eine Vermögensminderung errechnen und damit konkrete schadensgleiche Vermögensgefahr begründen lässt, die unmittelbar in einen Güterverlust umschlagen können.⁴¹ Diese Voraussetzung ist aber allein durch die Unterhaltung einer schwarzen Kasse nicht erfüllt. Erst die Auszahlung der Schmiergelder an sich vermag eine solche Gefahr zu begründen.

IV. Ausblick

Das vorliegende „Siemens-Urteil“ sollte nicht nur von Studierenden des wirtschaftsstrafrechtlichen Schwerpunkts im Auge behalten werden. Ein vertrauter Umgang mit den Grundzügen dieser Entscheidung dürfte sich insbesondere für den mündlichen Teil der Staatsprüfung als nützlich erweisen. Gleichwohl kann die Entscheidung auch dazu dienen, Basiswissen der Untreuestrafbarkeit zu überprüfen. Dabei sollten den Studierenden insbesondere die Grundlagen der Dogmatik zur schadensgleichen Vermögensgefährdung bekannt sein. Dies gilt vor allem für den Umstand, dass der 2. Senat in der Kanther-Entscheidung die Bildung einer schwarzen Kasse als schadensgleiche Vermögensgefährdung ansah, während er nunmehr davon ausgeht, dass die Bildung einer schwarzen Kasse einen endgültigen Vermögensschaden begründet.

Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg/Greifswald,
Wiss. Mitarbeiterin Nadine Sophie Wimmer, LL.B., Hamburg

³⁶ Vgl. auch *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (25); a.A. *Ransiek*, NJW 2009, 95.

³⁷ *Rönnau*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 713 (734).

³⁸ *Matt*, NJW 2005, 389 (391).

³⁹ So auch *Schlösser*, HRRS 2009, 19 (27).

⁴⁰ Auf diese Weise versuchte das LG Darmstadt eine Vermögensgefährdung zu begründen, vgl. dazu *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (59); *Schünemann*, NStZ 2008, 431 (432).

⁴¹ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20).

B u c h r e z e n s i o n

Ulrich Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 13. Auflage, München 2007, 522 Seiten, kartoniert, € 22,90

Das Lehrbuch gibt einen verlässlichen Überblick über das gesamte examensrelevante Gesellschaftsrecht. Wer es sorgfältig durchgearbeitet hat, verfügt – auch in der Wahlfachgruppe „Gesellschaftsrecht“ – über ein solides Wissen, mit dem in Prüfungen eine gute Punktzahl erreicht werden kann. Und zur Durcharbeit lädt das Buch ein. Es ist klar und übersichtlich gegliedert. Bereits anhand des neunseitigen Inhaltsverzeichnisses zu Beginn des Werkes lässt sich ein erster systematischer Überblick über das Gesellschaftsrecht gewinnen. Dieser Eindruck eines klaren, leicht nachvollziehbaren Aufbaus setzt sich sodann im Text des Hauptteils fort. Zwischenüberschriften, kurze Absätze und unterschiedliche Druckformate lassen den Leser immer genau wissen, welches Thema gerade erörtert wird.

Die Darstellung folgt fast ausnahmslos der herrschenden Meinung und nimmt so gut wie nie gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung Stellung. Damit wird gerade dem Examenkandidaten ein verlässlicher Begleiter zur Prüfungsvorbereitung an die Hand gegeben. Sehr hilfreich sind die Zitate ausgewählt, die ganz auf die Bedürfnisse von Studenten und Referendare ausgerichtet sind. Zum einen finden sich zahlreiche Rechtsprechungsnachweise, wobei erfreulicherweise nicht nur die höchstrichterliche Rechtsprechung, sondern auch diejenige der Oberlandesgerichte umfangreiche Berücksichtigung gefunden hat. Ebenfalls voll und ganz überzeugen kann die Literaturlauswahl. Es überwiegen Aufsätze neueren Datums aus Zeitschriften, auf die Studenten und Referendare ohne Weiteres zugreifen können.

Es sind gerade auch die weiterführenden Rechtsprechungs- und Literaturnachweise, die ein Durcharbeiten des Buches so gewinnbringend machen. Wer ein einzelnes Thema vertiefen will, wer meint, ein Rechtsproblem noch nicht richtig erfasst zu haben, oder wer das in dem Lehrbuch Dargestellte verfestigen will, hat durch die Nachweise einen schnellen und einfachen Zugang auf die einschlägigen Gerichtsentscheidungen und Literaturstellen. Das Buch lädt damit zum aktiven Lesen ein. Dem entspricht der Verzicht auf Aufbauschemata, Graphiken und Merksätze, wodurch der Leser gezwungen wird, sich diese selbst zu erarbeiten. Es ist diese selbständige, kreative und eigene Leistung, die jenseits von bloßem Auswendiglernen ein Verinnerlichen des Lehrstoffes ermöglicht. Aufbauschemata braucht man nicht mühsam auswendig zu lernen, man kann sie sich in aller Regel anhand der Gesetzestexte selbst entwickeln, und wer diese Methodik gelernt und eingeübt hat, dem gelingt das auch in der Prüfungssituation. Leitsätze brauchen nicht memoriert zu werden, wenn man die Hintergründe und Zusammenhänge der Rechtsprechung zu einem bestimmten Thema verstanden hat. Das Buch bietet somit keine mundfertige Kost, aber es enthält die Zutaten und Anweisungen, damit sich jeder Leser sein eigenes, individuelles Wissen erarbeiten kann. Nachhaltiger Erfolg kann nur bei einem solchen aktiven Erwerb von Wissen erzielt werden.

Inhalt und Umfang der dargestellten Rechtsgebiete überzeugen. Das Recht der Personengesellschaften sowie der prüfungsrelevanten Kapitalgesellschaften wird ebenso dargestellt wie das Umwandlungs- und Konzernrecht. Die Schwerpunktsetzung folgt hierbei ebenso den Prüfungsanforderungen wie der weitgehende Verzicht auf die Ausbreitung eigener, von Rechtsprechung und herrschender Lehre abweichender wissenschaftlicher Meinungen.

Das Buch kann uneingeschränkt zur Prüfungsvorbereitung für Studierende und Referendare empfohlen werden.

Dr. Frank Wamser, LL.M., Richter am Landgericht (abg.), z. Z. Justizprüfungsamt beim Hessischen Ministerium der Justiz, Wiesbaden

B u c h r e z e n s i o n

Günter Christian Schwarz/Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Verlag Franz Vahlen, 2. Aufl., München 2006, 606 S., kart., € 29,00

Der Student in den Anfangssemestern braucht sie, der Vorgerückte ebenso und der Examenskandidat erst recht: solide Kenntnisse der gesetzlichen Schuldverhältnisse. Da diese Materie aber nicht nur ausgesprochen prüfungsrelevant, sondern zugleich auch sehr anspruchsvoll ist, sind die Anforderungen an ein gutes Lehr- und Lernbuch hoch. Letzteres muss nämlich die wesentlichen Problembereiche zur Geschäftsführung ohne Auftrag, zum Bereicherungs- und Deliktsrecht nicht nur möglichst umfassend, sondern vor allem auf verständliche Art und Weise darstellen. Das von Schwarz begründete und von Wandt fortgeführte Werk mit dem Titel „Gesetzliche Schuldverhältnisse“ meistert diese große Hürde souverän. Zudem wird es seinem eigenen Anspruch, den Bedürfnissen der Studenten in allen Phasen des Studiums Rechnung zu tragen, in jeder Hinsicht gerecht. Das Buch ermöglicht sowohl die Aneignung der Grundlagen für das erfolgreiche Bestehen der Zwischenprüfung als auch die Erarbeitung weitergehender Kenntnisse im Hinblick auf Fortgeschrittenenübung und Examen durch zahlreiche Vertiefungshinweise und -beispiele. Unabhängig von der konkreten Phase des Studiums profitieren alle von den zahlreichen Übersichten, Aufbauschemen und Zusammenfassungen, die ein Wiederholen des bereits gelernten Stoffes ungemein erleichtern. Besondere Erwähnung verdienen zudem die unzähligen Fallbeispiele, die durch ihre geschickte Auswahl mit den wesentlichen Entscheidungen der Rechtsprechung vertraut machen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Fälle grundsätzlich nicht nur bezogen auf ein bestimmtes Problem, sondern umfassend gelöst werden. Dadurch bleibt der Blick offen für größere Zusammenhänge und man entgeht der Gefahr, „den Wald vor lauter Bäumen“ nicht mehr zu erkennen.

Nach diesem kurzen Überblick über die Grundkonzeption des Werks von Schwarz/Wandt soll der Blick nun auf den Inhalt des Buchs gerichtet werden. So werden in einer kurzen Einführung zunächst die Konkurrenzen sowie die wesentlichen Unterschiede zu den vertraglichen Schuldverhältnissen prägnant erläutert. Der sich anschließende zweite Teil beschäftigt sich mit der Geschäftsführung ohne Auftrag und beginnt mit einigen grundlegenden Ausführungen zur Systematik und Anwendbarkeit der GoA (§§ 2 und 3). Ein besonders wichtiger Abschnitt ist § 4, der den Grundtatbestand der GoA präzise erläutert und dem Leser damit das Handwerkszeug verschafft, das für das Verständnis der folgenden beiden Kapitel, die sich umfassend den einzelnen Ansprüchen aus den §§ 677 ff. BGB widmen, unerlässlich ist. Da sich in der Fallbearbeitung – sei es in Klausur oder Hausarbeit – regelmäßig das Problem der Konkurrenz zu Ansprüchen aus anderen gesetzlichen Schuldverhältnissen ergibt, ist es sinnvoll und überaus nützlich, dass sich ein eigener Abschnitt (§ 7) dieses Themas annimmt. Äußerst instruktiv ist schließlich das Kapitel zu den „Sonderfragen der GoA“ (§ 8), das u.a. die

sehr prüfungsrelevanten Konstellationen der Selbstaufopferung im Straßenverkehr, der Rettung eines Selbstmörders sowie die Abschleppfälle behandelt. Ein wenig schade ist es freilich, dass die zweite Auflage nicht mehr die Zusammenfassung am Ende des § 8 enthält, die auf etwas mehr als zwei Seiten den grundlegenden Inhalt aller Spezialprobleme der GoA sowie die jeweils vertretenen Lösungsansätze noch einmal in komprimierter Form erläuterte und auf diese Weise ein rasches Wiederholen bereits erarbeiteten Wissens ermöglichte. Gleichwohl ist es grundsätzlich zu begrüßen, wenn die Neuauflage eines Lehrbuches nicht – wie durchaus häufiger zu beobachten – mit einer stetig steigenden Seitenzahl verbunden ist. So hat die Tatsache, dass die zweite Auflage des hier besprochenen Buchs um über dreißig Seiten geschrumpft ist, der Qualität – abgesehen von der Streichung vorgenannter Zusammenfassung – keinerlei Abbruch getan. Ohnehin dürfte mit einer Seitenzahl von vorliegend ca. 600 eine Grenze erreicht sein, die nicht wesentlich überschritten werden sollte, weil ein Lehrbuch für den studentischen Leser, der eine große Stofffülle möglichst effektiv bewältigen muss, sonst schnell an Attraktivität verliert.

Im dritten Teil des Werks folgt die umfassende Darstellung des Bereicherungsrechtes. Wie schon bei der GoA, wird auch hier (§ 9) zunächst ein einführender Überblick über die Materie gegeben, bevor die einzelnen Tatbestände der Leistungs- und Nichtleistungskondition (§§ 10, 11) leicht nachvollziehbar erörtert werden. Das sich anschließende zwölfte Kapitel befasst sich mit Inhalt und Umfang von Bereicherungsansprüchen und geht u.a. ausführlich auf die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge sowie die Problematik der verschärften Bereicherungshaftung ein. Der wohl schwierigste Bereich innerhalb der gesetzlichen Schuldverhältnisse und deshalb vor allem für Fortgeschrittene und Examenskandidaten bedeutsam, ist Gegenstand von § 13: die Bereicherungsansprüche im Mehrpersonenverhältnis. Als äußerst hilfreich im Hinblick auf ein besseres Verständnis dieser komplizierten Materie erweisen sich die vorab dargestellten „Leitgedanken der Prüfung“. Erfreulich ist zudem, dass die nicht ganz fehlerfreie und daher etwas verwirrende Gliederung der „Anweisungsfälle“ in der zweiten Auflage eine Korrektur erfahren hat. Wurde in der Erstauflage unterhalb der Ebene „III. Anweisungsfälle bei wirksamer Anweisung“ systematisch unlogisch auch der Unterpunkt „2. Anweisungsfälle bei Fehler in der Anweisung“ eingefügt, geschieht dies nunmehr richtig unter einer neu bezeichneten Gliederungsebene, die nur noch lautet: „III. Anweisungsfälle“.

