

Herausgeber: Prof. 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. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöllner

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

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion Zivilrecht: Prof. 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. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

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

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Marie Heissler

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Land in Sicht? – Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch

Von Prof. Dr. Jan Schürnbrand und Wiss. Mitarbeiter
André Weiß, Erlangen

607

Öffentliches Recht

Grundlagen und Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze

Von Prof. Dr. Marion Albers, Hamburg

614

Strafrecht

Vorteilsannahme (§ 331 StGB) und Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) durch Kultursponsoring?

Von Wiss. Assistent Dr. Dennis Bock und Lisa Borrmann.
Kiel

625

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Häusliche Arbeit: Tipps zur praktischen Herangehensweise, zur Fehlervermeidung und Krisenbekämpfung

Von Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M. (Univ. Bristol), Bochum

637

Strafrecht

Der Tatbestand des Diebstahls – Teil 2

Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz

649

„Si tacuisses ...“

Eine methodische Darstellung der Aussagedelikte

Von Wiss. Mitarbeiterinnen Ruth Katzenberger und
Tamara Pitz, Augsburg

659

ÜBUNGSFÄLLE

Öffentliches Recht

Übungsfall: „Amsel, Drossel, Fink und Star ...“

Von Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Akad. Rat Dr. jur.
Thomas Holzner (Dipl. sc. pol. Univ.), Richter Robert
Steiniger, Bayreuth

675

Strafrecht

Übungsfall: Die unfreiwillige Tötung „im Namen der Ehre“

Von Prof. Dr. Ralf Krack und Wiss. Mitarbeiter
Sascha Kische, LL.M., Osnabrück

684

Übungsfall: „Verletzung mit Folgen“

Von Prof. Dr. Mark A. Zöller und Wiss. Mitarbeiter
Markus Mavany, Trier

694

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08 (Anspruch des Vermieters auf den Erlös aus unberechtigter Untervermietung)

(Akad. Rat Dr. Florian Eichel, Passau)

702

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08 (Betrügerische Täuschung durch falsche Abrechnung)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster)

706

BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08 (Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung)

(Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg)

712

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 7/09 (Im Zweifel für die Verbrauchereigenschaft der natürlichen Person)

(Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld)

719

BGH, Urt. v. 15.7.2009 – VIII ZR 307/08 (Zur Wirksamkeit eines formularmäßigen Kündigungsausschlusses bei der Wohnraummiete)

(Prof. Dr. Martin Häublein, Innsbruck)

723

EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Europarechtswidrigkeit von Nutzungsersatz bei Verbraucherwiderruf im Fernabsatz)

(Privatdozentin Dr. Susanne Hähnchen, Münster)

726

BGH, Versäumnisurt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08 (Aufforderung zur „umgehenden“ Reparatur als Fristsetzung i.S.v. § 281 Abs. 1 BGB)

(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg)

730

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN (Forts.)*Öffentliches Recht*

- BVerfG, Urt. v. 3.3.2009 – 2 BvC 3/07,
2 BvC 4/07
(Zulässigkeit des Einsatzes von Wahlcomputern)**
(Ass. iur. Nicolas Mähner, München) 733

BUCHREZENSIONEN*Zivilrecht*

- Peter Bringewat, Methodik der juristischen
Fallbearbeitung: Mit Aufbau- und Prüfungs-
Schemata aus dem Zivil-, Strafrecht und dem
öffentlichen Recht, 2007**
(Wiss. Mitarbeiter Hans Ulrich Richter-Hopprich, Trier) 738

- Claus Ahrens, Europäisches und Internationales
Wirtschaftsprivatrecht, 2008**
(Prof. Dr. Winfried Huck, Wolfenbüttel/Shanghai) 740

- Petra Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl.
2009**
(Wiss. Mitarbeiter Dipl. jur. Matthias Heusel, Tübingen) 741

Öffentliches Recht

- Hans-Wolfgang Arndt/Kristian Fischer, Europarecht,
9. Aufl. 2008**
(Dr. Axel Schwarz, Bukarest) 742

Strafrecht

- Stefan Kirsch, Der Begehungszusammenhang der
Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 2009**
(Wiss. Mitarbeiter Dr. Lars Berster, Köln) 744

Allgemeines

- Thomas M. J. Möllers, Juristische Arbeitstechnik
und wissenschaftliches Arbeiten, 4. Aufl. 2008**
(Wiss. Mitarbeiterin Tamara Pitz, Augsburg) 750

VARIA*Zivilrecht*

- Krimi, Tragödie und Lehrbuch-Klassiker –
Der Fall Krombach**
Von Assessor Dr. Felix Netzer, LL.M., Berlin) 752

Land in Sicht? – Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch

Von Prof. Dr. Jan Schürnbrand und Wiss. Mitarbeiter André Weiß, Erlangen

Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die damit im Zusammenhang stehenden Fragestellungen waren in der jüngeren Vergangenheit mehrfach Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen. Den vorläufigen Abschluss der Entwicklung markierte ein Beschluss des 5. Zivilsenats des BGH, der die Eintragungsfähigkeit der Gesellschaft in das Grundbuch bejaht hat. Darauf hat der Gesetzgeber noch am Ende der vergangenen Legislaturperiode mit einem korrigierenden Eingriff reagiert. Der Beitrag erläutert die gesetzgeberische Neukonzeption vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung. Im Zentrum steht dabei der sowohl für die Klausur als auch für die Praxis bedeutsame neue Gutglaubenstatbestand des § 899a BGB, der anhand von Fällen erläutert wird.

I. Einführung

1. Anerkennung der Grundbuchfähigkeit durch den BGH

Seit der Grundsatzentscheidung des BGH in Sachen „Weißes Ross“ vom 29.1.2001 steht fest, dass die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig ist.¹ Entgegen der traditionellen sog. individualistischen Auffassung sind also nicht die Gesellschafter selbst die Träger des Vermögens, vielmehr ist die Gesellschaft ein eigenständiges Rechtssubjekt, dem Rechte und Verbindlichkeiten unmittelbar zugeordnet sind.² Das bedeutet zwar nicht unbedingt, dass sie jede Rechtsposition einnehmen kann. So hat der BGH entschieden, sie könne wegen ihrer strukturellen Besonderheiten nicht als Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft fungieren.³ Demgegenüber bestehen keine Bedenken dagegen, dass die Gesellschaft neben dem Eigentum an beweglichen Sachen auch das Eigentum an Grundstücken erwirbt. Dies wurde in der Rechtsprechung denn auch alsbald anerkannt.⁴ Schwieriger war hingegen die Folgefrage zu beantworten, ob die Gesellschaft als solche auch im Grundbuch einzutragen, ob sie mit anderen Worten auch (formell) grundbuchfähig ist. Nach wohl überwiegender Meinung war die Frage zu verneinen, stattdessen waren nach wie vor in herkömmlicher Weise die Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ einzutragen.⁵ Aus Gründen der Rechtssicherheit sei es wünschenswert, den Gesellschafterbestand unmittelbar aus dem Grundbuch ablesen zu können; eine davon abweichende Neuordnung des Grundbuchs sollte dem Gesetzgeber überlassen bleiben.

Dieser Praxis ist der 5. Zivilsenat des BGH mit Beschluss vom 4.12.2008 entgegengetreten.⁶ Demnach ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch formell grundbuchfähig. Sie könne unter dem von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag gewählten Namen in das Grundbuch aufgenommen werden. Sehe der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung vor, solle sie als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen werden. Die dahinter stehende Überlegung leuchtet ohne weiteres ein. Soweit das materielle Recht einen Rechtserwerb zulässt, muss das Grundbuchrecht schon seiner dienenden Funktion wegen dies auch in sicherer und verlässlicher Weise umsetzen. Oder anders gewendet: Das Verfahrensrecht hat den Vorgaben des materiellen Rechts Rechnung zu tragen. Mit der Eintragung der Gesellschaft selbst wird zugleich das Grundbuch übersichtlicher. Nicht mehr jeder Gesellschafterwechsel macht dann nämlich eine entsprechende Grundbuchberichtigung erforderlich.

2. Verbleibende Zweifel

Gleichwohl ist die Entscheidung des BGH insbesondere in der notariellen Praxis auf vehemente Kritik gestoßen.⁷ Man befürchtete, das Grundbuch werde als Rechtsscheinsträger entwertet und der Grundstücksverkehr unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts wesentlich erschwert. In der Tat war die Rechtslage aus Sicht eines Erwerbers unbefriedigend. Grund für die Schwierigkeiten war zwar keineswegs allein die Anerkennung der formellen Grundbuchfähigkeit; vielmehr war vor allem zu beklagen, dass es anders als bei den juristischen Personen (eingetragener Verein, GmbH, AG), den Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) und der Partnerschaftsgesellschaft kein öffentliches Register gibt, dem die maßgeblichen Rechtsverhältnisse zu entnehmen sind.⁸ Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nämlich formfrei gegründet werden und muss weder zu ihrer Begründung, also konstitutiv, noch in einem späteren Stadium deklaratorisch in das Handelsregister oder ein ähnliches Verzeichnis eingetragen werden. Wird nun aber allein die Gesellschaft im Grundbuch vermerkt, lässt sich womöglich schon nicht einmal der Inhaber des Grundstücks treffsicher identifizieren. Denn die in §§ 17 ff. HGB verankerten Vorschriften des Firmenrechts, die eine effektive Unterscheidung der Teilnehmer am Rechtsverkehr ermöglichen, gelten für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts jedenfalls im Ausgangspunkt nicht.⁹ Da der Erwerb und die Veräußerung von Gesell-

¹ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

² Näher zur Rechtsentwicklung *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor § 705 Rn. 9 ff.; immer noch zurückhaltend aber *Stürner*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 705 Rn. 1.

³ BGH NJW 2006, 2189 (2190); NJW 2009, 2449; krit. dazu *Schäfer*, NJW 2006, 2160 ff.

⁴ BGH NJW 2006, 3716; 2008, 1378; 2009, 594 (595).

⁵ Vgl. nur BayObLG NJW 2003, 70; OLG Celle NJW 2006, 2194; OLG Schleswig NJW 2008, 306.

⁶ BGHZ 179, 102 = NJW 2009, 594; dazu OLG München DNotZ 2009, 680 (681).

⁷ Vgl. etwa *Hertel*, DNotZ 2009, 121 („Schlamassel“); *Kessler*, NZM 2009, 190 („Nach uns die Sintflut“); *Lautner*, DNotZ 2009, 650 („Kaum mehr lösbar“).