Im Zentrum des vierten Buchteiles steht schließlich das Deliktsrecht. Nach zwei einführenden Kapiteln (§§ 14, 15) wird Schritt für Schritt der Grundtatbestand des § 823 Abs. 1 BGB ausführlich erklärt. Neben dem erforderlichen Grundwissen werden auch hier wieder zahlreiche Sonderfragen gut verständlich dargestellt. Berücksichtigung findet beispielsweise die bekannte und sehr umstrittene Fallgruppe des sogenannten „weiterfressenden Mangels“. Lehrreich sind ferner die Ausführungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht als einem sonstigen absoluten Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Zwischenzeitlich sind allerdings gerade zu diesem

Problemkreis eine Reihe aktueller BGH-Entscheidungen ergangen (u.a. „Fall Lafontaine“ [BGHZ 169, 340] und „Oliver Kahn“ [NJW 2008, 749]), die in einer hoffentlich bald erscheinenden dritten Auflage zu berücksichtigen sein werden. Vervollständigt wird die Darstellung zum Deliktsrecht mit Kapiteln zu sonstigen Tatbeständen der Verschuldenshaftung, der Haftung für vermutetes Verschulden nach § 831 BGB und der Beteiligung mehrerer Personen gemäß §§ 830, 840 BGB (§§ 17 bis 19). Unter der Überschrift „Besonderheiten des deliktischen Ersatzanspruchs“ (§ 20) werden ferner die in den §§ 842 ff. BGB enthaltenen Sondervorschriften für die unerlaubten Handlungen kurz, aber hinreichend erläutert. Das letzte Kapitel zum Deliktsrecht macht den Leser mit den wichtigsten Tatbeständen der Gefährdungshaftung, die im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges stehen, vertraut. Ferner wird das erforderliche Wissen zur Haftung für fehlerhafte Produkte vermittelt.

Besonders lehrreich und überaus gelungen ist schließlich der fünfte und letzte Teil des Werks, der mit dem Titel „Allgemeines Schadensrecht“ überschrieben ist und auf den gewinnbringend ohne Weiteres auch derjenige einen Blick werfen kann, der sich z.B. auf eine Klausur zum „Schuldrecht AT“ vorbereiten muss. In insgesamt sechs Kapiteln (§§ 22 bis 27) werden u.a. die verschiedenen Schadensarten, die Regelungen zur Ersatzpflicht in §§ 249 ff. BGB sowie die Grundsätze und Sonderfragen der Zurechnung hervorragend erläutert. Zudem erfährt der Leser in komprimierter Form alles Wichtige zur äußerst klausurrelevanten Konstellation der Drittschadensliquidation (§ 25).

Insgesamt bleibt nach alledem nur zu sagen: Der Student in den Anfangssemestern braucht es, der Vorgerückte ebenso und der Examenskandidat erst recht – das Lehr- und Lernbuch von Schwarz/Wandt!

Wiss. Mitarbeiter, Mario Bachmann, ref. iur, Jena

B u c h r e z e n s i o n

Josef Ruthig/Stefan Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Verlag C.F. Müller (Schwerpunkte Band 34), Heidelberg 2008, 483 S., br., € 25,50.-

Die Finanzkrise hat eine Grundfrage des öffentlichen Rechts – das Verhältnis zwischen Staat und Markt – in grelles Licht getaucht. Daran kommt ein Lehrbuch des „Öffentlichen Wirtschaftsrechts“ nicht vorbei. *Josef Ruthig* und *Stefan Storr* jedoch mussten ihr Werk in der Neuauflage nicht umschreiben. Es hat die Probe bestanden und bedurfte nur punktueller Ergänzung. Die zweite Auflage bietet nunmehr Abschnitte zur „Aufsicht über Finanzmärkte am Beispiel des Bankrechts“ (Rn. 590 ff.) und zur „Börse als Anstalt des öffentlichen Rechts“ (Rn. 194 ff., spannend, nur zu knapp); und gleich auf Seite 1, in § 1 Rn. 1, begegnet der Leser in einer ersten Fallfrage der „aktuellen weltweiten Bankenkrise“. Das ist gut so. Denn von diesem bewährten Buch darf man sich einen unaufgeregten, systematischen und soliden – einen juristischen Beitrag zur Krise erhoffen. *Josef Ruthig*, der sich u.a. für den Grundlagenteil (§§ 1 und 2) verantwortlich zeichnet, bleibt die Antwort nicht schuldig. Er betont die Gestaltungsverantwortung des Gesetzgebers und sieht in der Offenheit der Verfassung für eine beträchtliche Bandbreite denkbarer Wirtschaftspolitik auch eine „Absage an ökonomische Theorien als Grundlage verfassungsgerichtlicher Beurteilung“. Den Ausschlag geben allerdings die Grundrechte. „Eine Beschränkung der Zahl der Banklizenzen wäre daher verfassungswidrig“ (Rn. 5); der Rest ist Politik.

Der „*Ruthig/Storr*“ hätte es gar nicht nötig, an der alten Formel von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes (Rn. 4, 677) festzuhalten. Sie vernachlässigt den Primat der Grundrechte und die Gemeinwohlverantwortung des Staates. Sie leistet womöglich dem Irrtum Vorschub, dass die Gestaltungsräume gerade der Wirtschaftspolitik bereichsspezifisch-irregulär größere oder kleinere seien, vielleicht sogar der Vorstellung, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch ein Machtvakuum zulasse. Die Neutralitätsformel lenkt ab von der allgemeinen und fundamentalen, europa- und verfassungsrechtlich (in dieser Reihenfolge Rn. 50 ff.) abgesicherten Mechanik zwischen individueller Freiheitsgarantie und Gemeinwohlvorbehalt. Von Verfassungen wegen gibt es kein „Sonderrecht Markt“. Das Verhältnis zwischen Staat und Markt ist in verfassungs- und europarechtlicher Wahrheit ein Verhältnis zwischen einzelnen, legitim am ökonomischen Eigennutz interessierten, freien, deshalb auch zur wirtschaftlichen Selbstbestimmung berechtigten Unionsbürgern (Art. 12 GG, Art. 12 EGV) und Menschen (Art. 2 Abs. 1 GG) auf der einen Seite, der organisierten Allgemeinheit, dem gemeinwohlverpflichteten Staat und der Europäischen Union der Staaten, auf der anderen Seite. Dass „der Markt“ seinerseits eine sich selbst organisierende Allgemeinheit sei, konkurrenzfähiger, gar überlegener Gemeinwohlproduzent, gehört zu den Irrtümern, die sich mit der Krise endgültig erledigt haben. Der Markt ist für sich genommen ein Neutrum, sein werthaltiger Kern ist die individuelle Wirtschaftsfreiheit. Das Individualprinzip darf nicht umschlagen in Marktver-

machtung und Verbandssprechertum, das für sich ein allgemeinpolitisches Mandat reklamiert. Selbstermächtigungen geduldet zu haben, gehört zu den Fehlern, die sich mit der Krise hoffentlich erledigen. Ein „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ muss die Rückkehr des Staates in die Wirtschaftspolitik begrüßen und begrenzen. Gemäß der allgemeinen Mechanik erzeugt der Primat individualökonomischer Selbstbestimmung verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsdruck auf gegenläufige Entscheidungen der einzigen Instanz, die über ein allgemeinpolitisches Mandat verfügt. Die verfassungsjuristische Antwort auf die Finanzkrise kann nur lauten: Der Vorrang der individualökonomischen Selbstbestimmung hindert parlamentarische Mehrheiten nicht daran, den Gemeinwohlvorbehalt zu aktivieren, lenkt diesen aber in die Bahnen einer „Wirtschaftsordnung“ (Rn. 3-18), die primär Freiheitsordnung sein muss. Diese klassische Stufen-Dogmatik, die das politische Regulierungsgesetz im Zeichen des Gemeinwohls als rechtfertigungsbedürftigen und rechtfertigungsfähigen Eingriff in Freiheit identifiziert, ist etwas anderes als „wirtschaftspolitische Neutralität“.

Das „Öffentliche Wirtschaftsrecht“ von *Ruthig/Storr* ist ein eindrucksvoller Beleg für die Haltbarkeit der klassischen und allgemeinen Institute, auch in Zeiten der Europäisierung und „sektorenspezifischen Regulierung“ (§ 6). Die Darstellung der Bankenaufsicht erschließt die Eingriffsermächtigungen konsequent im Rekurs auf Grundrechtsdogmatik und Polizeirecht. „Da es sich vorliegend um Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 GG handelt, genügt aber die Generalklausel jedenfalls nicht für vorhersehbare und typische Standardsituationen“ (Rn. 593). Brüssel erscheint nicht mehr als „Vatikan regulierter Deregulation“ (so der Schweizer Schriftsteller *Adolf Muschg* in seinen brillanten „Reden für einen gastlichen Erdteil“, in: Was ist europäisch?, 2005, S. 27), sondern als Rechtsetzungsinstanz, die in der „regulierten Selbstregulierung“ klassische aufsichtsrechtliche Instrumente reanimiert (Rn. 504). Der „*Ruthig/Storr*“ erweist sich als modern gerade in seinem Beharren auf der Grundlagenfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der zentralen Bedeutung des vermeintlich altertümlichen Gewerberechts (umfänglich: § 3). Die Querverstrebungen, vielfach auch ins Verwaltungsprozessrecht, machen das Buch lesenswert auch für Studierende, die sich nicht im Schwerpunkt für das „Öffentliche Wirtschaftsrecht“ entschieden haben.

Das Lehrbuch ist auf dem besten Weg, zugleich ein Handbuch und Grundlagenwerk zu sein. Die von *Stefan Storr* bearbeiteten Abschnitte zum „Recht der Privatisierung“ (§ 7) und „Recht der öffentlichen Unternehmen“ (§ 8) sowie zum europäischen Beihilfe- und Vergaberecht (§§ 9 und 10) sind weder Ergänzungen noch Exkurse. Im Zusammenhang präsentieren sie sich als notwendige Teilstücke einer Gesamtdarstellung, als Referenzgebiete, die auf den Allgemeinen Teil zurückwirken. Gelegentlich wird das Buch Opfer seines Erfolges und verarbeitet seine eigenen Erträge didaktisch nicht ehrgeizig genug. Zwei Beispiele:

(1) Rn. 603 stellt die „formelle Privatisierung“ als organisationsrechtlichen Vorgang dar, als Überführung einer Aufgabe „von einer Einheit des öffentlichen Rechts auf eine privatrechtlich organisierte Einrichtung, die der öffentlichen

Hand zuzurechnen ist“; für eine Vertiefung wird der Leser auf die Darstellung der öffentlichen Unternehmen verwiesen, verliert dort aber das Organisationsrecht aus dem Blick und gewinnt eher den Eindruck, dass der Staat stets am Rande gewinnwirtschaftlicher und damit „uneigentlicher“ Staatstätigkeit balanciert. Dem studentischen Leser sollte aber vor allem bewusst werden, dass er es mit einem elementaren Baustein der Staatsorganisation zu tun hat. Unter dem Stichwort „Finanzverwaltung“ etwa sollte er nicht nur an Finanzämter, Oberfinanzdirektionen und Ministerien denken, sondern auch an die „Bundesrepublik Deutschland Finanzagentur GmbH“; deren Schildkröte (die das Gegenteil von Bendix Grünlich sein soll, aber nicht so aussieht) sollte er mit Staat, Staatsfinanzierung und Staatsorganisationsrecht in Verbindung bringen können. Gerade weil der § 8 zum Recht der öffentlichen Unternehmen so gut gelingt, wünscht sich der Leser die Rückkopplung ins Staatsrecht, wenn nicht in die Allgemeine Staatslehre: Die „Selbstmultiplikationsfähigkeit“ von Bund, Ländern und Gemeinden, die Vielzahl der Ausgründungen und sekundären Rechtsgeschöpfe in privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Gestalt, mehr oder minder selbstständige Akteure, verweist auf einen Grundtatbestand des Staatsorganisationsrechts im engen Zusammenhang mit den (und der Lehre von den) Staatsaufgaben. Die meisten Juristen kennen zwar die staatsbezogenen Einheitsbegriffe (Staat als Macht-, Friedens- und Entscheidungseinheit), wissen aber zu wenig über die Vielheit der Akteure im Staat. Auf den zweiten Blick überrascht nicht mehr, dass ein „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ hier einen bedeutsamen Beitrag leisten kann; der „Ruthig/Storr“ jedenfalls trägt alle wichtigen Bausteine zusammen, hat zudem konsequent genug „die systembildenden europäischen Einflüsse“ (Rn. 503) im Blick, um der in der Juristenausbildung unterschätzten Akteursperspektive gerecht zu werden.

(2) Natürlich verschweigt das Buch nicht, dass die europäischen Marktfreiheiten im Allgemeinen und das europäische Vergaberecht im Besonderen den Unionsbürgern subjektive Rechte zuweisen (Rn. 50-53, 998 f.). Wenn aber ein Lehrbuch den Stoff so glänzend arrangiert wie der „Ruthig/Storr“, könnte man drastischer demonstrieren, dass die blassen Begriffe des Europarechts (besonders blass: „unmittelbare Anwendbarkeit“) die tektonischen Verschiebungen des Wirtschaftsverfassungsrechts weniger begreifbar machen als verdunkeln. Der Vergemeinschaftungserfolg der europäischen Integration beruht wesentlich auf einem Konstitutionalisierungserfolg. In dessen Zentrum stehen subjektive Rechte, die ökonomische Interessen wehrfähig machen. Gegenläufige Wirtschaftspolitik, darunter Subventions- und Vergabepolitik, wird individualrechtlich angreifbar. Europäisierung durch Entpolitisierung und individuelle Wehrfähigkeit: Das Beihilfe- und Vergaberechtsregime verrechtlicht staatliche Wirtschaftspolitik und sichert sich ab über die individuelle „Klagbarkeit der Integration“. Dass der EuGH in diesem Prozess eine zentrale Rolle spielt, versteht sich inzwischen von selbst. Das Vergaberecht macht bewusst, dass unterhalb des versteinerten Primärrechts, über das der EuGH quasi-souverän verfügt, „sekundärrechtliche Entpolitisierung“ möglich ist. Sie ähnelt der primärrechtlichen, indem sie mit der Zuweisung

subjektiver Rechte arbeitet, unterscheidet sich aber auch. Deshalb ist es bezeichnend und aufschlussreich – und wiederum Referenzpunkt für die allgemeine Analyse –, wenn sich im Vergaberecht politischer Widerstand regt und Ansätze ausmachen lassen, „die strenge EuGH-Rechtsprechung zu korrigieren“ (Rn. 1031). Das kann freilich nicht dem nationalen, sondern nur dem Gemeinschaftsgesetzgeber gelingen – und dann handelt es sich um Re-Politisierung im europäischen Konstitutionalisierungsrahmen. Aktuell steht das Vergaberecht vor einer Bewährungsprobe, weil die staatliche Investitionspolitik in Rezessionsangst auf Entfesselung und Beschleunigung drängt.

Der „Ruthig/Storr“ ist ein unbedingt empfehlenswertes, wichtiges Lehr- und Studienbuch. Zum Glück des Lesers setzt es formal auf lesbare, geschlossene Texte, auf größere Sinneinheiten, nicht auf ein Sammelsurium von Klein- und Kleinstinformationen. Die Einstiegsfälle sind durchweg geschickt konzipiert. Hinzu kommt: Seit die Verlage kaum mehr lektorieren, sind fehlerfreie Bücher zu seltenen Kostbarkeiten geworden. Der „Ruthig/Storr“ gehört zu den Ausnahmen. Man muss schon die auf der Umschlagseite abgebildete Lupe zur Hand nehmen, um Fehler zu finden. Der Verlag hat die Neuauflage in die angesehene Schwerpunkte-Reihe übernommen – in der Tat, das Buch gehört in die erste Reihe.

Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr, Hamburg

B u c h r e z e n s i o n

Stephan Barton, Einführung in die Strafverteidigung, Verlag C.H. Beck, München 2007, 300 S., € 28,-

Erfahrene Verteidiger behaupten: Strafverteidigung lernt man nur in der Praxis. Das Ziel einer erfolgreichen Verteidigung führt über einen steinigten Weg: für den Mandanten und den Anwalt. Zwar offeriert der Literaturmarkt ein breites Spektrum von Handbüchern für Strafverteidiger, doch liegen die Schwerpunkte dieser Anleitungsbücher zumeist im materiellen Strafrecht. Und auch die berühmten „Erste-Hilfe-Bücher“ von *Burhoff* für das Ermittlungsverfahren und die Hauptverhandlung bieten zwar schnellen und hilfreichen Rat, aber für ein systematisches Erarbeiten der Grundstrukturen der Strafverteidigung eignen sie sich doch wenig.

So ergibt sich eine offensichtliche Lücke, die *Barton* mit seinem Buch „Einführung in die Strafverteidigung“ nunmehr zu schließen versucht. Er tritt an, Strafverteidigung in der Praxis wissenschaftlich zu fundamentieren. Und das Ergebnis der Rezension vorab: Es gelingt ihm.

Barton ist Universitätsprofessor an der Universität Bielefeld und langjähriger Begleiter des unter Referendaren weit hin bekannten „Bielefelder Kompaktkurses“. Obgleich der *Autor* in seinem Vorwort herausstellt, das Buch sei auf das Studium zugeschnitten, bietet es auch für Rechtsreferendare konstruktive Hilfestellungen. Anders als die bisher auf dem Markt etablierten Ausbildungsbücher, die vor allem aus der richterlichen Perspektive das System der Strafverteidigung zu erschließen suchen, wählt *Barton* in seinem über 400 Seiten langen Werk den Ansatz aus der Sicht des Verteidigers.

Das Buch ist in 15 Kapitel aufgeteilt, wobei zwischen vier maßgeblichen Gliederungskategorien unterschieden wird: 1. Schlüsselqualifikationen für Strafverteidiger, 2. Hinführung zur Strafverteidigung, 3. das Recht der Strafverteidigung und 4. Methodik der Strafverteidigung. Die Aufmachung kommt frisch daher: Zahlreiche Diagramme und Tabellen ermöglichen die zügige Erschließung der einzelnen Kapitelinhalte, Verständnisfragen und Antworten ermöglichen eine Leistungskontrolle, die Verknüpfung zu einem virtuellen Mootcourt (dynamische Fallpräsentation im Internet) ermöglicht es, interaktiv den Ablauf einer Verteidigung nachzuspielen.

Da *Barton* in seinem Buch die bekannterweise oft in Aufsätzen niedergelegten Konzeptionen erfahrener Verteidiger zusammenträgt, eröffnet sich für den Leser ein durchgängiges und facettenreiches Bild des Wesens der Verteidigung. So stellt er beispielsweise im neunten Abschnitt die sechs Verteidigungsstrategien nach *Weider* (1. Reine Sachverhaltsverteidigung, 2. Materiellrechtliche Sachverhaltsverteidigung, 3. Qualifizierte Strafmaßverteidigung, 4. Beweiswürdigungsverteidigung, 5. Rein verfahrensrechtliche Verteidigung und 6. Abspracheverteidigung) vor. Hierbei ist es nicht zuletzt lobenswert, wenn *Barton* pointiert, es könne dem Verteidiger bei der Abspracheverteidigung nicht auf eine Sachverhaltsfeststellung im Rahmen des förmlichen Strafverfahrens ankommen, sondern nur auf das „richtige Ergebnis“. Und so schlussfolgert *Barton* denn auch richtigerweise, dass diese Strategie nur dann sinnvoll erscheint, wenn ihr ein weiterer

Faktor unterlegt werden kann; nämlich ein durchgreifender Verteidigungsgrund, der die anderen Beteiligten veranlassen kann, der Absprache zuzustimmen.

Bemerkenswert ist, wie sich *Barton* dem Themenkomplex „Konfliktstrategie“ (zuweilen auch als „Krawallverteidigung“ diffamiert) nähert. In aller Deutlichkeit hält der *Verf.* den Vorwürfen aus der Richterschaft nach pauschalem Rechtsmissbrauch und der Verfahrenssabotage entgegen: „Aus der Sicht von Richtern, die sich ihr Urteil schon gebildet haben, können Verteidigeraktivitäten, die diese Festlegung in Frage stellen, als hinderlich, überflüssig und insofern als zweifelhafte Konfliktverteidigung erscheinen. Die Philosophie der Verteidigung besteht nun gerade darin, den voreiligen Griff nach der Wahrheit zu hemmen. Dies kann für den Verteidiger bedeuten, beharrlich mit prozessualen Mitteln darauf hinzuwirken, das Gericht doch noch davon zu überzeugen, von dem eingeschlagenen Weg des Vorurteils abzuweichen und zu ‚besserer‘ Einsicht zu kommen.“

Selbstverständlich wirft das Buch auch einen Blick auf Themen wie die „Sockelverteidigung“, „Präventivverteidigung“ und „strafrechtliche Vorfeldberatung“; Tätigkeitsbereiche, die vor allem in Wirtschaftsstrafrechtsmandaten zum Tragen kommen. Ansprechend ist schließlich die Methodik der Strafverteidigung, wie sie sich in dem von *Barton* skizzierten Aufbau von Konzeptionen darstellt. In einem ausführlichen Kapitel leitet der Universitätsprofessor den Leser an, wie ein Verteidigungskonzept optimal aufgebaut werden kann.

Festzustellen bleibt: Das Buch „Einführung in die Strafverteidigung“ ist ein wissenschaftlich fundiertes Anleitungswerk zur Strafverteidigung. In seiner Darstellungsweise dem Universitätswesen verankert, kann es sich insoweit mit den Handbüchern *Burhoffs* mit seinen Ad-hoc-Tipps mehr schlecht als recht messen. Gleichwohl eignet es sich sehr gut als Lehrbuch für denjenigen Studierenden, der sich im Strafprozessrecht bereits auskennt; dem Rechtsreferendar vermittelt es die Grundkenntnisse zu den Arbeitsmethoden der rechtsberatenden Praxis, indem es beispielsweise Gliederungsvorschläge für den Aufbau von Verteidigungsgutachten (Prozessführung) im Rahmen eines vierstufigen Aufbaus vermittelt.

Rechtsanwalt Roman G. Weber, LL.M., Detmold

Die Papinian-Tragödie des Andreas Gryphius – Eine Lektürehilfe für Juristen

Von Diplomburist **Lorenz Franck**, Köln

Gryphius' Papinian ist für Literaturwissenschaftler und Juristen gleichermaßen interessant. Einige Faszinosa sollen daher hier vorgestellt werden. Hierbei werden die geschichtlichen und philosophischen Einflüsse auf den Autor kurz dargestellt und die Bedeutung des Theaterstückes für heutige Juristen erörtert.