⁸ Zutreffend *Ulmer* (Fn. 2), § 705 Rn. 312.

⁹ Vgl. zum Meinungsstand *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537 (538); *Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 705 Rn. 69.

schaftsanteilen nicht zu publizieren ist, lassen sich weiterhin Zweifel darüber, wer überhaupt Gesellschafter ist, nur schwer ausräumen. Das wiederum ist deswegen problematisch, weil nach § 714 i.V.m. § 709 BGB die Gesellschaft grundsätzlich von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten wird. Schließlich sind dem Rechtsverkehr etwaige abweichende Regelungen und Beschränkungen der Vertretungsmacht nicht ersichtlich. Der aus § 126 HGB geläufige und für die Personenhandelsgesellschaften maßgebliche Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht gilt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gerade nicht.¹⁰

Infolgedessen lief ein Erwerber stets Gefahr, beim Kauf eines Grundstücks mit einem oder mehreren Nicht-Gesellschaftern oder zumindest mit nicht vertretungsberechtigten Gesellschaftern zu kontrahieren. Die entsprechenden Verträge waren dann ebenso wie die Auflassung des Grundstücks gemäß § 177 Abs. 1 BGB zunächst schwebend und später endgültig unwirksam, wenn die vertretungsberechtigten Gesellschafter ihre Zustimmung verweigerten. Das war namentlich für den im besonderen Maße auf Rechtssicherheit angewiesenen Grundstücksverkehr nur schwer erträglich.¹¹

II. Überblick über die gesetzliche Neuregelung

Vor diesem Hintergrund sah sich der Gesetzgeber zum Eingreifen veranlasst. Um der Rechtsform soweit wie möglich ihre Flexibilität und einfache Handhabbarkeit zu belassen, hat er allerdings Forderungen nach einem allgemeinen Gesellschaftsregister auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht aufgegriffen.¹² Stattdessen wurden mit Wirkung zum 18.8.2009 im Rahmen des Gesetzes zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Grundbuchverfahren¹³ kurzfristig allein Regelungen geschaffen, um die Teilnahme der Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Immobilienverkehr zu erleichtern. Im Einzelnen wurde zunächst ein neuer § 47 Abs. 2 S. 1 in die GBO eingefügt:

„Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen.“

Hinsichtlich des Inhalts der Eintragung wird also die Rechtsprechung des BGH korrigiert. Die danach mögliche Eintragung der Gesellschaft allein unter ihrem Namen ist weder erforderlich noch ausreichend. Damit ihr Gesellschafterbestand klar zu Tage tritt, sind vielmehr zuvörderst die

Gesellschafter selbst einzutragen. Eine zusätzliche Eintragung des Gesellschaftsnamens ist möglich, aber nur dann geboten, wenn das zur Identifizierung mehrerer personengleicher Gesellschaften erforderlich ist.¹⁴ Damit das Grundbuch den Gesellschafterkreis auch im weiteren Zeitverlauf zutreffend widerspiegelt, statuiert § 82 S. 3 GBO nunmehr die Pflicht des Grundbuchamts, auf eine Berichtigung des Grundbuchs hinzuwirken, wenn die Eintragung des Bestandes der Gesellschafter unrichtig geworden ist. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die neuen Vorschriften der GBO allein die Art und Weise regeln, wie die Gesellschaft in das Grundbuch einzutragen ist, nämlich zumindest auch unter Nennung ihrer Gesellschafter. Ausweislich ihres Wortlauts und der Regelungsabsicht des Gesetzgebers ändern sie indessen nichts an der materiellen Vermögenszuordnung; Eigentümerin des Grundstücks ist in Fortführung der Rechtsprechung des BGH mithin allein die Gesellschaft selbst.¹⁵ Im Gegenteil ist § 47 Abs. 2 GBO als (weiterer) Beleg gegen die überkommene individualistische Theorie zu werten.

An die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch anknüpfend sieht sodann § 899a BGB eine Erweiterung des vom Grundbuch ausgehenden Verkehrsschutzes vor. Demnach gilt:

„Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 der Grundbuchordnung im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind.“²Die §§ 892 bis 899 gelten bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend.“

Die Vorschrift enthält in ihrem S. 1 somit zunächst die § 891 BGB nachgebildete Vermutung, dass der tatsächliche Gesellschafterkreis mit dem im Grundbuch aufgeführten übereinstimmt.¹⁶ Sodann erstreckt ihr S. 2 den Gutgläubenschutz des § 892 BGB auf die Eintragung der Gesellschafter. Entsprechende Anwendung finden aber auch die Vorschriften des § 894 BGB betreffend die Grundbuchberichtigung und des § 899 BGB betreffend die Eintragung eines Widerspruchs. All dies gilt nicht nur für Eintragungen, die nach dem 18.08.2009 vorgenommen wurden, sondern gemäß Art. 229 § 21 EGBGB auch für solche Altfälle, in denen – entsprechend der früher üblichen Praxis – die Gesellschafter im Grundbuch vermerkt sind. Lediglich dann, wenn die Gesellschaft im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des BGH allein mit ihrem Namen eingetragen ist, bleiben die Neuregelungen des § 899a BGB unanwendbar.¹⁷ Im Folgen-

¹⁰ BGH NJW 2006, 2189 (2190); *Canaris*, ZGR 2004, 69 (80); *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 714 Rn. 3; a.A. etwa *Schäfer*, ZIP 2003, 1225 (1233 f.); zum Ganzen *Geibel*, ZJS 2009, 339 ff.

¹¹ Zu den Versuchen der Begründung eines Gutgläubenschutzes nach bisherigem Recht zusammenfassend *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 892 Rn. 47.

¹² Vgl. dazu *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 705 Rn. 72 a.E.

¹³ Genauer: Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) vom 11.8.2009, BGBI. I 2009, S. 2713.

¹⁴ Die Einzelheiten sind § 15 Abs. 1 lit. c Grundbuchverordnung (GBV) zu entnehmen, s. dazu ausführlich *Steffek*, ZIP 2009, 1445 (1447 ff.).

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 16/13437, S. 24; daneben *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (849); krit. *Scherer*, NJW 2009, 3063 ff.

¹⁶ *Toussaint*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, Online-Version, § 899a Rn. 18 ff.; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537 (540).

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 16/13437, S. 26; *Demharter*, NZM 2009, 502 (506); *Wicke*, GWR 2009, 336 (338 f.).

den soll die Wirkungsweise des neuen § 899a BGB sowie sein Zusammenspiel mit den §§ 891 ff. BGB an Beispielsfällen näher illustriert werden.

III. Verkehrsschutz nach § 899a BGB

1. Schutz des guten Glaubens an den Gesellschafterbestand

Da zur Vertretung der Gesellschaft deren Gesellschafter berufen sind, knüpft der Gutgläubensschutz beim Gesellschafterkreis an. Der Erwerber soll sich darauf verlassen können, dass die im Grundbuch verzeichneten Personen und nur diese tatsächlich die Gesellschafter sind. Dazu

Fall 1:¹⁸

Im Grundbuch ist zu Unrecht eingetragen, dass die aus A, B und C bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eigentümerin eines Grundstücks ist. Überdies hat C inzwischen seinen Geschäftsanteil wirksam an X übertragen. Da A, B und C jedoch glauben, vom Erwerber X geprellt worden zu sein, beschließen sie, ihm einen Denkkzettel zu verpassen, und veräußern das Grundstück im Namen der Gesellschaft an den nichts ahnenden E. Eine nähere Regelung der Geschäftsführung oder Vertretung enthält der Gesellschaftsvertrag nicht. Ist E Eigentümer des Grundstücks geworden?

Der Eigentumserwerb erfolgt nach §§ 873, 925 BGB durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch. Hier fehlt es jedoch eigentlich schon an einer wirksamen Einigung. Mangels entgegenstehender Regelungen im Gesellschaftsvertrag wird die Gesellschaft nämlich gemäß §§ 709, 714 BGB von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten, hier also von A, B und X. Nun wird aber nach § 899a S. 1 BGB vermutet, dass die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter (A, B und C) auch tatsächlich die (alleinigen) Gesellschafter sind und daher die Gesellschaft wirksam vertreten können. Da E von der abweichenden wahren Rechtslage keine positive Kenntnis hat und ein Widerspruch im Grundbuch nicht eingetragen ist, kann er sich gemäß § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 BGB auf dessen Inhalt berufen. Damit liegt eine wirksame Einigung zwischen der Gesellschaft und E vor. Nicht hinweghelfen kann § 899a BGB hingegen über das fehlende Eigentum der Gesellschaft. Insofern bedarf es zusätzlich der unmittelbaren Anwendung des § 892 Abs. 1 BGB.¹⁹ Eine solche Kombination von § 899a BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 BGB einerseits und einem gutgläubigen Erwerb nach § 892 Abs. 1 BGB andererseits ist ohne weiteres möglich.²⁰ E hat daher („doppelt“) gutgläubig das Eigentum am Grundstück erworben.

2. Kein unmittelbarer Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht

Die neue Vorschrift des § 899a BGB schützt lediglich den guten Glauben an den Gesellschafterbestand, jedenfalls unmittelbar hingegen nicht den guten Glauben an eine wirksame Vertretung der Gesellschaft. Insofern kann sich der Erwerber freilich mittelbar dadurch absichern, dass er auf einer Beteiligung aller im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen besteht. Den Zusammenhang verdeutlicht

Fall 2:²¹

A, B und C sind im Grundbuch als Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft eingetragen, die Eigentümerin des dort gebuchten Grundstücks ist. Gegenüber dem gutgläubigen Erwerber E gibt A vor, dass er alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer sei. In Wahrheit findet sich im Gesellschaftsvertrag jedoch keinerlei Regelung zur Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Kann E im Vertrauen auf die Aussage des A Eigentum am Grundstück erwerben?

Die Einräumung einer Einzelvertretungsbefugnis abweichend vom Regelstatut der §§ 709, 714 BGB ist zwar möglich,²² hier aber entgegen den Beteuerungen des A nicht erfolgt. Der Eigentumserwerb scheitert daher – sofern nicht B und C die Veräußerung nachträglich genehmigen – daran, dass die Gesellschaft bei der Auflassung des Grundstücks nicht ordnungsgemäß vertreten wurde. Auch die Vermutung des § 899a S. 1 BGB hilft dem E hier nicht weiter. Da A tatsächlich Gesellschafter ist, bedarf es nämlich insofern gar keines Gutgläubensschutzes. Den guten Glauben an eine bestimmte Ausgestaltung oder einen bestimmten Umfang der Vertretungsmacht schützt § 899a BGB hingegen gerade nicht. Auf die Beteuerungen des A hätte E nicht vertrauen sollen. Ihm bleibt nur ein Schadensersatzanspruch gegen den falsus procurator A aus § 179 Abs. 1 BGB sowie ggf. aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und aus § 826 BGB.