I. Stichpunkte zu Autor und Werk

Andreas Gryphius wurde 1616 in Glogau¹ geboren und ist ebendort im Jahre 1664 nach einem Schlaganfall verschieden. Gryphius gilt als einer der bedeutendsten Dichter des deutschen Barock. Sein letztes Theaterstück mit dem vollständigen Titel „Großmüttiger Rechts-Gelehrter, Oder Sterbender Aemilius Paulus Papinianus“² erschien 1659 in Breslau.³ Hierin wird der große römische Jurist porträtiert, der sich einst gegen *Caracalla* stellte und dafür mit seinem Leben bezahlte. Mit ziemlicher Sicherheit hat der praktizierende Jurist Gryphius das historische Vorbild für sein Trauerspiel bereits im Studium kennengelernt.⁴

II. Das Bühnengeschehen

1. Die „Erste Abhandlung“

Das Stück ist in fünf Akte bzw. „Abhandlungen“ gegliedert. In der „Ersten Abhandlung“ wird zunächst die Hauptfigur durch einen Monolog eingeführt. *Papinian* ist im Jahre 212 n. Chr. als Praefectus Praetorio der Kronjurist des römischen Reiches und auf der höchsten Sprosse der Karriereleiter angelangt.

Papinian. „Was ists Papinian daß du die Spitz erreicht?
Daß keiner dir an Stand / noch Macht / noch Hoheit
gleich?“ (I, 21 f.)

¹ Głogów im heutigen Polen.

² Der Text des Stückes ist online unter <http://gutenberg.spiegel.de/gryphius/papinian/papinian.xml> [9.1.2009] abrufbar. Zugrundegelegt wird im Folgenden die Reclam-Ausgabe, besorgt von Ilse Barth, 2000.

³ Die datierte Widmungsvorrede ist abgedruckt in *Heckmann*, Elemente des barocken Trauerspiels am Beispiel des „Papinian“ von Andreas Gryphius, 1959, S. 13.

⁴ *Barner*, Der Jurist als Märtyrer, in: Ulrich Mölk (Hrsg.), Literatur und Recht – Literarische Rechtsfälle von der Antike bis in die Gegenwart, 1996, S. 229 (S. 230 f.); *Fehr*, Das Recht in der Dichtung, 1931, S. 377; *Kühlmann*, Der Fall Papinian – Ein Konfliktmodell absolutistischer Politik im akademischen Schrifttum des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Buck (Hrsg.), Europäische Hofkultur im 16. und 17. Jahrhundert – Band 2, 1981, S. 249 (S. 254); *Schings*, Großmüttiger Rechts-Gelehrter Oder Sterbender Aemilius Paulus Papinianus, in: Kaiser (Hrsg.), Die Dramen des Andreas Gryphius, 1968, S. 170 (S. 182).

Allerdings laufen derart exponierte Persönlichkeiten stets Gefahr, dass verleumderisch gegen sie gehetzt wird. Dies beklagt auch *Papinian*.

Papinian. „Wie leichte bricht der Fels auff dem er stand gefast /
Und reist jhn mit sich ab! bald wird der Gipffel Last“ (I, 13 f.)

Unser Held befindet sich in einer schwierigen Situation. Der verstorbene Kaiser *Severus* hat ihm seine Söhne *Geta* und *Bassian*⁵ anbefohlen, zwei „im Zanck verwirrte Brüder“ (I, 39). *Papinian* ahnt bereits, dass aus der Konkurrenz der beiden Doppelherrscher nichts Gutes entstehen kann.

Papinian. „Zwey Kronen spürt ich dort: Hier furcht' ich eine Leich.“ (I, 246.)

Nachdem sich sogar die Kaiserinmutter *Julia* von *Papinian* versichern lässt, dass er nicht zum Nachteil *Getas* dem älteren *Bassian* zuneigt, mahnt auch *Papinians* Ehefrau zur Vorsicht im politischen Geschäft.

2. Die „Andere Abhandlung“

Der „geheime Rath“ *Laetus*, ein Vertrauter *Bassians*, säht fortwährend Zwietracht zwischen den Brüdern. *Bassian* vermag sich *Geta* gegenüber jedoch noch zu zügeln, insbesondere weil die Doppelherrschaft dem Willen seines Vaters entspricht.

Laetus. „Stamm / Reich und Stab beruht auff dem der erst geboren.“

Bassian. „Der Vater hat uns beyd' auff einen Thron erkorren.“ (II, 55 f.)

Als nun ein Beschluss des *Bassian* von *Geta* gegengezeichnet werden soll, erbittet sich dieser noch etwas Bedenkzeit. Es geht um die Frage, ob *Celsus* Landverwalter in Ägypten bleibt. *Geta* hält *Celsus* für ungeeignet, diesen Posten länger zu besetzen. *Bassian* fürchtet allerdings um die Staatsraison, sollte *Celsus* abberufen werden.

Bassian. „Warumb verwirfft man dehn dem Wir Aegypten gönnten?“

Geta. „Dieweil Wir seinen Geitz nicht mehr vertragen könnten.“ [...]

Bassian. „So glaubt man daß wir blind und unbedacht hin schreiben?“

Geta. „Man soll nicht sonder Rath ein hohes Werck betreiben.“ (II, 251 ff.)

⁵ So nennt Gryphius den Kaiser Antoninus Bassianus *Caracalla* in seinem Werk.

Aufgrund dieser Eigensinnigkeit *Getas* kann *Laetus* mit seinem Intrigenspiel erfolgreich einhaken.

Laetus. „Schaut auff den Übermut der in der Brust entglimmt/
Deß Brudern / der als Feind uns zu verderben stimmt.“
(II, 113 f.) [...]
Bassian. „Wer hilfft? Wer rettet uns auß der verwirrten Noth?“
Laetus. „Man rettet gantze Reich durch eines Menschen Todt.“ (II, 153 f.)

So entfaltet sich *Laetus'* Plan und *Bassian* ermordet seinen Bruder vor den Augen der Mutter. *Julia* verflucht hernach den Erstgeborenen.

3. Die „Dritte Abhandlung“

Bassian bereut die Tat und erkennt, wie er von *Laetus* manipuliert wurde. Er verurteilt diesen zum Tode, kassiert das Urteil jedoch sogleich wieder und überstellt den Delinquenten der blutigen Rache *Julias*. Währenddessen unternimmt der „kaiserliche Bedinete“ *Cleander* den Versuch, *Papinian* dazu zu bewegen, den Brudermord in seiner Eigenschaft als Kronjurist zu rechtfertigen.

Cleander. „Drumb soll *Papinian* mit Rath und Reden heilen.“
Papinian. „Er kan dem *Antonin*⁶ nicht neuen Geist ertheilen.“
Cleander. „Und doch dem *Bassian* erhalten Ruhm und Stand.“
Papinian. „Er dint dem *Bassian* mit Herten / Seel und Hand.“
Cleander. „Und weigert sich vor Ihn den Tods Schlag zu beschönen.“
Papinian. „Wer den beschönen kan; kan Welt und Fürsten höhnen.“
Cleander. „Diß Stück nimmt weil es noch verdeckt vil Farben an.“
Papinian. „O Stück das keine Nacht noch Zeit verdecken kan!“
Cleander. „Darnach man es der Welt wird in die Ohren bringen.“
Papinian. „Verblümt es wie ihr wollt; es wird doch heißlich klingen.“ (III, 437 ff.)

Sein Gewissen verbietet es *Papinian* schlichtweg, ein derartiges Gefälligkeitsgutachten anzufertigen, auch wenn er mit dieser Weigerung den Kaiser verprellt.

Cleander. „Wie hitzig wird der Fürst den rauen Abschlag hören.“
Papinian. „Ich muß das heil'ge Recht vor tausend Fürsten ehren.“ (III, 473 f.) [...]
Cleander. „Wil Er sein gantzes Haus mit sich zu grunde stürzten?“

⁶ Hier ist der Kaiser *Antoninus Geta* gemeint.

Papinian. „Vil liber / denn das Recht auch umb ein Haar abkürzten?“

Cleander. „Der Recht und Satzung gibt / hebt offt die Satzung auff.“

Papinian. „Nicht die der Völcker Schluß erhält in stetem Lauff.“

Cleander. „Die römische Taffeln⁷ selbst sind durch die Zeit vertriben.“

Papinian. „Der Götter ewig Recht ist stets im schwange bliben.“ (III, 481 ff.) [...]

Cleander. „Soll ich dem *Bassian* die unsanfft' Antwort bringen?“

Papinian. „Daß mein Gewissen nicht sich von mir lasse zwingen.“ (III, 505 f.) [...]

Cleander. „Ach grosser Geist! Ich seh ein grimmig Ungewitter!“

Papinian. „Ein herrlich Tod ist süß' / ein schimpflich Leben bitter.“

Cleander. „Ja wenn man durch den Tod das Vaterland erhält.“

Papinian. „Mehr wenn das Recht dardurch erhalten in der Welt.“ (III, 513 ff.)

4. Die „Vierde Abhandlung“

Natürlich ist *Bassian* hierüber empört und zitiert *Papinian* zu sich an den Hof. Doch weder die Erinnerung an den einst geschworenen Amtseid noch die angedrohte Amtsenthebung vermögen den Juristen umzustimmen. Folglich zieht *Bassian* die Konsequenz und beraubt den Präfekten seines Amtes und seiner Würden.

*Macrin.*⁸ „Ach kann er sich denn selbst so tiff erniedrigt schauen?“

Papinian. „Ich sey auch wer ich sey / Mir wird vor Mir nicht grauen.“ (IV, 327 f.)

Nun schaltet sich jedoch eine neue Größe in das Geschehen ein. Zwei römische „Hauptleute“ schlagen *Papinian* einen Militärputsch vor und sichern ihm die Unterstützung durch das Heer zu.

Hauptleute. „Daß *Antonin* auff *Jhn* in tollem Zorn ergrimmt /
Und seine Schmach ja Fall / auch wol den Tod gestimmt;
Entschlissen *Jhm* zu Dinst für *Jhn* sich keck zu wagen /
Und lassen *Jhre* Pflicht *Jhm* mit dem Reich antragen.“
(IV, 377 ff.)

Aber *Papinian* lehnt das Ansinnen ab. Ein aktiver Widerstand gegen den Kaiser ist für ihn undenkbar.

⁷ Das Zwölftafelgesetz entstand um 450 v. Chr. in Rom. Die Tafeln selbst sind nicht erhalten geblieben.

⁸ *Gryphius* lässt hier *Marcus Opellius Macrinus* sprechen, den historisch überlieferten Amtsnachfolger *Papinians* und späteren Kaiser. Auf ihn beziehen sich sich übrigens die Verse V, 161 f.

Papinian. „Jhr irrt ach Libst / Jhr irrt. Der Fürst ists der uns schafft.
Gesetzt auch daß Er feil. Ein unbepfahlte Krafft
Kan zwar (es ist nicht ohn) in tiffste Laster rennen:
Doch darff ob seiner Schuld kein Unterthan erkennen.“
(IV, 405 ff.)

5. Die „Fünffte Abhandlung“

Im letzten Akt wirken verschiedene Kräfte auf *Papinian* ein. Die trauernde Kaiserinmutter *Julia* tritt an *Papinian* heran und bietet ihm die Ehe und die Krone für die Tötung *Bassians*. Dagegen ist *Papinians* Vater *Hostilius* bestrebt, seinen Sohn zur Rechtfertigung der Bluttat zu bewegen. So könne dieser immerhin sich selbst und das Wohl des Staates retten. Doch alle Überredungskünste sind vergebens. *Papinian* widersteht. Daraufhin erklärt *Bassian* seinen Kronjuristen zum Verschwörer, der *Geta* zum Thron verhelfen wollte. Angesichts dieser dreisten Lüge ist schließlich sogar *Papinian* überrascht:

Papinian. „Ich starr! Und bin verwirrt / ob dieser neuen List!
Frey aller Schand und Schuld! Komm wer Du Kläger bist.
Komm wer Du zeugen kanst! Entdecke mein Verbrechen!
Trit vor / der du mich wilst ob solcher That besprechen.“
(V, 181 ff.)

Bassian verspricht dem vorgeblichen Verräter allerdings Straffreiheit für den Fall, dass er sich endlich dem kaiserlichen Willen fügt. Nur vermag nicht einmal die Hinrichtung seines eigenen Sohnes *Papinian* zu beeindrucken. Um nicht das Gesicht zu verlieren, lässt der Kaiser zuletzt auch *Papinian* selbst töten (vgl. V, 299 ff.). *Bassian* bleibt zurück mit den Worten:

Bassian. „Wie wir durch Beil und Stahl zu wütten sind geflossen
So wütet in uns selbst ein rasend toll Gewissen.“ (V, 363 f.)