Allerdings kann sich ein Erwerber mittelbar durchaus gegen eine ihm unbekannt ausgegestaltete Vertretungsverhältnisse schützen. Er muss nur darauf bestehen, dass alle im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen sich an der Veräußerung des Grundstücks beteiligen. Denn dann wird nach § 899a S. 1 BGB zu seinen Gunsten notfalls vermutet, dass diese abschließend den Gesellschafterkreis bilden. Sind aber alle Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft an einem Rechtsgeschäft beteiligt, ist die Gesellschaft in jedem Fall ordnungsgemäß vertreten.²³ Nach dem das Personengesellschaftsrecht prägenden Grundsatz der Selbstorganschaft sind die Gesellschafter nämlich zwingend zur organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft berufen.²⁴ Als Herren der

¹⁸ Dieser Fall stellt eine Abwandlung des in der Pressemitteilung des BMJ vom 18.6.2009 behandelten Musterfalls dar, abrufbar unter www.bmj.de.

¹⁹ Vgl. dazu aus der Lehrbuchliteratur nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 18; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rn. 38 ff.

²⁰ *Steffek*, ZIP 2009, 1445 (1453 f.); *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537 (541); *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (850).

²¹ Fall 1 bei *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (850).

²² Vgl. nur *Hadding* (Fn. 9), § 714 Rn. 13; *Westermann* (Fn. 12), § 714 Rn. 5.

²³ *Toussaint* (Fn. 16), § 899a Rn. 22; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537 (541); vgl. auch BT-Drs. 16/13437, S. 26.

²⁴ Zusammenfassend *Ulmer/Schäfer* (Fn. 2), § 709 Rn. 5 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, S. 333 ff.; ein-

Gesellschaft und Partner des die Gesellschaft konstituierenden Vertrags können sie in ihrer Gesamtheit jederzeit mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft auftreten. Etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag („Das Grundstück Schillerstraße 1 darf nicht veräußert werden.“) stehen nicht entgegen.²⁵ Erst recht ist es unschädlich, wenn an dem Geschäft mehr Gesellschafter beteiligt sind, als nach den Regeln des Gesellschaftsvertrags notwendig wären. Der auf Vorsicht bedachte Erwerber wird also künftig darauf achten, durch Einbeziehung des gesamten im Grundbuch aufgeführten Gesellschafterkreises in den Genuss des Verkehrsschutzes nach § 899a BGB zu gelangen.

In diesem Zusammenhang ist noch auf einen anderen Gesichtspunkt hinzuweisen. Indem § 899a BGB nur die Vermutung begründet, dass die eingetragenen Personen die Gesellschafter sind, bleibt die praktisch durchaus bedeutsame Frage offen, was hinsichtlich der Existenz der Gesellschaft selbst gilt. Diese endet etwa dann, wenn alle Gesellschafter bis auf einen aus der Gesellschaft ausscheiden und das Gesellschaftsvermögen daher dem verbleibenden Gesellschafter kraft Gesetzes anwächst.²⁶ Die Gesetzesbegründung geht im Ergebnis wohl zu Recht davon aus, dass auch der gute Glaube an den Bestand der Gesellschaft geschützt ist, weil die Existenz der Gesellschaft denknotwendig Voraussetzung für das Vorhandensein von Gesellschaftern ist.²⁷

3. Folgeproblem auf schuldrechtlicher Ebene

Ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung nach bezieht sich die Vermutungsregelung des § 899a S. 1 BGB ausschließlich auf den dinglichen Rechtserwerb. Problematisch ist daher das Schicksal des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts. Dazu

Fall 3:

A und B sind im Grundbuch als Gesellschafter einer Gesellschaft eingetragen, die Eigentümerin eines dort gebuchten Grundstücks ist. B hat seinen Geschäftsanteil an X übertragen. A und B verkaufen nunmehr jedoch das Grundstück an den gutgläubigen E und lassen es auch an ihn auf. Später reut es sie und sie verlangen das Grundstück zurück. Zu Recht?

Hier stellt sich ein Problem, welches im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 892 BGB nicht auftritt. In der dort in den Blick genommenen Grundkonstellation veräußert ein Bucheigentümer ein ihm nicht gehörendes Grundstück. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, regelmäßig ein Kaufvertrag, ist dann wirksam. Ihm steht gemäß § 311a Abs. 1 BGB insbesondere nicht entgegen, dass der Verkäufer zur Erfüllung seiner Verpflichtung nicht in der Lage ist. Die

gehend *Schürnbrand*, *Organschaft im Recht der privaten Verbände*, 2007, S. 242 ff.

²⁵ A.A. wohl *Geibel*, *ZJS* 2009, 339 (343).

²⁶ Vgl. nur *Ulmer/Schäfer* (Fn. 2), Vor § 723 Rn. 9.

²⁷ BT-Drs. 16/13437, S. 27; dem folgend *Toussaint* (Fn. 16), § 899a Rn. 29 f.; *Böhringer*, *Rpfleger* 2009, 537 (541); *Wicke*, *GWR* 2009, 336 (337 f.); mit beachtlichen Gründen a.A. *Steffek*, *ZIP* 2009, 1445 (1453).

Verfügungsberechtigung spielt mit anderen Worten für das schuldrechtliche Kausalgeschäft keine Rolle. Wird der Kaufvertrag geschlossen, die Auflassung erklärt und der Erwerber ins Grundbuch eingetragen, so erwirbt dieser endgültig rechtsbeständig das Eigentum am Grundstück.

Tritt hingegen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Verkäuferin auf, verhält es sich anders. Wird die Gesellschaft von Personen vertreten, die nicht (mehr) Gesellschafter sind, obwohl sie als solche im Grundbuch eingetragen sind, ist zwar – wie gesehen – ein gutgläubiger Erwerb nach § 899a S. 2 i.V.m. § 892 Abs. 1 BGB möglich. Die fehlerhafte Stellvertretung betrifft jedoch auch das Verpflichtungsgeschäft, weil die Gesellschaft auch dabei nicht ordnungsgemäß vertreten wurde. Die Vorschrift des § 899a BGB bezieht sich ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung im Sachenrecht nach nur auf das dingliche Erwerbsgeschäft und vermag damit hier eigentlich nicht zu helfen. Zumindest von § 892 Abs. 1 BGB wird das Verpflichtungsgeschäft anerkanntermaßen nicht geschützt.²⁸ Wegen mangelnder Vertretungsmacht wäre das Verpflichtungsgeschäft daher nach § 177 BGB schwebend unwirksam.²⁹ Es bestünde dann kein Anspruch auf Übereignung des Grundstücks. Aufgrund ihrer strengen Akzessorietät zu diesem Anspruch wäre auch eine zur Sicherung des Käufers eingetragene Auflassungsvormerkung im Sinne von § 883 BGB unwirksam.³⁰ Sofern wie in Fall 3 der Kaufvertrag bereits vollzogen wurde, stünde der Gesellschaft im Grundsatz ein bereicherungsrechtlicher Rückübertragungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu.

Auf diese Weise droht indes der von § 899a BGB beabsichtigte Verkehrsschutz ausgehöhlt und praktisch entwertet zu werden. Gleichwohl soll nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ein Durchschlagen der sachenrechtlichen Wertung auf die schuldrechtliche Ebene abzulehnen sein.³¹ Dem E könnte dann nur noch durch die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, namentlich durch die Rechtsinstitute der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, geholfen werden.³² Diese vermögen indes im vorliegenden Zusammenhang keinen befriedigenden Schutz zu vermitteln. Zur Vollendung des vom Gesetzgeber gewollten, aber nur unzureichend verwirklichten Regelungsplans, den Grundstücksverkehr mit Gesellschaften bürgerlichen Rechts verlässlich auszugestalten, ist es daher geboten, im Rahmen der §§ 899a, 892 BGB die Vertretungsmacht der eingetragenen Gesellschafter auch auf schuldrechtlicher Ebene zu fingie-

²⁸ Vgl. *Bassenge*, in: *Palandt*, *Kommentar zum BGB*, 68. Aufl. 2009, § 892 Rn. 3; *Kohler*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 892 Rn. 25.

²⁹ Näher zum Problem *Lautner*, *DNotZ* 2009, 650 (670); *Kuckein/Jenn*, *NZG* 2009, 848 (851).

³⁰ Näher dazu *Habersack*, *Examens-Repetitorium Sachenrecht*, 5. Aufl. 2007, Rn. 331 f.; *Vieweg/Werner* (Fn. 19), § 14 Rn. 5; *Baur/Stürner* (Fn. 19), § 20 Rn. 25.

³¹ Ausdrücklich *Toussaint* (Fn. 16), § 899a Rn. 25; wohl auch *Böhringer*, *Rpfleger* 2009, 537 (540).

³² *Kuckein/Jenn*, *NZG* 2009, 848 (851).

ren.³³ Das gilt angesichts des sachlich beschränkten Ansatzes des § 899a BGB allerdings nur für diejenigen Kausalgeschäfte, die auf eine Verfügung über ein Grundstück gerichtet sind. In diese Richtung deutet auch der Hinweis des Gesetzgebers, § 899a S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 BGB gleiche in seiner Funktion § 15 Abs. 3 HGB.³⁴ Dieser nämlich wirkt sowohl auf der dinglichen wie der schuldrechtlichen Ebene.³⁵ Demnach wurde die Gesellschaft auch bei Abschluss des Kaufvertrags durch A und B wirksam vertreten. Ein Konditionsanspruch gegen E aus § 812 Abs. 1 BGB steht ihr daher nicht zu.