III. Der literarische Papinian

1. Der stoische Held

In vielerlei Hinsicht skizziert *Gryphius* seinen Titelhelden als Inkarnation des stoischen Tugendideals.⁹ Sowohl in sprachlichen Bildern als auch in direkter Rede wird auf eine Beständigkeit und Dauerhaftigkeit der Persönlichkeit Bezug genommen.¹⁰ Die Figur des *Papinian* macht im Verlauf des

⁹ Heckmann (Fn. 3), S. 53/62; Keller, Nachwort, in: *Gryphius, Papinian*, Reclamausgabe, besorgt von Ilse Barth, 2000, S. 142 (S. 143, 149).

¹⁰ III, 121 f.; IV, 262; IV, 289; IV, 291 f.; IV, 354; V, 150 f.; V, 258; V, 279. Man beachte außerdem die Bezugnahme auf die stoische „Großmütigkeit“ (*Magnanimitas*) bereits im Titel des Stücks, vgl. Barner (Fn. 4), S. 239; Heckmann

Stücks keine Entwicklung durch, sondern existiert als unveränderlicher Charakter von Anfang an.

Der Gardepräfekt wird dabei auf vielfältige Weise in Versuchung geführt.¹¹ Entweder soll er die geforderte Rechtfertigung formulieren oder aber sich aktiv zur Wehr zu setzen. *Peter Michelsen* spricht insofern von einem geistigen Zweifrontenkrieg.¹² All diesen Versuchungen widersteht *Papinian* jedoch bis zum bitteren Ende. Weder die Überredungsversuche durch *Cleander* und *Hostilius*, noch die Verlockungen durch das Heer und die Kaiserinmutter, geschweige denn die unmittelbare Bedrohung durch *Bassian* vermögen den Kronjuristen umzustimmen. Indem *Papinian* all diesen Versuchungen nicht nachgibt, stellt er gewissermaßen ein Paradebeispiel für die stoische Geistesstärke, die so genannte *Constantia* dar.¹³

Nach den Grundsätzen der Stoa ist Glückseligkeit („*Eudaimonia*“) nur zu erreichen, sofern kein Affekt die Seelenruhe stört.¹⁴ *Zenon von Kiton*, der Begründer der stoischen Lehre nennt vier Affekte. Es sind dies: Begierde, Freude, Furcht und Schmerz. Das ausdrückliche Ziel der *Constantia* als stoische Kardinaltugend ist es, diese Affekte zu bewältigen. Die Überwindung der vergänglichen Welt durch Standhaftigkeit soll dabei ein reiner Selbstzweck und Lohn genug sein.¹⁵

Bei näherem Hinsehen begnügt sich der literarische *Papinian* jedoch nicht mit der Überwindung der Welt. Vielmehr rechnet er fest mit seinem Nachruhm.¹⁶ Wenn *Papinian* sich selbst schließlich sogar als „Sühn-Opfer“¹⁷ begreift, ist der Schritt zur so genannten „*imitatio christi*“ vollends getan.¹⁸

(Fn. 3), S. 62; Keller (Fn. 9), S. 149; D. Nörr, SZRom 83 (1966), 308 (322) sowie Schings (Fn. 4), S. 192.

¹¹ Begrifflichkeit nach Heckmann (Fn. 3), S. 53; Keller (Fn. 9), S. 152; Michelsen, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (50); D. Nörr, SZRom 83 (1966), 308 (318); Schings (Fn. 4), S. 194.

¹² Michelsen, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (50).

¹³ Keller (Fn. 9), S. 149; Michelsen, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (50/56 f.); D. Nörr, SZRom 83 (1966), 308 (311).

¹⁴ Überblick bei Inford/Zinsmeier, Artikel „Stoizismus“, in: Cancik/Schneider (Hrsg.), *Der neue Pauly – Band 11*, 2001, Sp. 1016 ff. Affekte sind demnach psycho-physische Reaktionen, die über das gesunde und vernünftige Maß hinausgehen, siehe ebenda, Sp. 1018.

¹⁵ Inford/Zinsmeier (Fn. 14), Sp. 1018; D. Nörr, SZRom 83 (1966), 308 (320).

¹⁶ I, 60; I, 329 ff.; IV, 235 f.; IV, 256 ff.; IV, 281; IV, 285; V, 67; V, 148 f.; V, 441 ff.; vgl. ferner Keller (Fn. 9), S. 148; D. Nörr, SZRom 83 (1966), 308 (320). Außerdem deutet *Gryphius* die Sünderqualen an (III, 709 f.).

¹⁷ „Last Götter mich vor Fürst / vor Rath / Volck und Gemein/ Vor Läger / Land und Reich / ein rein Sün-opffer seyn!“ (V, 317 f.)

¹⁸ Barner (Fn. 4), S. 239; Michelsen, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (60); D. Nörr, SZRom 83 (1966), 308 (323). Keller (Fn. 9), S. 153 sieht *Papinians* Handeln allenfalls „in die Nähe einer *imitatio christi*“ gerückt. Schings (Fn. 4), S. 203

Darüber hinaus folgt *Gryphius* in seinem Werk der christlichen Vanitas-Idee, also der Vorstellung von der Vergänglichkeit und Nichtigkeit alles Irdischen.¹⁹

Die Rezeption der Stoa im Barock hat zu Vermengungen mit christlichen Inhalten geführt und der damaligen Zeit das entsprechende gedankliche Gepräge gegeben.²⁰ *Gryphius'* philosophischer Hintergrund ist daher nicht in der klassischen Stoa sondern genauer im barocken Neostoizismus zu sehen.

2. Philosophische Einflüsse auf den Autor

Es gilt als sicher, dass *Gryphius* wesentlich vom Neostoiker *Justus Lipsius* beeinflusst wurde.²¹ In seinem Werk „De Constantia“ von 1591 entwirft *Lipsius* den Prototypen des stoischen Weisen und Untertans.²² Er nennt *Papinian* andernorts sogar ausdrücklich als Vorbild für einen Stoiker. Nach *Lipsius'* Lehre über die Staatsklugheit gilt es zwischen erlaubtem und unerlaubtem „fraus“²³ zu unterscheiden.²⁴ Der so genannte *fraus magna* weiche derart eklatant von Tugend und Gesetzen ab, dass er gänzlich abzulehnen sei. Dieses gestufte Verhältnis findet sich auch bei *Gryphius*:

Papinian: „Man muß je Fürsten was zuweilen übersehen!
Nicht stets entgegen gehn / bemänteln was geschehen /
Verdecken manchen Feil / erinnern wenn es Zeit /
Anzeigen wo gejrr't: Und mit Bescheidenheit.
Wenn aber solch ein Stück ob dem die Welt erzittert /
Ob dem was nah und fern bestürzt / und höchst erbittert/
So sonder Schew verübt / stehts keiner Seelen frey;
Daß Sie so schnödes Werck vor schön' und recht
ausßschrey.“ (V, 119 ff.)

hält die antike Vorstellung von Nachruhm für ein nur unvollständiges Surrogat für die christliche Heilserwartung.

¹⁹ Siehe IV, 254; IV, 318; IV, 350; IV, 353; V, 270; V, 335; vgl. auch *Keller* (Fn. 9), S. 149; *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (319, 321); *Szyrocki*, Andreas Gryphius – Sein Leben und Werk, 1964, S. 78; *Schings* (Fn. 4), S. 171/192.

²⁰ *Heckmann* (Fn. 3), S. 61; *Keller* (Fn. 9), S. 154; *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (53); *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (311 f.).

²¹ *Heckmann* (Fn. 3), S. 242 Fn. 12; *Keller* (Fn. 9), S. 154; *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (53); *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (312, 321); *Schmelzeisen*, AfK 53 (1971), 93 (124); *Schings* (Fn. 4), S. 181.

²² Die deutsche Übersetzung von *Beuth*, *Von der Geistesstärke*, 2006, ist online unter <http://www.lipsius-constantia.de/> [9.1.2009] zu erreichen.

²³ Betrug, hier im Sinne eines „schlechten Ratschlags“. Nach *Lipsius* existieren drei Formen: *fraus magna*, *media* und *levis*.

²⁴ *Lipsius*, *Politicorum sive cicilis doctrinae libri sex, qui ad principatum maxime spectant*, in: *Lipsius*, *Opera omnia* IV, 1675, S. 113. Vgl. hierzu auch *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (329); *Schmelzeisen*, AfK 53 (1971), 93 (124); *Oestreich*, *Antiker Geist und moderner Staat bei Justus Lipsius (1547-1606)*, 1989, S. 144; *Solbach*, *Daphnis* 28 (1999), S. 631 (638).

*Lipsius'*sche Denkansätze finden sich zudem sowohl bei *Cleander* (III, 419) als auch bei *Bassian* (IV, 24).

Daneben spiegelt sich *Martin Luthers* Amtsverständnis in *Gryphius'* Werk wider.²⁵ Nach *Luthers* Zwei-Reiche-Lehre sind sowohl die weltliche als auch die geistliche Obrigkeit von Gott eingesetzt. Der Souverän ist demnach nicht *princeps legibus solutus*, sondern seinerseits der Macht Gottes unterworfen. Der Untertan hingegen muss dem gottgewollten Herrscher folgen, ein aktives Widerstandsrecht existiert für ihn nicht. Allenfalls der passive Widerstand, also die Nichtbefolgung von Befehlen ist nach lutherischem Verständnis zulässig.

Demnach kann man „der Obrigkeit [...] nicht widerstehen mit Gewalt, sondern nur mit Bekenntnis der Wahrheit; kehret sie sich dran, ist es gut; wo nicht, so bist du entschuldiget und leidest Unrecht um Gottes Willen.[...] Wider Recht gebührt niemand zu tun, sondern man muß Gott [...] mehr gehorchen denn den Menschen.“²⁶

Auch *Gryphius* unterscheidet zwischen zwei Machtansprüchen, dem des Kaisers und dem des Gewissens.²⁷ Es ist sehr wahrscheinlich, dass sich der Lutheraner und Pfarrerssohn *Gryphius* bei seiner szenischen Darstellung von der lutherischen Idee hat leiten lassen.²⁸

IV. Der historische Papinian

Häufig wird die Detailgenauigkeit gerühmt, mit der *Gryphius* zu Werke geht und die ihm zur Verfügung stehenden Quellen auswertet.²⁹ Als Dramaturg muss er jedoch zeitweise den festen Boden historischer Überlieferung verlassen.³⁰ So vermag der Autor mittels dichterischer Freiheit bestehende Lücken zu füllen und dem Bühnengeschehen eine bestimmte Richtung vorzugeben. Wieviel hat nun aber der literarische *Papinian* mit seinem historischen Vorbild gemein?³¹

²⁵ *Barner* (Fn. 4), S. 241 f.; *Brenner*, DVJs 62 (1988), 246 (255); *Keller* (Fn. 9), S. 152; *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (50/58); *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (332); *Schmelzeisen*, AfK 53 (1971), 93 (123); *Solbach*, *Daphnis* 28 (1999), S. 631 (670 ff.).

²⁶ *Luther*, *Von weltlicher Obrigkeit, wie man ihr Gehorsam schuldig sei*, 1523, in: *Borchardt/Merz* (Hrsg.), *Martin Luther – Ausgewählte Werke*, Band 5, 3. Aufl. 1962, S. 7 (S. 39).

²⁷ IV, 162; IV, 335 ff.; IV, 408 ff.

²⁸ *Barner* (Fn. 4), S. 241 f.; *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (52); *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (333).

²⁹ *Heckmann* (Fn. 3), S. 15 f.; *Keller* (Fn. 9), S. 145; *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (48); *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (317).