4. Beschränkung des Gutgläubensschutzes auf Grundstücksgeschäfte

§ 899a S. 1 BGB vermutet die Gesellschafterstellung der eingetragenen Personen nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“. Dem Gesetzgeber ging es allein darum, den Rechtsverkehr mit Immobilien zu erleichtern. Das Grundbuch sollte hingegen nicht zu einem allgemeinen „Ersatz-Gesellschaftsregister“ aufgewertet werden, das als funktionelles Pendant neben das Handels- und Partnerschaftsregister tritt. Die Folgen zeigt

Fall 4:

Wie Fall 1; A, B und C sind als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen, obwohl C seinen Gesellschaftsanteil an X übertragen hat. Nunmehr veräußern A, B und C das Grundstück inklusive eines darauf zwischengelagerten Wohnwagens, der im Eigentum der Gesellschaft steht, an den nichts ahnenden E. Später tritt C dem E auch noch „seinen“ Gesellschaftsanteil ab. Ist E Eigentümer des Grundstücks, des Wohnwagens sowie Inhaber des Gesellschaftsanteils geworden?

Im Hinblick auf das Grundstück ist ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 899a, 892 Abs. 1 BGB möglich. Für den Wohnwagen ergibt sich dagegen eine abweichende Beurteilung, da § 899a S. 1 BGB die Vermutung der Gesellschafterstellung nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ zulässt. Diese Formulierung hat zur Folge, dass die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch Bedeutung nur für solche Rechtshandlungen hat, die einen unmittelbaren Bezug zum Eintragungsgegenstand aufweisen.³⁶ Vorbehaltlich des soeben unter 3. behandelten Schicksals des schuldrechtlichen Geschäfts bezieht sich § 899a BGB nur auf Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken. Auf zugleich veräußerte bewegliche Sachen erstreckt sich die Vermutungsregel dagegen selbst dann nicht, wenn Grundstück und beweglicher Gegenstand, wie im vorliegenden Fall, im Rahmen

eines einheitlichen Geschäfts verkauft werden.³⁷ Auch die §§ 932 ff. BGB helfen dem Erwerber nicht weiter, da sie nur die fehlende Eigentümerstellung der Gesellschaft, nicht aber deren fehlerhafte Vertretung überwinden können. E ist daher nicht Eigentümer des Wohnwagens geworden. Was den Kaufvertrag angeht, so ist dieser nach hier vertretener Ansicht hinsichtlich des Grundstücks wirksam zustande gekommen. Sein weiteres Schicksal bestimmt sich indes nach der Auslegungsregel des § 139 BGB.³⁸ Danach ist der teils nichtige Kaufvertrag insgesamt nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre.

Die Rechtslage ist nur dann anders zu beurteilen, wenn die Sache wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. Ein solcher kann nämlich nach § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, er teilt vielmehr zwingend das Schicksal des Grundstücks. Das kann im Hinblick auf § 94 Abs. 2 BGB je nach Lage der Dinge etwa bei einer individuell angepassten Gaststätteneinrichtung zu bejahen sein.³⁹ Zubehör im Sinne der §§ 97 f. BGB hingegen gilt zwar im Zweifel gemäß § 311c BGB als mitverkauft. Daher erstreckt sich ein Kaufvertrag auch ohne ausdrückliche Klarstellung auf Maschinen, die einem auf dem Grundstück angesiedelten Gewerbebetrieb dauerhaft dienen. Sachenrechtlich wird Zubehör aber entweder nach §§ 929 ff. BGB oder nach Maßgabe des § 926 Abs. 1 BGB übertragen.⁴⁰ Nach letzterer Vorschrift genügt es, wenn sich Erwerber und Veräußerer darüber einigen, dass sich die Veräußerung des Grundstücks auf das Zubehör erstrecken soll. Der gutgläubige Erwerb richtet sich aber gemäß § 926 Abs. 2 BGB auch in diesem Fall nach den §§ 932 ff. BGB und nicht nach §§ 892 ff. BGB. Trotz der wirtschaftlichen Einheit von Grundstück und Zubehör kann daher im Hinblick auf das Zubehör auch die Vorschrift des § 899a BGB nicht zugunsten des Erwerbers eingreifen.⁴¹

Was schließlich die im Fall angesprochene Abtretung des Gesellschaftsanteils angeht, so ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Mitgliedschaft nach herrschender Meinung als eigenständiges subjektives Recht gemäß §§ 413, 398 BGB formfrei durch Vertrag zwischen dem bisherigen Gesellschafter und dem Erwerber übertragen werden kann.⁴² Als Grundlagengeschäft, das zu einer veränderten Zusammensetzung

³⁷ Lautner, DNotZ 2009, 650 (672); Böhringer, Rpfleger 2009, 537 (541).

³⁸ Auch die schwebende Unwirksamkeit fällt unter § 139 BGB, s. BGHZ 53, 174 (179); Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 139 Rn. 3; Jauernig (Fn. 2), § 139 Rn. 1.

³⁹ Vgl. zur Kasuistik Fritzsche, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 94 Rn. 20.

⁴⁰ Kanzleiter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 926 Rn. 5; Pfeifer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 926 Rn. 3.

⁴¹ Lautner, DNotZ 2009, 650 (672, Fn. 84); Wicke, GWR 2009, 336 (338).

⁴² Vgl. Ulmer/Schäfer (Fn. 2), § 719 Rn. 17 ff.; Westermann (Fn. 12), § 719 Rn. 7 ff.; Wiedemann (Fn. 24), S. 421 ff.; abweichend Hadding (Fn. 9), § 719 Rn. 13 ff.

³³ Lautner, DNotZ 2009, 650 (672); sympathisierend Wicke, GWR 2009, 336 (338).

³⁴ BT-Drs. 16/13437, S. 27.

³⁵ Näher zum Anwendungsbereich des § 15 HGB s. Gehrlein, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 3; Koch, in: Staub, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2009, § 15 Rn. 25 ff.

³⁶ Vgl. BT-Drs. 16/13437, S. 26; Toussaint (Fn. 16), § 899a Rn. 24.

des Gesellschafterkreises führt, bedarf die Anteilsübertragung jedoch der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Fehlt es an einem vorab im Gesellschaftsvertrag oder nachträglich ad hoc erteilten Einverständnis der übrigen Gesellschafter, ist der gleichwohl geschlossene Übertragungsvertrag schwebend unwirksam. Im vorliegenden Fall ist C im Zeitpunkt der Veräußerung jedoch nicht mehr Gesellschafter. Einen gutgläubigen Erwerb der Mitgliedschaft kannte das Gesetz bisher nicht und daran hat auch die Einführung des § 899a BGB nichts geändert.⁴³ Denn allein im Hinblick auf Immobiliengeschäfte streitet zugunsten des E die Vermutung, dass C noch Gesellschafter ist. E konnte daher den Gesellschaftsanteil nicht wirksam erwerben.

5. Erwerb von Grundstückseigentum durch die Gesellschaft

Bisher wurden ausschließlich Konstellationen behandelt, in denen die Gesellschaft als Veräußerer auftrat. Abschließend ist daher noch zu untersuchen, was gilt, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Grundstück oder grundstücksgleiches Recht erst erwirbt. Dazu

Fall 5:

A, B und C haben eine Anwaltssozietät in der Rechtsform der GbR gegründet. Vertreten durch alle drei Gesellschafter erwirbt die Gesellschaft von D ein ihm gehörendes Grundstück. Dazu legen die Gesellschafter beim Notar die Urschrift eines notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrags als Nachweis ihrer Rechtsstellung vor. Später wird bekannt, dass X noch vor Abschluss des Geschäfts in die Gesellschaft aufgenommen wurde. Ist die Gesellschaft Eigentümerin des Grundstücks geworden?

Nicht anders als bei der Veräußerung gilt auch hier, dass die Gesellschaft mangels Beteiligung des Gesellschafters X nicht ordnungsgemäß gemäß §§ 709, 714 BGB vertreten wurde. Die Auflassung ist daher nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Daran vermag auch die Vorschrift des § 899a BGB nichts zu ändern. Mit der Beschränkung ihres Anwendungsbereichs auf Rechtsgeschäfte „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ wollte der Gesetzgeber – wie nun schon mehrfach betont – eine Aufwertung des Grundbuchs zu einem allgemeinen Gesellschaftsregister gerade verhindern. Der Verkehrsschutz des § 899a BGB soll vielmehr nur dann Platz greifen, wenn auf das in Bezug genommene Grundstücksrecht durch die Gesellschaft eingewirkt wird. Daher besteht beim Ersterwerb von Grundstücken und Grundstücksrechten durch eine bereits bestehende Gesellschaft gerade kein Gutgläubensschutz. Denn die Gesellschaft wirkt auf ein solches Recht nicht ein, sie ist lediglich Gegenstand der Eintragung ins Grundbuch.

Dagegen ist in Erwägung zu ziehen, den Gutgläubensschutz mittels einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften des BGB über Vollmachtsurkunden zu bewerkstel-

ligen und dabei auf den Gesellschaftsvertrag abzustellen.⁴⁴ Legen also die Gesellschafter – wie in Fall 5 – bei Vertragsschluss einen notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrag vor, aus dem sich die organschaftliche Vertretungsmacht der handelnden Personen ergibt, würde der gutgläubige Vertragspartner analog §§ 172, 173 BGB geschützt.⁴⁵ Folgt man diesem Ansatz, so ist im vorliegenden Fall die Auflassung wirksam und die Gesellschaft Eigentümerin des Grundstücks geworden. Anders als im Rahmen des § 899a BGB schadet dem Veräußerer dann aber nicht allein positive Kenntnis, sondern bereits leicht fahrlässige Unkenntnis der wirklichen Rechtslage.

Diesen Überlegungen wird freilich zu Recht entgegen gehalten, dass von einem bloß internen Gesellschaftsvertrag niemals derselbe Rechtsschein ausgehen könne wie von einer extern wirkenden Vollmachtsurkunde.⁴⁶ Auch kann ein einmal geschlossener Gesellschaftsvertrag jederzeit abgeändert werden. Erwerber müssen daher damit rechnen, dass die sich aus dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag ergebenden Vertretungsverhältnisse nicht mehr aktuell sind; sie können im Gegenzug nicht darauf vertrauen, dass alle Altexemplare vernichtet wurden. Lehnt man die entsprechende Anwendung des § 172 BGB beim Grundstückserwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts daher ab, so muss man sich im Einzelfall mit den Rechtsinstituten der Duldungs- und Anscheinsvollmacht begnügen.⁴⁷

IV. Fazit

Mit der Einführung des § 899a BGB und der korrespondierenden Vorschriften in der GBO hat der Gesetzgeber die Konsequenzen aus der höchstrichterlichen Anerkennung der Immobiliarrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gezogen. Wenngleich demnach zwar die Gesellschaft selbst als materiell Berechtigte in das Grundbuch einzutragen ist, hat der Gesetzgeber bildlich gesprochen das Rad der Zeit doch insoweit zurückgedreht, als entgegen der jüngsten Rechtsprechung des BGH jedenfalls auch die Gesellschafter im Grundbuch zu verzeichnen sind. Daran anknüpfend statuiert § 899a BGB eine neuartige Vermutungs- und Gutgläubensregelung, die im Hinblick auf Grundstücksgeschäfte das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den dort bekannt gemachten Gesellschafterbestand schützt. Die Norm wirft allerdings neue Zweifelsfragen auf. So ist namentlich das Schicksal des Verpflichtungsgeschäfts ungeklärt. Überdies greift sie weder bei der Veräußerung beweglicher Sachen noch beim Grundstückserwerb durch die Gesellschaft ein. Der Gesetzgeber hat um der Flexibilität und einfachen Handhabbarkeit der BGB-Gesellschaft willen bewusst auf ein allgemeines Gesellschaftsregister verzichtet und für sie auch den Grundsatz der

⁴³ Toussaint (Fn. 16), § 899a Rn. 30.

⁴⁴ Vgl. Lautner, MittBayNot 2001, 425 (433 f.); Steffek, ZIP 2009, 1445 (1455); Heßeler/Kleinhenz, NZG 2007, 250 (251).

⁴⁵ Eingehend Steffek, ZIP 2009, 1445 (1450).

⁴⁶ Vgl. Heil, NJW 2002, 2158; Schramm, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 172 Rn. 3; Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 172 Rn. 1.

⁴⁷ Vgl. Wertenbruch, WM 2003, 1786 (1788).

unbeschränkten und unbeschränkbarer Vertretungsmacht nicht vorgesehen. Der dafür notwendig zu zahlende Preis liegt darin, dass der Rechtsverkehr auf einen wirksamen Vertragsschluss mit der Gesellschaft insofern nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätze vertrauen kann.

Grundlagen und Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze

Von Prof. Dr. Marion Albers, Hamburg*

Informationsfreiheitsgesetze haben den Zugang zu Akten und sonstigen Aufzeichnungen der Bundes- und Länderverwaltungen im Sinne eines Paradigmenwechsels vom Geheimhaltungsprinzip zur Öffentlichkeit der Verwaltung grundsätzlich verändert. In den ersten beiden Teilen dieses Beitrags werden Entwicklung und Hintergründe der Informationsfreiheitsgesetze erläutert. Der zweite Teil dreht sich um die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Öffentlichkeit der Verwaltung und individueller Zugangsansprüche, insbesondere um die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG und um das Demokratieprinzip. Beide sind Gegenstand neuer Interpretationen. Der dritte Teil befasst sich mit den Aspekten der Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze, die besonders wichtig sind und zugleich besondere Probleme aufwerfen.

I. Die Entwicklung der Informationsfreiheitsgesetze

Akten und sonstige Dokumente der Verwaltung waren nach dem überkommenen deutschen Verwaltungsrecht und der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht allgemein zugänglich.¹ Sie unterfielen dem Amtsgeheimnis und entsprechenden Verschwiegenheitspflichten. Dieses Geheimhaltungsprinzip wurde punktuell durch Auskunfts- und Akteneinsichtsansprüche nach fehlerfreiem Ermessen der Verwaltung² oder durch Ansprüche aufgrund der Rechtsstellung als Beteiligter eines Verwaltungsverfahrens (§ 29 VwVfG) relativiert. Weitere Modifikationen finden sich im Planungsrecht in Form der Verfahrensöffentlichkeit, bei der sich die Berechtigung zur Einsicht in die Unterlagen auf einen breiteren Kreis potentiell in ihren eigenen Belangen Betroffener erstreckt (etwa § 73 Abs. 3 S. 1 VwVfG). Das Prinzip der Geheimhaltung wurde durch diese Regeln jedoch noch nicht aufgegeben.

Vorbilder im Hinblick auf mehr Verwaltungstransparenz haben zunächst vor allem der US-amerikanische Freedom of Information Act und die Aktenöffentlichkeit in Schweden vermittelt.³ Die Europäische Gemeinschaft hat dann mit der Richtlinie über den freien Zugang zu Umweltinformationen⁴,

die von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen war, und mit der Gewährleistung des freien Zugangs zu den Dokumenten des Parlaments, des Rates und der Kommission⁵, durch die die Organe der EG gebunden werden, weiterführende Impulse gesetzt. Schrittweise sind in den deutschen Bundesländern Informationsfreiheitsgesetze entstanden, nämlich in Brandenburg⁶, Berlin⁷, Schleswig-Holstein⁸, Nordrhein-Westfalen⁹, Bremen¹⁰, Hamburg¹¹, Mecklenburg-

den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates, ABIEG Nr. L 41/26. Zur Umsetzung der Richtlinie in Deutschland s. EuGH, Urt. v. 17.6.1998 – C-321/96, Slg. 1998, I-3809; EuGH, Urt. v. 9.9.1999 – C-217/97, Slg. 1999, I-5087. Siehe weiter *Strohmeier*, Das europäische Umweltinformationszugangrecht als Vorbild eines nationalen Rechts der Aktenöffentlichkeit, 2003.

⁵ Art. 255 EG, konkretisiert durch die Verordnung 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABIEG Nr. L 145/43 (Transparenzverordnung), sowie durch die Geschäftsordnungen der jeweiligen Organe. Näher *Heitsch*, Die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane im Lichte des Transparenzprinzips, 2003.

⁶ Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) v. 10.3.1998, GVBl. I 1998, S. 46.; zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.9.2008, GVBl. I 2008, S. 202. Näher dazu *Hartge*, LKV 2007, 7; *Dix*, DuD 2002, 291; *Partsch*, NJW 1998, 2559; *ders.*, NJ 1998, 346; *Breidenbach/Palenda*, NJW 1999, 1307.

⁷ Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz – IFG), v. 15.10.1999, GVBl. 1999, S. 561; zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.3.2009, GVBl. 2009, S. 70.

⁸ Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Schleswig-Holstein (Informationsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein – IFG-SH), v. 9.2.2000, GVOBl. 2000, S. 166; zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.3.2003, GVOBl. 2003, S. 154, 168. Näher hierzu *Köster*, DuD 2003, 36; *Bäumler*, NJW 2000, 1982; *Nordmann*, RDV 2001, 71; *Weichert*, DuD 2000, 262.

⁹ Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen – IFG NRW), v. 27.11.2001, GV NRW 2001, S. 806; zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.4.2005, GV NRW 2005, S. 351; näher dazu *Franßen/Seidel*, Das Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen, 2007; *Axler*, CR 2002, 847; *Stollmann*, NWVBl 2002, 216; *Partsch/Schurig*, DÖV 2003, 482; *Wolf-Hegerbekermeier/Pelizäus*, DVBl 2002, 955; *Zilkens*, RDV 2002, 300; *Pump*, DStZ 2003, 535; *Meier*, VR 2005, 13.

¹⁰ Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen (BremIFG), v. 16.5.2006, BremGBI. 2006, S. 263.

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht und Rechtstheorie an der Universität Hamburg.

¹ Näher zum überkommenen Geheimhaltungsprinzip und zu den aus besonderen Gründen bestehenden Zugangsansprüchen *Wegener*, Der geheime Staat, 2006, S. 3 ff.; *Kugelmann*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 243 ff.; ausführlich zur Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren *Trantas*, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, 1998, S. 440 ff.

² BVerwGE 30, 154 (160); 61, 15 (22 f.); 69, 278 (279 ff.).

³ Ausführlicher dazu *Wegener* (Fn. 1), S. 396 ff.; *Kugelmann* (Fn. 1), S. 84 ff., 160 ff.

⁴ RL 90/313/EWG des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABIEG Nr. L 158/56; vgl. jetzt auch die jüngere Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über

Vorpommern¹², das Saarland¹³, Thüringen¹⁴, Sachsen-Anhalt¹⁵ und schließlich in Rheinland-Pfalz¹⁶. Nur in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen und Sachsen gibt es solche Gesetze noch nicht. Für den Bund gilt seit dem 1.1.2006 das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (IFG).¹⁷

Die einschlägigen Regelungen legen anstelle des Prinzips der Geheimhaltung oder des Amtsgeheimnisses das Prinzip der Öffentlichkeit der Verwaltung fest. Jede Person hat das Recht, amtliche Dokumente einzusehen oder Auskünfte darüber zu erhalten, und zwar ohne dass sie in eigenen Rechten betroffen sein oder ein berechtigtes Interesse nachweisen müsste. Dieses prinzipielle Recht wird dann wieder durch Ausnahmen zugunsten überwiegender öffentlicher oder privater Interessen eingeschränkt. Wenn die Behörde den Zugang zu den Dokumenten verweigert, muss sie dies rechtfertigen. Gegen die Zugangsverweigerung kann man sich mit Rechtsbehelfen wehren.

II. Die Öffentlichkeit der Verwaltung als Paradigmenwechsel

Die Öffentlichkeit der Verwaltung stellt einen historisch bedeutsamen Paradigmenwechsel dar. Ihr Gegenbegriff ist nicht die schlichte Unkenntnis, die immer auch dann vorliegt, wenn sich jemand nicht für etwas interessiert, ohne dass dies relevant wäre. Gegenbegriffe zur Öffentlichkeit der Verwaltung sind Amtsgeheimnis und Geheimhaltungsprinzip.¹⁸ Dieser Paradigmenwechsel hat wesentlichen Einfluss auf die

wechselseitigen Beziehungen zwischen Bürgern und Verwaltung und er passt zum Wandel von der bürokratischen hin zur modernen Verwaltung.

Im Falle des Amtsgeheimnisses und des Geheimhaltungsprinzips bleibt den Bürgern und Bürgerinnen der Zugang zu den Dokumenten der Verwaltung grundsätzlich ausdrücklich versperrt. In der Regel stehen ihnen nur dann Auskunfts- oder Akteneinsichtsrechte zu, wenn sie aus sachlichen Gründen, insbesondere als Beteiligte eines Verwaltungsverfahrens¹⁹, eine besondere Beziehung zur Verwaltung haben. Damit ist es nur einem begrenzten Personenkreis möglich, unmittelbar aus den Akten und Dokumenten der Verwaltung etwas über deren Verfahrensweisen und über deren Wissensbasis zu erfahren. Genau darauf kann die Verwaltung sich dann ihrerseits einstellen.