³⁰ *Keller* (Fn. 9), S. 145; *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (319). Ähnlich räumte dies bereits *Gryphius* selbst ein, vgl. *ders.*, Anmerkung zu IV, 293 a.E. (Fn. 2), S. 131.

³¹ *Aemilius Papinianus* (um 150 – 212) begann seine Karriere als *advocatus fisci* und stieg bis zum *praefectus praetorio*, also dem höchsten kaiserlichen Beamten auf. Nach dem „Zitiergegesetz“ von 426 sollte *Papinians* Ansicht bei indifferenter Quellenlage den Ausschlag geben. Überblick bei *Knütel*,

1. *Gryphius' Quellen*

Im Anhang zum Theaterstück fügt *Gryphius* eigene „Anmerkungen“ an.³² Denen zufolge stützt er sich für die historische Unterfütterung seines Werkes auf drei maßgebliche Quellen. Es sind dies: *Cassius Dio*, *Herodian* und *Spartian*.

Cassius Dio Cocceianus (geboren 164 n. Chr.) hatte diverse Staatsämter inne und war Comes von *Caracalla*. Sein Werk über die Gesamtgeschichte Roms wird als unschätzbar wertvoll erachtet³³

Herodianos (geboren ca. 178/180 n. Chr.) verfasste ein Geschichtswerk in acht Büchern beginnend mit *Marc Aurel* bis zur Alleinherrschaft *Giordans* III. Vormalig wurde sein Werk wegen offensichtlicher historiographischer Mängel ausgesprochen ungünstig beurteilt. Mittlerweile gilt es als wichtige, wenn auch nicht fehlerfreie Quelle für die Geschichte der ersten Hälfte des dritten Jahrhunderts n. Chr.³⁴

Aelius Spartian gehörte angeblich zu den Scriptoribus der so genannten *Historia Augusta*. Diese Sammlung von Lebensbeschreibungen römischer Kaiser, Thronanwärter und Usurpatoren wird gemeinhin auf eine Zeit nach 330 n. Chr.

Artikel „Papinianus, Aemilius“, in: Stolleis (Hrsg.), *Juristen – Ein biographisches Lexikon*, 1995; näheres zur Person selbst bei *Kunkel*, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl. 1967, S. 224 ff. Ziel der folgenden Darstellung ist keine minutiöse Auflistung aller historischen Abweichungen in der *Gryphius'schen* Tragödie. Angedeutet seien nur die Folgenden Errata:

- Die zeitliche Straffung des Bühnengeschehens auf einen Tag rührt von einer Empfehlung *Pierre Corneilles* her, dessen Dramen *Gryphius* bei einer Parisreise sah, vgl. *Keller* (Fn. 9) S. 144/146.

- *Papinian* war nicht mit dem Kaiser verschwägert, wie von *Gryphius* vorausgesetzt, vgl. *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308 (317) sowie *Schmelzeisen*, *AfK* 53 (1971), 93 (99 Fn. 65).

- Eine nennenswerte Toleranz gegenüber Christen, wie in I, 85 ff. angedeutet, ist ebenfalls zweifelhaft, vgl. *Behrends*, *Papinians Verweigerung* oder die *Moral eines Juristen*, in: *Mölk* (Hrsg.), *Recht und Literatur – Literarische Rechtsfälle von der Antike bis in die Gegenwart*, 1996, S. 243 (S. 245); *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308 (318 Fn. 42) sowie *Schings* (Fn. 4), S. 202.

- Der angetragene Militärputsch im vierten Akt ist nicht überliefert, sondern dramatisches Mittel, vgl. *Behrends* (s.o.), S. 259 Fn. 37 sowie *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (56).

- *Hostilius* ist der Name, der *Papinians* Vater auf einer gefälschten Vaseninschrift zugewiesen wird, vgl. *Behrends* (s.o.), S. 244 sowie *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308 (309).

- *Papinian* wurde wahrscheinlich nicht von *Caracalla* seines Amtes enthoben, wie dies von *Gryphius* dargestellt wird, vgl. *Behrends* (s.o.), S. 257 sowie *Kunkel* (s.o.), S. 224.

³² Reclam-Ausgabe (Fn. 2), S. 117 ff.

³³ Überblick bei *Birley*, Artikel „Cassius – [III 1] L. Cl(audius) C. Dio Cocceianus“, in: *Cancik/Schneider* (Hrsg.), *Der Neue Pauly – Band 2*, 1997, Sp. 1014 ff.

³⁴ Überblick bei *Franke*, Artikel „Herodianos“, in: *Cancik/Schneider* (Hrsg.), *Der Neue Pauly – Band 5*, 1998, Sp. 467.

datiert. Ihr Wert wird durch zahlreiche erfundene Passagen und ihre unvollständige Überlieferung geschmälert.³⁵

2. *Papinians Weigerung*

Bereits seit der Spätantike ist umstritten, ob *Papinian* tatsächlich hingerichtet wurde, weil er sich geweigert hat, den Brudermord des *Caracalla* zu rechtfertigen.³⁶ Dies ist *Gryphius* keineswegs entgangen, wie in seiner „Anmerkung“ zu III, 510 zu lesen ist:

„Spartianus vermeynet / daß Todes Papiniani Hauptursache sey nicht / daß er sich verwidert die Entschuldigung dises Todschlags aufzusetzen; sondern die Freundschaft die er zu dem Geta getragen / hätte sein Ende befördert. [...] Gleichwol sehe ich nicht warumb bloß auß disem Grunde von der gemeinen Meynung zu weichen. [...]“³⁷

Noch heute ist sich die Literatur in dieser Frage uneins. *Dieter Nörr* etwa ist der Ansicht, *Papinian* sei als Anhänger *Getas* aus politischen Gründen getötet worden. Die hierfür sprechenden Quellen seien schlicht die besseren.³⁸ *Okko Behrends* hingegen hält in seiner Quellenkritik am Bild des Märtyrers fest.³⁹

3. *Papinians Ethos*

Sofern der Tötungsbefehl *Caracallas* die direkte Folge der Weigerung war, könnte der historische *Papinian* tatsächlich aus einer ethischen Grundhaltung heraus gehandelt haben, die derjenigen des literarischen *Papinian* entspricht.

Okko Behrends nimmt dies an. Seiner Analyse zufolge hätte *Papinian* einerseits das notwendige juristische Instrumentarium für eine Rechtfertigung zur Hand gehabt. *Behrends* bezieht sich hierbei auf *Ulpian*, D.1.4.1.pr. und die darin angesprochene „lex regia“.⁴⁰ Zum anderen wäre es *Papinian* als Gardepräfekt mit nahezu unbeschränkter Macht-

³⁵ Überblick bei *Jöhne*, Artikel „Historia Augusta“, in: *Cancik/Schneider* (Hrsg.), *Der Neue Pauly – Band 5*, 1998, Sp. 637 ff.

³⁶ *Behrends* (Fn. 31), S. 247; *Giario*, Artikel „Papinianus, Aemilius“, in: *Cancik/Schneider* (Hrsg.), *Der neue Pauly – Band 9*, 2000, Sp. 287 f.; *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308.

³⁷ Reclam-Ausgabe (Fn. 2), S. 125 f.

³⁸ *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308. Eine kritische Auseinandersetzung mit den Quellen erfolgt jedoch aaO. nicht.

³⁹ *Behrends* (Fn. 31), S. 253 Fn. 21, ausführlich auch S. 257 ff.; im Ergebnis wohl auch *Knüttel* (Fn. 31).

⁴⁰ *Behrends* (Fn. 31), S. 254. Die *Digesten*stelle lautet: „Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.“ „Was der Kaiser befiehlt, hat Gesetzeskraft, da nämlich das Volk durch die *Lex regia* über die oberste Gewalt seine ganze Macht und Gewalt demselben und an denselben übertragen hat.“ (Deutsche Übersetzung nach *Huchthausen/Härtel*, *Römisches Recht in einem Band*, 1991, S. 221)

fülle und hohem Ansehen ein Leichtes gewesen, die staatliche Ordnung wiederherzustellen.⁴¹ Da schließlich ein Nachgeben gegenüber *Caracalla* angesichts der enormen eigenen Gefährdung auch moralisch nachvollziehbar gewesen wäre,⁴² muss für *Papinian* ein zwingender Hinderungsgrund bestanden haben. *Behrends* sieht diesen Grund in *Papinians* Ethos und stützt sich hierbei auf D.28.7.15. Dort heißt es:

„Handlungen, die unsere mitmenschlichen Pflichten, unsere Selbstachtung und unser Schamgefühl verletzen und, um es grundsätzlich zu formulieren, gegen die anerkannten Gebote des Zusammenlebens verstoßen, von denen ist anzunehmen, daß wir sie nicht vorzunehmen vermögen.“⁴³

Im zugrundeliegenden Fall ging es um eine testamentarische Bedingung, die den Sohn erst bei Vornahme einer sittenwidrigen Handlung zum Erben gemacht hätte. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit ergab sich dabei aus der Missbilligung durch Kaiser und Senat.

Anstatt die fragliche Bedingung (wie nach damals „herrschender Meinung“) einfach zu streichen,⁴⁴ erklärte *Papinian* sie erst dann für ungültig, wenn sich der Sohn auf die sittlich empfundene Unmöglichkeit berief. Wenn die kaiserliche Missbilligung nicht dem Gewissen des Sohnes entgegenstand, sollte dieser die Bedingung durchaus eintreten lassen können. Genau dieses Prinzip der sittlich empfundenen Unmöglichkeit wendet *Behrends* sodann sinngemäß auf *Papinians* Weigerung gegenüber *Caracalla* an. Demnach bestehen also zwischen dem literarischen *Papinian* und seinem historischen Vorbild gewisse Übereinstimmungen, was die Persönlichkeitsstruktur betrifft.⁴⁵

V. Das Werk als Exempler

1. Zeitgenössische Bedeutung

Gryphius greift mit seinem Trauerspiel eine damals heftig umstrittene staatsrechtliche Fragestellung auf. Im 16. und 17. Jahrhundert entspann sich eine intensive Debatte um das

Widerstandsrecht gegen einen an sich legitimen Herrscher.⁴⁶ Nach der Ermordung der Könige *Heinrich III.* (1589), *Heinrich IV.* (1610) und *Karl I.* (1649) besaß dieses Thema akute zeitgeschichtliche Brisanz.⁴⁷ Es würde an dieser Stelle zu weit führen, die Debatte in allen Einzelheiten nachzuzeichnen.⁴⁸ Erwähnt sei lediglich *Jean Bodin*, der 1576 in seinen *Six Livres de la République* herbe Kritik an *Papinian* übte:

„Wenn aber die Standhaftigkeit die Krankheiten des Staates und die Sünden der Fürsten nicht heilen kann, ist es in gewissem Sinne besser, nachzugeben als die Wunden, die dem Staat von dem Fürsten zugefügt sind, noch zu verschärfen [...]. *Papinian* [...] hat [...] freilich mehr tapfer gehandelt als weise. [...] Die Beamtschaft sollte erkennen, wieweit sie die Sünden der Fürsten, die nicht rückgängig gemacht werden können, ertragen muß. *Papinian* durfte den Staat nicht eines solchen Mannes, d. h. seiner selbst berauben, sondern hätte sich [...] den Staat und sich dem Staat bewahren müssen.“⁴⁹

Bodin verurteilt das Vorgehen *Papinians*, weil dieser durch seine grundsätzlich lobenswerte Beständigkeit das Übel nicht geheilt, sondern verschlimmert hat.⁵⁰ Bei den von *Bodin* vorgetragenen Argumenten handelt es sich bemerkenswerterweise genau um diejenigen, die *Gryphius* seinen *Hostilius* im fünften Akt aussprechen bzw. nachsprechen lässt:

Hostilius. „Schön ists / mit einem Wort / den Geist vors
Recht hingeben /
Doch schöner Recht und Reich erretten durch sein Le-
ben. (V, 87 f.) [...]
Es ist / ich geb es nach / schwer / grimmer Fürsten win-
cken
Stets zu Gebote steh / doch kann ein grosser Geist
Durch Sanfftmüt / off / die Macht die alles trotz und
reist / Entwehren (V, 100 ff.) [...]
Denn rettet man sich selbst / bringt Länder aus verterben.
Schützt Völcker / bauet Städt / und zeucht aus Fall und
Sterben.“ (V, 111 f.)

Die Beeinflussung durch die zeitgenössische Debatte tritt hier offen zutage. *Dieter Nörr* schließt, dass *Gryphius* mit der

⁴¹ *Behrends* (Fn. 31), S. 260/268; ebenso *Solbach*, *Daphnis* 28 (1999), S. 631 (634).

⁴² *Behrends* (Fn. 31), S. 253.

⁴³ Deutsche Übersetzung von *Behrends* (Fn. 31), S. 269. Im Original lautet die Stelle: „quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.“

⁴⁴ *Pomponius* schloss sich insofern *Sabinus* und *Cassius* an, D.35.1.6.1.: „sabinus quoque et cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse, quae sententia admittenda est.“

⁴⁵ Die Interpolationistik hat erhebliche Zweifel an der Echtheit der *Papinian*fragmente geäußert, vgl. *Behrends* (Fn. 31) S. 250/270 ff. Dennoch ist eine antiinterpolationistische Strömung vorhanden, vgl. etwa *Yaron*, *Papinian* D. 48,5,12(11), 7 from a different angle, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1989, 313 (313, 315).

⁴⁶ *Barner* (Fn. 4), S. 234; *Brenner*, *DVJs* 62 (1988), 246 (253 f./259 f.); *Kühlmann* (Fn. 4), S. 249; *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (52/55); *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308 (329 ff.); *Schmelzeisen*, *AfK* 53 (1971), 93 (111 ff.); *Solbach*, *Daphnis* 28 (1999), S. 631 (644).

⁴⁷ *Schmelzeisen*, *AfK* 53 (1971), 93 (112).

⁴⁸ Dazu näher etwa die Ausführungen bei *Brenner*, *DVJs* 62 (1988), 246 (253 ff.); *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308 (329 ff.); *Schmelzeisen*, *AfK* 53 (1971), 93 (111 ff.).

⁴⁹ Deutsche Übersetzung zitiert nach *Kühlmann* (Fn. 4), S. 249. Lateinische Ausgabe *Ioannis Bodini*, *De Republica Libri Sex*, Lib. III, Ed. 3, 1594, S. 468 f., online unter <http://www.uni-mannheim.de/mateo/camenahist/bodin1/te08.html> [9.1.2009].

⁵⁰ *D. Nörr*, *SZRom* 83 (1966), 308 (314).

Ablehnung des Widerstandsrechts im Wesentlichen die damals herrschende Lehre wiedergegeben hat.⁵¹

Zweifellos verfolgte *Gryphius* mit seinem Werk aber nicht nur reproduktive, sondern auch didaktische Absichten.⁵² *Marian Szyrocki* deutet daher den Text vor dem Zeitgeschehen, das *Gryphius* vor Augen stand. Demnach schrieb der Dichter alle seine Märtyrertragödien mit Blick auf die Religionsverfolgungen in Schlesien. Das Bühnenstück sollte den Bedrängten den richtigen Weg weisen, da das Recht *Gryphius* zufolge die einzige zulässige Waffe gegen die absolutistischen Tendenzen Habsburgs darstellte.⁵³

Dieter Nörr führt zudem eine praktische Begründung für die damalige Ablehnung eines Widerstandsrechtes an: Ein derartiges Recht hätte das Staatsgefüge erheblich geschwächt und die Wahrscheinlichkeit eines Bürgerkrieges erhöht. Nach den Erfahrungen des Dreißigjährigen Krieges wurden die Gefahren eines Bürgerkrieges jedoch als schwerer erachtet als die einer Tyrannis.⁵⁴

2. Juristen und ihr Gewissen

Zu überlegen bleibt, inwiefern die Tragödie des *Gryphius* ein Lehrstück für uns Heutige darstellen kann. Falls das Schicksal *Papinians* geschichtlich einen absoluten Sonderfall darstellt, scheidet diese Möglichkeit weitgehend aus. Möglicherweise gibt es jedoch tatsächlich Belege dafür, dass Juristen oder andere Staatsbeamte in einer ähnlichen Spannungssituation von Rechts- und Staatsraison zu entscheiden hatten.⁵⁵ Zunächst fällt *Seneca* ins Auge. Nachdem Kaiser *Nero* seine Mutter *Agrippina* ermordet hatte, setzte *Seneca* ein Schreiben an den Senat auf. *Agrippina* wurde darin zu Unrecht unterstellt, sie selbst hätte *Nero* zu töten versucht und nach dem Fehlschlag Selbstmord begangen. So konnte sich *Nero* unbeschadet aus der Affäre ziehen.⁵⁶ *Gryphius* selbst lässt *Cleander* im dritten Akt am Beispiel *Senecas* argumentieren:

Cleander. „Was ists denn das Er an dem Nero werther schätzt?“

Papinian. „Daß Nero in der That sich ob der That entsetzt.“ (III, 455 f.) [...]

Cleander. „Doch setzt *Annaeus*⁵⁷ auf daß es mit Recht geschehen.“

⁵¹ *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (331).

⁵² *Barner* (Fn. 4), S. 231; *Keller* (Fn. 9), S. 147; *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 (60); *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (311, 316).

⁵³ *Szyrocki* (Fn. 19), S. 94.

⁵⁴ *D. Nörr*, SZRom 83 (1966), 308 (330).

⁵⁵ Die hier vorgenommene Gleichbehandlung von Juristen und Staatsbeamten ist dem Umstand geschuldet, dass der Aufgabenbereich des historischen *Papinian* wesentlich umfangreicher war, als man sich dies heute bei dem Begriff „Regierungsjurist“ vorstellt.

⁵⁶ *Fini*, *Nero – Zweitausend Jahre Verleumdung*, 1994, S. 129 f.; *Fuhrmann*, *Seneca und Kaiser Nero – Eine Biografie*, 1999, S. 249. Von der Notwendigkeit der *Seneca*'schen Rechtfertigung berichtet *Grimal*, *Seneca*, 1978, S. 133 ff.

⁵⁷ *Lucius Annaeus Seneca*.

Papinian. „Wie hat der große Mann so schlecht sich vorgesehen.“ (III, 461 f.)

Mit dieser Schelte lässt es *Gryphius* keineswegs bewenden, vielmehr fügt er in seinen Anmerkungen hinzu:

„Wo jemals *Seneca* seinem Ruhm zu nahe getreten / seiner Weißheit einen Schandfleck angehängen / und von der Nach-Welt unsterblichen Verweiß verdinet; so ist es durch dise Entschuldigung [...] geschehen.“⁵⁸

Der Kaisererzieher und Philosoph hat seine Gewissensprüfung demnach nicht bestanden.

Wilhelm Kühlmann nennt demgegenüber *Cato*, *Brutus*, *Thrasea Paetus* und *Helvidius Priscus* als Vorbilder politischer Resistenz.⁵⁹ *Andreas Solbach* führt ferner *Thomas Beckett* und *Thomas More* als *Papinians* späte Schicksalsgenossen an.⁶⁰

Okko Behrends verweist hingegen auf *Carl Schmitt*, den „Kronjuristen“ des Dritten Reichs. Durch *Schmitts* Theorie des Staatsnotstands und der höchsten Staatsgewalt⁶¹ sei es im Nationalsozialismus gelungen, die *Röhm*-Morde zu rechtfertigen. Demnach bestehe im Ausnahmezustand die Möglichkeit, „staatliche Todesurteile [...] unmittelbar durch die Waf-

⁵⁸ Reclam-Ausgabe (Fn. 2), S. 124.

⁵⁹ *Kühlmann* (Fn. 4), S. 250 nach einem Traktat *Justus Reifensbergs* von 1619.

- *Marcus Porcius Cato der Jüngere*, Senator und Feldherr, war politischer Gegenspieler *Caesars*. Nach der Niederlage der Republikaner im römischen Bürgerkrieg wählte er 46 v. Chr. den Freitod.

- Der Politiker *Marcus Iunius Brutus* schwor sich 44 v. Chr. gegen *Caesar*, nachdem sich dieser zum Diktator auf Lebenszeit ernannt hatte.

- Senator *Publius Clodius Thrasea Paetus* war über die Rechtfertigungsschrift *Neros* im Jahr 59 n. Chr. derart empört, dass er den Senat noch vor der Abstimmung darüber verließ. Auch später stellte er sich gegen den Kaiser und tötete sich schließlich selbst.

- *Gaius Helvidius Priscus* opponierte als Prätor offen gegen die Kaiser *Vitellius* und *Vespasian* und wurde 71 bzw. 74 n. Chr. von *Vespasian* hingerichtet.

⁶⁰ *Solbach*, *Daphnis* 28 (1999), S. 631 (668 Fn. 69).

- Der Jurist und Erzbischof *Thomas Beckett* stritt mit *Heinrich II.* lebhaft darum, welche Strafgerichtsbarkeit für kriminelle Kleriker einschlägig sei. *Beckett* wurde im Jahre 1170 ermordet.

- Der Jurist und Staatsmann *More* weigerte sich 1534, den so genannten Suprematseid zu leisten, kraft dessen die Herrschaft des englischen Königs über die anglikanische Kirche anerkannt wurde. *More* wurde eingekerkert und hingerichtet.

⁶¹ Vgl. *Schmitt*, *Politische Theologie*, 8. Aufl. 2006 (Erstausgabe 1922), S. 14, dort heißt es z.B.: „Der Souverän entscheidet sowohl darüber, ob der extreme Notfall vorliegt, als auch darüber, was geschehen soll, um ihn zu beseitigen. Er steht außerhalb der normalen Rechtsordnung und gehört doch zu ihr [...]“

fen des beauftragten Mordkommandos [zu] verkündig[en].“⁶² Nach *Behrends* sieht sich der moderne Jurist ganz im Dienste der Staatsraison und verhält sich schon von Berufs wegen opportunistisch gegenüber der Staatsmacht sowie den von ihr ausgegebenen Werten.

Horst Sandler ist dieser Verweis auf *Carl Schmitt* als Beleg für den grundsätzlich opportunistischen Juristen jedoch zu pauschal und lehnt *Behrends* Bewertung daher kategorisch ab.⁶³

Dabei lohnt es sich, die Juristen im Dritten Reich etwas näher zu betrachten. *Hubert Schorn* will anerkennen, dass ein Richter im Nationalsozialismus sein eigenes Leben gefährdete, sofern er ein ungerechtes Gesetz ablehnte.⁶⁴ Aber trifft dies zu? In seinem 1959 erschienenen Buch über den Richter im Dritten Reich zeichnet *Schorn* auf über dreihundert Seiten die Schicksale einzelner Juristen nach, die vom Unrechtsregime der Nationalsozialisten verfolgt wurden.⁶⁵ Dies geschah jedoch im Wesentlichen aus rassenideologischen Gründen.

Tatsächlich ist nur ein einziger Fall bekannt, in dem ein Richter gerade wegen seiner dienstlichen Tätigkeit Konsequenzen zu tragen hatte.⁶⁶ Amtsgerichtsrat *Lothar Kreyssig* erfuhr als Vormundschaftsrichter im Jahre 1940 vom Euthanasie-Programm. Er untersagte daraufhin verschiedenen Krankenanstalten, seine Mündel ohne seine vorherige Zustimmung zu verlegen. Der damalige Justizminister *Franz Gürtner* versuchte *Kreyssig* im direkten Gespräch davon zu überzeugen, dass der Führerwille als verbindliche Rechtsquelle anzuerkennen sei. Der Amtsrichter weigerte sich jedoch unter Berufung auf sein Gewissen die von ihm getroffene Anordnung zurückzunehmen. *Kreyssig* wurde daraufhin (mit vollen Bezügen) in den Ruhestand versetzt.⁶⁷

Mittlerweile ist nachgewiesen, dass einige Richter im Nationalsozialismus bisweilen auf weniger spektakuläre Weise für das Recht eingetreten sind.⁶⁸ Dennoch hat sich die Mehr-

heit der Juristen angepasst, „um sich nicht von vornherein laufbahnmäßig auszuschalten,“ wie sich ein Hamburger Amtsgerichtspräsident erinnert.⁶⁹ Die Singularstellung des Falles *Kreyssig* und die außerordentliche Milde der staatlichen Reaktion können also den Vorwurf der Pauschalität gegenüber *Okko Behrends* Beurteilung einigermaßen entkräften.