Im Falle des Öffentlichkeitsprinzips ist dagegen ein rechtlich nicht eingegrenzter, unbestimmter Personenkreis grundsätzlich berechtigt, sich jederzeit nach eigenen Auswahlkriterien und unter allen interessierenden Aspekten über die in Dokumenten erfasste Wissensbasis der Verwaltung zu informieren. Diese Möglichkeit der Information bedeutet schon aus Gründen tatsächlicher Grenzen nicht, dass sämtliche Bürger und Bürgerinnen nunmehr alles über die Verwaltung wissen. Darauf kommt es aber auch gar nicht an. Für beide Seiten ist vielmehr das mit den Zugangsansprüchen geschaffene Informationspotential entscheidend.²⁰ Die Verwaltung kann nicht mehr genau abschätzen, wer wann unter welchen Umständen aus welchem Interesse Zugangsrechte wahrnimmt, und sie muss sich und ihre Verfahrensweisen nunmehr auf die prinzipielle Unabgeschlossenheit des Publikums²¹ einstellen. Allgemeine Dokumentenzugangsrechte wirken deshalb immer unmittelbar auf Struktur und Verhalten der Verwaltung zurück, selbst wenn sie von den Bürgern und Bürgerinnen nur begrenzt wahrgenommen werden.²²

Amtsgeheimnis und Geheimhaltungsprinzip waren nicht nur, aber gerade auch mit dem Modell bürokratischer Verwaltung verknüpft. Dies hat unter anderem *Max Weber* hervorgehoben: „Bürokratische Verwaltung ist ihrer Tendenz nach stets Verwaltung mit Ausschluss der Öffentlichkeit. [...] Der Begriff des ‚Amtsgeheimnisses‘ ist ihre spezifische Erfindung“.²³ Als zentrale Merkmale der Bürokratie hat er die Entscheidung nach generell geordneten Kompetenzen und somit berechenbaren Regeln, die hierarchische Organisation, die Aktenmäßigkeit und das fachlich geschulte, besonders rekrutierte und verpflichtete Amtspersonal herausgearbeitet.²⁴ Während die bürokratische Verwaltung für ihn – in wissenschaftlicher Analyse – die „formal rationalste Form der Herrschaftsausübung“²⁵ war, erklärte er das Amtsgeheimnis vorrangig mit den historisch erfahrbaren Machtinteressen der

¹¹ Hamburgisches Informationsfreiheitsgesetz (HmbIFG), v. 17.2.2009, HmbGVBl. 2009, S. 29. Vgl. dazu *Schomerus/Tolkmitt*, NordÖR 2009, 285.

¹² Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen für das Land Mecklenburg-Vorpommern (IFG M-V), v. 10.7.2006, GVOBl. 2006, S. 556; vgl. hierzu *Neumann*, LKV 2007, 1; *ders.*, NordÖR 2008, 308.

¹³ Saarländisches Informationsfreiheitsgesetz (SIFG), v. 12.7.2006, Abl. 2006, 1624.

¹⁴ Thüringer Informationsfreiheitsgesetz (ThürIFG), v. 20.12.2007, GVBl. 2007, S. 256.

¹⁵ Informationszugangsgesetz Sachsen-Anhalt (IZG LSA), v. 19.6.2008, GVBl. 2008, S. 242.

¹⁶ Landesgesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen (LIFG), v. 26.11.2008, GVBl. 2008, S. 296.

¹⁷ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG), v. 5.9.2005, BGBl. I 2005, S. 2722. Dazu *Kugelmann*, NJW 2005, 3609; *Kloepfer/von Lewinski*, DVBl 2005, 1277; *Schoch*, DÖV 2006, 1 (7 ff.); *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984; *Mensching*, VR 2006, 1; *Bräutigam*, DVBl. 2006, 950; als spezialgesetzliche Regelung ist außerdem zum 1.5.2008 das Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation (VIG) als Bestandteil des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Verbraucherinformation v. 5.11.2007 (BGBl. I S. 2558) in Kraft getreten. Dazu *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225.

¹⁸ Vgl. zu dieser Differenzierung *Sievers*, Geheimnis und Geheimhaltung in sozialen Systemen, 1974, S. 378 ff.

¹⁹ Vgl. §§ 9 und 13 VwVfG.

²⁰ Vgl. auch *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (2001), 246 (277).

²¹ *Rossen-Stadtfeld*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 117 (119).

²² Näher *Masing*, VVDStRL 63 (2004), 377 (422 ff.).

²³ *Weber*, Wirtschaft und Verwaltung, 5. Aufl. 1972, S. 572 f.

²⁴ *Weber* (Fn. 23), S. 124 ff., 551 ff.

²⁵ *Weber* (Fn. 23), S. 128.

Verwaltung gegenüber dem Parlament. Allein solche Gründe wären zur Erklärung der Zusammenhänge zwischen bürokratischer Verwaltung und Geheimhaltungsprinzip allerdings nur begrenzt tragfähig. Aus funktionaler Sicht könnte man eine enge Verbindung sogar in Zweifel ziehen: Die bürokratisch-hierarchische Verwaltung, die nach konditional programmierten berechenbaren Regeln mit qualifizierten und besonders verpflichteten Amtsinhabern ohne Ansehen der Person arbeitet, könnte doch alles offenlegen. Was sollte sie zu befürchten haben? Die nähere Erklärung der Zusammenhänge mit dem Geheimhaltungsprinzip liegt insofern in der Konzeption der Bürokratie selbst. Da „ein voll entwickelter bürokratischer Mechanismus [...] genau wie eine Maschine“²⁶ operiert, besteht kein Zweifel daran, dass eine bürokratische Verwaltung die Entscheidungen trifft, die als einzig richtige Entscheidungen rechtmäßig und sachgerecht sind. Unter diesen Umständen ist aber überhaupt kein Bedarf nach einer Partizipation der Öffentlichkeit erkennbar. Im Gegenteil: Öffentlichkeit mit all ihren unberechenbaren Einwirkungen würde die rationale Aufgabenerledigung nur stören.

Gegenüber der geschichtlichen Phase vor allem der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in der die Bürokratie als vorrangiges erfolgreiches Modell gelten konnte, haben sich die gesellschaftlichen Bedingungen und Charakteristika der modernen Verwaltung grundlegend geändert. Stichworte sind die Entwicklung der Gesellschaft zur Risiko-²⁷ und Informationsgesellschaft²⁸, der Wandel der Staatsaufgaben²⁹, gelockerte Rechtsmaßstäbe bei Verwaltungsentscheidungen etwa wegen veränderter Mechanismen der Steuerung durch Gesetz³⁰ oder wegen der Ergänzung hoheitlichen Vorgehens um

Formen der Kooperation³¹, die Veränderung der Bedingungen der Umsetzung von Verwaltungsentscheidungen³² und schließlich die partielle Ablösung der überkommenen Hierarchie³³. All dies lässt sich bündelnd als „relative Eigenständigkeit der Verwaltung“ beschreiben.³⁴ Dieser kommt eine eigenständige Rolle im System der Staatsgewalten sowie Handlungs- und Entscheidungsspielräume zu. Rechtspolitisch, aber auch verfassungsrechtlich ist dies der Hintergrund für die Ablösung des überkommenen Prinzips der Geheimhaltung durch das Prinzip der Öffentlichkeit der Verwaltung.

III. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Öffentlichkeit der Verwaltung und individueller Zugangsansprüche

1. Grundrechte: Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Die zentrale Rolle auf der Ebene der Grundrechte spielt das Grundrecht der Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.³⁵ Nach dessen Schutzbereich hat jede Person das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Der historische Hintergrund der Informationsfreiheit sind die nationalsozialistischen Informationsverbote und -beschränkungen etwa hinsichtlich des Hörens ausländischer Rundfunksender.³⁶ Garantiert wird das Recht, sich ungehindert und somit frei zu informieren, aber eben nur aus „allgemein zugänglichen Quellen“. Dieser Begriff nimmt im Grundrecht auf Informationsfreiheit eine Schlüsselposition ein. Er wird so definiert, dass eine Quelle allgemein zugänglich ist, wenn sie tatsächlich geeignet und auch dazu bestimmt ist, einem individuell nicht begrenzten Personenkreis

²⁶ Weber (Fn. 23), S. 561.

²⁷ Begriffsprägend: Beck, Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986. Vgl. zu den rechtlichen Herausforderungen in der Risikogesellschaft: Bora, in: ders. (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement, 1999, S. 9 ff.

²⁸ Zur Informationsgesellschaft etwa Castells, Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft, Das Informationszeitalter I, Studienausgabe 2004. Für rechtliche Beiträge siehe Schoch, VVDStRL 57 (1997), 158 (188 ff.); Trute, VVDStRL 57 (1997), 216 (249 ff.); Albers, Rechtstheorie 33 (2002), 61; Vesting, in: Dreier/Badura (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2002, S. 219; Hoffmann-Riem, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 9.

²⁹ Dazu Baer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 11; Schulze-Fielitz, in: ebenda, § 12; Interdisziplinär die Beiträge in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994.

³⁰ Zur (soziologischen) Unterscheidung von Konditional- und Zweckprogrammen grundlegend Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 36 ff.; ders., Zweckbegriff und Systemrationalität, 2. Aufl. 1977, S. 257 ff. Ausführlich zu diesen Begriffen auch Franzius, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 29), § 4 Rn. 13 ff.; zur Problematik der Steuerungskraft des Gesetzes Reimer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 29), § 9 Rn. 84 ff.

³¹ Vertiefend Ritter, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 ff.; sowie die Beiträge in Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995. Außerdem etwa Trute, in: Henderler/Marburger/Reinhardt (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz, 1999, S. 13 ff.; Rossen-Stadtfeld, VerwArch 97 (2006), 23; zur Mediation Pünder, Die Verwaltung 38 (2005), 1.

³² Vgl. hierzu die Sammelbände Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme, Bd. 1, 1980, Bd. 2, 1983; Grimm (Hrsg.) (Fn. 31); Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999.

³³ Grundlegend dazu Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 211 ff. Ausführlich zur Verwaltung nach dem Leitbild des New Public Management: Reh binder, Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2007, Rn. 186 ff.

³⁴ Umfassend zur Eigenständigkeit der Verwaltung Hoffmann-Riem, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 29), § 10.

³⁵ Ausführlich zur Informationsfreiheit vgl. Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Stand 2001, Art. 5 Rn. 97 ff.; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Rn. 39 ff.; Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 5 ff.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Rn. 76 ff.; Schoch, Jura 2008, 25.

³⁶ Zur Entstehungsgeschichte von Doemming/Füsslein/Matz, JöR 1 (1951), S. 79 ff.; vgl. außerdem BVerfGE 27, 71 (84).

Informationen zu verschaffen.³⁷ Neben der tatsächlichen Eignung setzt die Allgemein zugänglichkeit einer Quelle also eine entsprechende Bestimmung durch denjenigen voraus, der über die Zugänglichkeit und über Art oder Modalitäten der Zugangseröffnung entscheiden darf. Für den Staat ergeben sich einschlägige Entscheidungskompetenzen in der Regel aus Vorschriften des öffentlichen Rechts.

a) Traditionelle Interpretationen: Prinzip der Abschottung von Verwaltungsakten

Nach den überkommenen Interpretationen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sind behördliche Akten oder sonstige Datensammlungen traditionell nicht zur allgemeinen Kenntnisnahme freigegeben, sondern der exklusiven Nutzung durch die Verwaltung gewidmet.³⁸ Damit sind sie zwar nicht, wie die ältere Rechtsprechung teilweise angenommen hat, „ihrer Natur nach“ geheim³⁹, jedoch aufgrund dieser Widmung dem unmittelbaren Zugang der Bürger und Bürgerinnen entzogen. Die Unterrichtung aus ihnen fällt von vornherein nicht in den Schutzbereich der Informationsfreiheit. Hinzu kommt, dass das grundrechtliche Abwehrrecht weder ein Gebot zur Informationsverschaffung noch aus sich heraus die Verpflichtung begründet, eine nicht allgemein zugängliche Informationsquelle als solche zu eröffnen.⁴⁰ Bei diesen Überlegungen blieb man regelmäßig stehen.

b) Moderne Interpretationen: Allgemein zugänglichkeit aufgrund gesetzgeberischer Bestimmungsbefugnis und gegebenenfalls verfassungsgebotener gesetzlicher Regelungen

Infolge der traditionellen Sehweisen hat das Grundrecht der Informationsfreiheit lange Zeit ein Schattendasein geführt. Nur manchmal sind weiter reichende Interpretationen etwa mit der Argumentation vorgebracht worden, dass das restriktive Verständnis der Informationsfreiheit eine in besonderer Weise zeittypische und zeitgebundene Konzeption des Verhältnisses von Staat und Öffentlichkeit sei, die mit der Anerkennung der Allgemein zugänglichkeit der Akten und Dokumente der Verwaltung sowie individueller Zugangsansprüche überwunden werden müsse.⁴¹ Auch mit einem europarechtlich determinierten Verfassungswandel wird argumentiert.⁴² Das BVerfG hat sich diesen Lesarten allerdings nicht angeschlossen, sondern eine komplexere Sicht gewählt, aufgrund

derer die Informationsfreiheit jedoch gleichermaßen neue Bedeutung gewinnt.

Leitentscheidung ist die n.tv-Entscheidung.⁴³ Der Kernpunkt der Ausführungen des BVerfG besteht darin, dass sich zwar nicht aus der Informationsfreiheit, aber aus anderweitigen verfassungsrechtlichen Grundlagen staatliche Verpflichtungen ergeben können, eine allgemeine Zugänglichkeit einer Informationsquelle herzustellen und dass dies auf den objektiv- und individualrechtlichen Schutzbereich der Informationsfreiheit zurückwirkt⁴⁴:

„Das Grundrecht umfasst allerdings ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf Zugang in Fällen, in denen eine im staatlichen Verantwortungsbereich liegende Informationsquelle auf Grund rechtlicher Vorgaben zur öffentlichen Zugänglichkeit bestimmt ist, der Staat den Zugang aber verweigert. [...] Legt der Gesetzgeber die Art der Zugänglichkeit von staatlichen Vorgängen und damit zugleich das Ausmaß der Öffnung dieser Informationsquelle fest, so wird in diesem Umfang zugleich der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet. [...] Folgt [...] aus Verfassungsrecht, dass der Zugang als solcher weiter oder gar unbeschränkt hätte eröffnet werden müssen, kann dies vom Träger des Grundrechts der Informationsfreiheit [...] geltend gemacht werden.“

Die Rechte aus der Informationsfreiheit setzen also die Allgemein zugänglichkeit einer Informationsquelle im Sinne des überkommenen Verständnisses tatsächlicher Eignung und Bestimmung voraus.⁴⁵ Die Gewährleistung einer Allgemein zugänglichkeit kann jedoch verfassungsrechtlich, insbesondere durch das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip, geboten sein.⁴⁶ Sowohl in der Herleitung gesetzgeberischer Pflichten zur Gewährleistung des Zugangs zu Informationsquellen als auch in den Ausführungen, dass die Missachtung etwaiger objektivrechtlicher Vorgaben des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips als Verletzung (auch) der subjektiven Rechte aus der Informationsfreiheit gerügt werden kann⁴⁷, steckt eine Revolution der bisherigen Perspektiven.

Ein individuelles Recht auf Zugang zu den Akten und sonstigen Aufzeichnungen der Verwaltung folgt somit nicht allein aus dem Grundrecht auf Informationsfreiheit als solches. Das Grundrecht vermittelt individuelle Zugangsrechte aber erstens, soweit der Gesetzgeber mittels seiner Bestim-

³⁷ BVerfGE 27, 71 (83 ff.).

³⁸ BVerwGE 30, 154 (156); 47, 247 (252); 61, 15 (22 ff.). Frühzeitig weiterführend mit kritischen Überlegungen *Scherer*, *Verwaltung und Öffentlichkeit*, 1978, S. 31 ff.

³⁹ Vgl. BVerfG (Kammer) NJW 1986, 1243.

⁴⁰ Siehe etwa *Geiger*, in: FS Arndt, 1969, S. 119 (125); *Windsheimer*, *Die ‚Information‘ als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz*, 1968, S. 138 ff.

⁴¹ *Wegener*, in: Geis/Umbach (Hrsg.), FS Bartlsperger, 2006, S. 165 (169 ff.); *ders.* (Fn. 1), S. 475, 480 ff.

⁴² *Kahl*, in: Haratsch/Kugelman/Repkewitz (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, 1996, S. 9 (27 f.).

⁴³ BVerfGE 103, 44. Vgl. dazu *Huff*, NJW 2001, 1622; *Dieckmann*, NJW 2001, 2451; *Tappert*, DRiZ 2001, 86; *Gostomzyk*, JuS 2002, 228; *Lerche*, AfP 2007, 52.

⁴⁴ BVerfGE 103, 44 (60); vgl. auch *Scherzberg*, ThürVBl 2003, 193 (200 f.).

⁴⁵ BVerfGE 103, 44 (59 f.).

⁴⁶ BVerfGE 103, 44 (61, 63 ff.). Hinsichtlich der Bindungen bei der Ausübung der Bestimmungsbefugnis wird damit zugleich zwischen dem verfassungsrechtlich verpflichteten Staat und Privaten differenziert, vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 35), Art. 5 Rn. 105 f., 113.

⁴⁷ BVerfGE 103, 44 (Leitsatz 2, 60 und 61). Es bleibt allerdings offen, wie ein Anspruch durchzusetzen ist, wenn der Gesetzgeber seinen Pflichten bei der gesetzlichen Gestaltung der Zugänglichkeit von Informationsquellen nicht nachkommt.

mungskompetenz die allgemeine Zugänglichkeit exekutiver Dokumente vorsieht, denn durch entsprechende gesetzliche Regelungen werden die Dokumente zur allgemein zugänglichen Quelle. Zweitens kann man individuelle Zugangsrechte herleiten, wenn der Staat aufgrund der Kombination der Informationsfreiheit mit dem Demokratieprinzip oder dem Rechtsstaatsprinzip zur Herstellung einer Allgemeinzugänglichkeit verpflichtet ist. Unter diesen Umständen bindet die Verfassung auch den Gesetzgeber selbst. Sie erfasst dementsprechend die Konstellation, dass dieser seinen Pflichten bei der gesetzlichen Gestaltung der Zugänglichkeit von Informationsquellen nicht oder unzureichend nachkommt, als eine verfassungswidrige Verletzung der Informationsfreiheit.

Die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf ein allgemeines Zugangsrecht zu den Akten und Dokumenten der Verwaltung lässt sich daher erst nach der Auslegung des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips beantworten.

2. Staatsstrukturbestimmungen: Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip

a) Die Vorgaben des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1, 2, Art. 28 Abs. 1 GG

Das Demokratieprinzip ist für den Bund in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG und für die Bundesländer in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verankert. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG präzisiert es mit der Kernaussage: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Das ist prägnant formuliert, in vielen Hinsichten aber auch konkretisierungsbedürftig.

aa) Traditionelle Interpretationen: Legitimation mittels „klassischer“ Bausteine

Die klassischen Interpretationen des Demokratieprinzips sehen dessen Kern in spezifischen Mustern der Legitimation staatlicher Tätigkeit, die dazu führen, dass staatliche Entscheidungen auf das Volk rückführbar sind.⁴⁸ Die Legitimation des Parlaments entsteht vor allem aufgrund der Wahl durch das Volk. Die Legitimation der Verwaltung erfordert ebenfalls eine hinreichend wirksame Rückbindung an das Volk. Zur Herstellung des Zurechnungszusammenhangs wirken mehrere Bausteine mit dem Ziel der Gewährleistung des notwendigen Legitimationsniveaus zusammen: Dazu zählen die Bindung der Verwaltung an das parlamentarische Gesetz, die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament, der Grundsatz der Hierarchie mit der Weisungsabhängigkeit sowie besondere Regelungen für die Rekrutierung und Tätigkeit des Personals („Legitimationskette“).⁴⁹ Eine solche Konzeption der Verwaltung und der Verwaltungslegitimation wird durch das bürokratische Modell der

Verwaltung, wie es historische und soziologische Untersuchungen beschreiben, ebenso geprägt wie sie es fördert.⁵⁰ Der Öffentlichkeit kommt lediglich eine punktuelle und begrenzte Rolle zu.⁵¹

bb) Moderne Interpretationen: Legitimation auch mittels Öffentlichkeit

Moderne Interpretationen des Demokratieprinzips bauen darauf auf, dass sie die Mechanismen der Legitimation staatlicher Tätigkeit zwar auch auf der Folie der „Rückkoppelung an das Volk“, dann aber in Formen beschreiben, die im Vergleich zur klassischen Sicht breiter angelegt und vielfältiger sind.⁵² Zugleich wird hervorgehoben, dass demokratische Legitimation keine rein „formale“ Anforderung ist, sondern materiell auf die Gewährleistung des Gemeinwohlbezugs staatlichen Handelns zielt.⁵³ Dann reicht die Vorstellung, die Legitimation der modernen Verwaltung könne sich über die Legitimation des Parlaments und über Hierarchie- und Amtsprinzipien vermitteln, nicht mehr aus. Denn unter den veränderten gesellschaftlichen Bedingungen hat sich in vielen Hinsichten eine relative Eigenständigkeit, Differenzierung und Pluralisierung der Verwaltung entwickelt: Ihre Organisation ist nicht mehr ausschließlich hierarchisch; bei ihren Entscheidungen stehen ihr Gestaltungsspielräume zu; sie verwirklicht ihre Aufgaben auch im Wege der Kooperation mit Privaten.⁵⁴ Derartige Entwicklungen führen dazu, dass die Verwaltung eine neuartige demokratische Legitimation benötigt.