Festzuhalten bleibt: Der Blick in die Geschichte offenbart ein gewisses Maß an Opportunismus unter den Juristen. Der *Papinianstoff* des *Andreas Gryphius* kann daher dem Rechtsanwender durchaus zur geistigen Erbauung dienen. Immerhin besteht eine historisch belegte Wahrscheinlichkeit, als Jurist tatsächlich einmal in große Gewissensnöte zu kommen.

3. Kollisionsregeln

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“⁷⁰

Vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Unrechtsregimes hat *Gustav Radbruch* 1946 diese nach ihm benannte Formel entwickelt. In der Folge ist sie von der Rechtsprechung mehrfach im Zusammenhang mit NS- und DDR-Unrecht angewandt worden.⁷¹ Aus diesem Grunde gilt jener Aufsatz, der die *Radbruch'sche* Formel erstmalig enthielt, als die einflussreichste rechtsphilosophische Schrift des zwanzigsten Jahrhunderts.⁷² Der einem Gewissenskonflikt Unter-

⁶² *Behrends* (Fn. 31), S. 247.

⁶³ *Sandler* NJW 1997, 1142, 1142.

⁶⁴ *Schorn*, Der Richter im Dritten Reich, 1959, S. 176. Die gleiche Argumentation findet sich beim ehemaligen Reichsgerichtsrat *Hartung*, Jurist unter vier Reichen, 1971, S. 98.

⁶⁵ *Schorn* (Fn. 64), S. 187 ff.

⁶⁶ *Ingo Müller*, Furchtbare Juristen, 1987, S. 198 f.; *Schorn* (Fn. 64), S. 343 ff.; ferner *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Im Namen des deutschen Volkes – Justiz und Nationalsozialismus, Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, 1989, S. 301.

⁶⁷ *Kreyssig* lebte nach dem Krieg in der DDR. Trotz entsprechender Angebote hat er nie wieder einen Richterposten besetzt, vgl. *Bundesminister der Justiz* (Fn. 66), S. 301.

⁶⁸ Beispiele bei *Schröder*, „...aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben“ – Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich, 1988, S. 215 ff. Selbstredend wollten die jeweiligen Richter dabei nicht auffallen: „In manchen Fällen klimperten die Richter auf der Klaviatur nationalsozialistischer Termini. Immer dann, wenn sie eine antinationalsozialistische Entscheidung fällten, begründeten sie umfangreich mit entsprechender Ideologie [...]“ Vgl. *Schröder* (s.o.), S. 280.

⁶⁹ *Bundesminister der Justiz* (Fn. 66), S. 303; ebenso *Schröder* (Fn. 68), S. 278.

⁷⁰ *Radbruch* SJZ 1946, 105 (107).

⁷¹ Übersicht bei *Forschner*, Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen Mauerschützenurteilen, 2003, S. 35 ff. sowie *Vest*, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel, 2006, S. 47 ff./69 ff.

⁷² Siehe nur *Gärtner*, Von der nikomachischen Ethik bis zu Habermas: Philosophische Impulse, 2006, S. 76; *Paulson/Dreier*, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Studienausgabe), Heidelberg 1999, S. 245; *Vest* (Fn. 71), S. 20.

worfene findet hier einen ersten Anhaltspunkt, um sich aus seinem Dilemma zu befreien.⁷³

Das heutige Recht ist derweil gänzlich positivistisch geprägt, das tägliche Leben nahezu vollständig durchnormiert. Daher verwundert es nicht, dass im geltenden Normenbestand ausdrückliche Regeln enthalten sind, die die Kollision von obrigkeitlicher Anordnung und Gerechtigkeit abmildern sollen. Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2 GG lautet: „Die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ Will man das Begriffspaar „Gesetz und Recht“ nicht zur Tautologie herabwürdigen, muss aus verfassungsrechtlicher Sicht mehr als bloß das positive Recht Beachtung finden.⁷⁴ Was hier mit dem Begriff des Rechts anklingt, ist die überpositive Gerechtigkeitsidee.⁷⁵ Dieses Normverständnis hat sich heute auch in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung niedergeschlagen.⁷⁶ Rechtsprechung und Verwaltung bleiben trotz Vorrang des Gesetzes der Gerechtigkeitsidee verpflichtet.⁷⁷

Dennoch: Im bestehenden Rechtsstaat mag die Berufung auf Art. 20 Abs. 3 GG gelingen. Im massiven Kollisionsfall, also im etwaigen Unrechtsregime dürfte die praktische Relevanz der Vorschrift gänzlich schwinden. Der dem Gewissen unterworfenen Entscheidungsträger ist in diesem Fall wieder ganz „papinianisch“ auf sich allein gestellt.⁷⁸

VI. Schlussbemerkung

Die staatsrechtlichen Fragen, die der Dichter vor dreihundertfünfzig Jahren aufgegriffen hat, haben kaum an Aktualität verloren. Zwar sind in der rechtsstaatlichen Demokratie Gewissensentscheidungen mit drastischen Folgen rar gewor-

den.⁷⁹ Einen interessanten Blickwinkel eröffnet allerdings die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Abschuss terroristisch benutzter Passagierflugzeuge.⁸⁰

Um das rechtsstaatliche Prinzip der Menschenwürde im Hinblick auf tatunbeteiligte Flugpassagiere zu schützen, untersagten die Karlsruher Richter das Eingreifen mit militärischen Mitteln.⁸¹ Der Preis für die Rechtsidee ist jedoch hoch. Immerhin steigt mit dem Abschussverbot die latente Terrorgefahr für die anvisierten Opfer am Boden.⁸² Vielleicht ist mit dem Urteil keine „Gewissensentscheidung“ im engeren Sinne getroffen worden. Dennoch ist der Begriff der Menschenwürde keineswegs klar umrissen, sondern interpretationsbedürftig.⁸³ Die so genannte Objektformel, welche ihrerseits der Kant'schen Philosophie entlehnt ist,⁸⁴ vermag den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG nur bedingt zu konturieren.⁸⁵ Eine tagesaktuelle Parallele zum *papinian*'ischen Dilemma ist somit nicht zu übersehen.⁸⁶

Im Verlauf der Geschichte mussten Juristen und Staatsbeamte immer wieder entscheiden, wie der Konflikt zwischen Staatsraison und Rechtsraison zu behandeln sei. Die Zahl der Märtyrer für das Recht ist dabei naturgemäß gering.⁸⁷

Ein Stoff wie der hier besprochene führt dem Leser die möglichen Konsequenzen einer Gewissensentscheidung derweil recht eindrucksvoll vor Augen.⁸⁸ Nicht umsonst hat

⁷³ Ebenso Wolf, Einleitung, in: *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 72.

⁷⁴ Bereits Puchta, *Cursus der Institutionen* Band I, 6. Aufl. 1865, § 133 stellte im Hinblick auf die gerichtliche Praxis die Begriffe *ius et constitutiones* beziehungsweise *iura et leges* gegenüber.

⁷⁵ Sachs in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Rn. 103; Hirsch, *Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten*, ZRP 2006, S. 161; Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 94; a.A. etwa Jarass in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, 8. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 38.

⁷⁶ In BVerfGE 34, 269 (286 f.) heißt es: „Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch.“ Vgl. ferner etwa BVerfGE 23, 98 (106); BVerfGE 54, 53 (68).

⁷⁷ Sachs (Fn. 75), Art. 20 Rn. 103.

⁷⁸ Ebenso verhält es sich mit dem Widerstandsrecht in Art. 20 Abs. 4 GG. In ihrer Ausgestaltung als Rechtfertigungsgrund ist die Vorschrift lediglich ein Akt symbolischer Gesetzgebung, vgl. Sachs (Fn. 75), Art. 20 Rn. 168; Jarass (Fn. 75), Art. 20 Rn. 128. Die Berufung auf das Widerstandsrecht wäre in einem Unrechtsregime schlechterdings nicht von Erfolg gekrönt, vgl. Sachs (Fn. 75), Art. 20 Rn. 176.

⁷⁹ „Konflikte zwischen dem nur bei Verfassungsmäßigkeit gültigen Gesetz und allein der Gerechtigkeit entsprechenden überpositiven Recht sind [...] zwar nicht schlechthin unmöglich, aber doch nur schwer vorstellbar“, vgl. Sachs (Fn. 75), Art. 20 Rn. 104.

⁸⁰ BVerfGE 115, 118 ff.

⁸¹ Gegen den Menschenwürdeverstoß noch Baldus, NVwZ 2004, 1278 (1285). In Abkehr vom personalisierten Opferbegriff ebenso *Depenheuer*, *Die Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, 2007, S. 98 ff.

⁸² Sehr eindringlich hierzu *Depenheuer* (Fn. 81), S. 80 f.

⁸³ Vgl. etwa BVerfG NJW 1971, 275 (279); BVerfG NJW 2004, 999 (1001). Demnach muss mit exemplarischen Fallgruppen gearbeitet werden und darüber hinaus im konkreten Einzelfall nach Wertungsgesichtspunkten entschieden werden.

⁸⁴ Bei Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 4. Auflage 1797, S. 66 heißt es: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“

⁸⁵ Schenke NJW 2006, 736 (738).

⁸⁶ Vgl. auch Baldus NVwZ 2004, 1285; *Depenheuer* (Fn. 81), S. 33.

⁸⁷ Ebenso Rütters vor dem Hintergrund verhaltensbeeinflussender Sozialisationskohorten, vgl. *ders.*, *Die Umgestaltung von Rechtsordnungen in Systemwechseln – Motive, Instrumente und Mentalitäten von Wendeliteraturen*, in: Arntz/Haferkamp/Szöllösi-Janze (Hrsg.), *Justiz im Nationalsozialismus – Positionen und Perspektiven*, 2006, S. 55.

⁸⁸ Zur Eindringlichkeit und Opulenz der szenischen Darstellung vgl. *Michelsen*, *Simpliciana* 17 (1995), 46 sowie

Gryphius seinem Stück die *Tacitus*-Worte „Du bist in Zeiten hineingeboren, in denen es angebracht ist, sich an Beispielen vorbildlicher Standhaftigkeit zu stärken“ vorangestellt.⁸⁹ *Rainer Schröder* bemerkt zutreffend, dass sich erst in der konkreten Situation zeigt, ob man die Kraft hat, unangepasst zu handeln.⁹⁰ Wer jedoch das Lehrstück bereits einmal vor dem geistigen Auge mitverfolgt hat, vermag vielleicht unbeeindruckt von äußeren Widrigkeiten zu entscheiden.

Schings (Fn. 4), S. 170. Zur Vergestaltung siehe näher *Tarrot*, *Simpliciana* 19 (1997), 125 ff.

⁸⁹ „[...] in ea tempora natus es, quibus firmare animum expedit constantibus exemplis,“ Tacitus, *Annales*, Liber 16, 35. Auch *Christophorus Besoldus* formulierte 1612 in Bezug auf *Papinian*: „Wenn es jemals zu einer Zeit nötig war, mit Beispielen der Tapferkeit die literarisch Gebildeten aufzumuntern und zu befestigen dann in diesem unseren gegenwärtigen Zeitalter,“ *ders.*, *Papiniana Securis*, 1612, S. 113. Übersetzung zitiert nach *Kühlmann* (Fn. 4), S. 252. Noch 1958 fragte *Küchenhoff* in Bezug auf die atomare Ausrüstung der Bundeswehr, ob die Regierungsjuristen keine Lehre aus dem Handeln *Papinians* gezogen hätten, vgl. *ders.*, *Papinian oder das Berufsethos des Regierungsjuristen* 212 und 1958 n. Chr., *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1958, 397 ff.

⁹⁰ *Schröder* (Fn. 68), S. 289.