Hinzu kommt der Gedanke, dass das Volk als Kollektiv gerade auch und erst durch Öffentlichkeit entsteht und deshalb nicht nur Wahlen, sondern vor allem auch Gewährleistungen, Instrumente und Verfahren öffentlicher Kommunikation zentrale Bestandteile der Demokratie sind: „Öffentlichkeit ist prozeduralisierte Volkssouveränität.“⁵⁵ Beim Parlament wird die im parlamentarischen Verfahren gewährleistete Öffentlichkeit als ein wesentliches Element des demokrati-

⁵⁰ Zum Verhältnis von Bürokratie und Demokratie siehe die weiter führenden Überlegungen bei Czerwick, *Geschichte und Gesellschaft* 28 (2002), 183.

⁵¹ Zu traditionellen Perspektiven siehe Jestaedt, *AöR* 126 (2001), 204 (216 ff.).

⁵² Allgemein zum Demokratieprinzip als einem offenen und dynamischen, somit weiterentwicklungsbedürftigen Prinzip Trute (Fn. 49), § 10 Rn. 2, 15 ff. Zur Kritik am klassischen Modell der Verwaltungslegitimation aus politikwissenschaftlicher Sicht Czerwick, *Geschichte und Gesellschaft* 28 (2002), 199 ff.

⁵³ Scherzberg, in: Fluck/Theuer (Hrsg.), *Informationsfreiheitsrecht, Kommentar*, Stand März 2009, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Informationszugangs, Rn. 10.

⁵⁴ Vgl. oben Fn. 27 bis 34.

⁵⁵ Scherzberg, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000, S. 294; zu den Rahmenbedingungen und zur gesellschaftlichen „Öffentlichkeit“ ausführlich Rossen-Stadtfeld (Fn. 21), S. 149 ff.

⁴⁸ Vgl etwa BVerfGE 83, 60 (71 f.); Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 11, 14 ff.; Schmidt-Aßmann, *AöR* 1991, 329 (337 ff.).

⁴⁹ Näher BVerfGE 83, 60 (71 ff.); 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87 f.); Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 29), § 10 Rn. 4 ff.

schen Parlamentarismus anerkannt.⁵⁶ Für die scharfe Unterscheidung zwischen Parlament und Verwaltung, die traditionell im Hinblick auf die Publizität getroffen wird, gibt es angesichts der relativen Eigenständigkeit der Verwaltung jedoch keinen Grund mehr.

Daraus kann man folgern, dass die Beobacht- und Kontrollierbarkeit der Verwaltung durch die Öffentlichkeit als einer der notwendigen Bausteine anzusehen ist, die die vom Demokratieprinzip geforderte Rückkoppelung an das Volk leisten.⁵⁷ Transparenz ist Bedingung und Faktor der demokratischen Legitimation der modernen Verwaltung. Eine bloße „informationelle Grundversorgung“ reicht dafür schon wegen ihrer Selektivität nicht aus.⁵⁸ Selbst umfassende aktive Informationen des Staates wären, da deren Auswahl und Darstellung der Exekutive überlassen blieben, mit Blick auf die unter Legitimationsaspekten zu erfüllenden Funktionen keine gleichwertige Alternative zu Zugangsansprüchen, die erst die Möglichkeit einer „unbeschränkten und ungefilterten öffentlichen Beobachtung des politisch-administrativen Geschehens“⁵⁹ bieten. Das Demokratieprinzip stellt daher auch an die Verwaltung die Anforderung einer grundsätzlichen – im Einzelnen freilich in differenzierter Weise ausgestaltungsbedürftigen – Publizität.

b) Die Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG

Zu den elementaren Bestandteilen des Rechtsstaatsprinzips zählt Art. 20 Abs. 3 GG. Danach ist die vollziehende Gewalt

an Gesetz und Recht gebunden.⁶⁰ Nach dessen klassischer Interpretation sichern die Gesetzesbindung sowie parlamentarische und gerichtliche Kontrollen das rechtsstaatliche Handeln der Verwaltung. Manchmal wird hier ebenso wie beim Demokratieprinzip herausgestellt, dass sich die Verwaltung und ihre gesellschaftliche Umwelt verändert haben. Danach verlangt das Rechtsstaatsprinzip mit Blick darauf, dass die Bindungskraft der Gesetze und die Effektivität der Kontrollmechanismen abnehmen, verstärkt reflexive Selbstkontrollen der Verwaltung und diese Selbstkontrollen fördernde sowie ergänzende Kontrollen durch die Öffentlichkeit.⁶¹ Im Folgeschritt werden aus dem Rechtsstaatsprinzip Publizitäts- und Transparenzanforderungen an die Verwaltung im Sinne eines „um die Öffentlichkeit erweiterten Verständnisses gewaltenteiliger checks and balances“⁶² hergeleitet. Im Vergleich zu den Vorgaben des Demokratieprinzips wären dies verstärkende und ergänzende Maßstäbe. Ein zusätzlicher Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip zur Begründung der Öffentlichkeit der Verwaltung findet sich bislang freilich selten.

3. Ergebnis: Öffentlichkeit der Verwaltung im Zusammenspiel von Informationsfreiheit und Demokratieprinzip

Die verfassungsrechtliche Grundlagen der Öffentlichkeit der Verwaltung und individueller Zugangsansprüche ergeben sich aus der Auslegung vor allem der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG und des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Aus dem Spektrum der Ansichten lassen sich im Wesentlichen zwei Grundlinien hervorheben, bei denen sich die zweite Linie wiederum in zwei Stränge aufteilt. Nach der ersten Konzeption folgt aus der Kombination von Informationsfreiheit und Demokratieprinzip die – sich auf den Gesetzgeber erstreckende – staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung der Öffentlichkeit der Verwaltung und individueller Zugangsansprüche der Bürger und Bürgerinnen.⁶³ Eine solche Interpretation ist nach der hier vertretenen Sicht gut begründbar und überzeugend. Bietet Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. einem öffentlichkeitsbezogenen Demokratieprinzip das Fundament, stehen Erlass und Auslegung der Regelungen der Informationsfreiheitsgesetze unter maßgeblichem Grundrechtseinfluss. Die zweite Konzeption stützt sich wegen einer restriktiveren Auslegung des Demokratieprinzips allein auf die Informationsfreiheit, die individuelle Zugangsansprüche dann einschließt, wenn der Gesetzgeber im Rahmen seiner Bestimmungsbefugnis über die Allgemein zugänglichkeit einer Informationsquelle die Öffentlichkeit der Verwaltung vorsieht. Auf dieser Basis kann man zwei Stränge unterscheiden. Überwiegend wird

⁵⁶ Zur Parlamentsöffentlichkeit vgl. etwa BVerfGE 70, 324 (355); 84, 304 (329); *Kißler*, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 993 ff. Zur Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und Parlament BVerfGE 44, 125 (147 f.); zur Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen als rechtsstaats- und demokratiegebotene Aufgabe der Rechtsprechung BVerwG NJW 1997, 2694; siehe außerdem zur demokratischen Legitimation der Gerichtsbarkeit und zur Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlungen als Legitimationsgesichtspunkte *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 (673 ff., 680).

⁵⁷ *Scherzberg* (Fn. 55), S. 291 ff.; im Ergebnis auch *Wegener* (Fn. 1), S. 391 ff.; zurückhaltender *Trute*, VVDStRL 57 (1997), 216 (250 ff.); anderer Ansicht dagegen *Gusy*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, § 23 Rn. 21; *Kugelmann* (Fn. 1), S. 34; *Püschel*, Informationen des Staates als Wirtschaftsgut, 2006, S. 149 f.; kritisch auch *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, besonders S. 319 ff.; zum Verhältnis von Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung in Verwaltungsverfahren *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, besonders S. 335 ff.

⁵⁸ Zum Begriff und zur Diskussion *Püschel* (Fn. 57), S. 130 ff.

⁵⁹ *Scherzberg*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, § 49 Rn. 16.

⁶⁰ Vgl. *Görisch*, JuS 1997, 988 (989). Umfassend zum Rechtsstaatsprinzip mit der These, dessen Aussagen seien nicht in Form eines eigenständigen Prinzips, sondern in einzelnen Verfassungsbestimmungen verankert, *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986.

⁶¹ So die Argumentation bei *Scherzberg*, ThürVBl 2003, 193 (198).

⁶² *Scherzberg*, ThürVBl 2003, 193 (198).

⁶³ Kompakt dazu *Scherzberg* (Fn. 55), Rn. 4 ff.; vgl. weiter *Wegener* (Fn. 1), S. 391 ff.

zugrunde gelegt, dass der Schutzbereich der Informationsfreiheit mit Blick auf die anspruchsbegründende Zugangsnorm in deren Umfang eröffnet wird. Anspruchsbegrenzende Regelungen werden als Einschränkung auf den Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG gestützt.⁶⁴ Daher müssen sie sich, ebenso wie etwa verfahrensrechtliche Ausgestaltungen, am Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG messen lassen. Dagegen abgrenzen lässt sich die Ansicht, dass das Grundrecht nur in dem Umfang gesetzgeberisch aktiviert wird, der sich aus dem Zusammenwirken der anspruchsbegründenden mit den anspruchsausschließenden und -begrenzenden Tatbeständen ergibt.⁶⁵ Dann bleibt der Einfluss der Informationsfreiheit auf die Informationsfreiheitsgesetze begrenzt. Die Wahl des verfassungsrechtlichen Ausgangspunkts macht somit bei der Auslegung einzelner Regelungen der Informationsfreiheitsgesetze einen erheblichen Unterschied.

IV. Zentrale Aspekte der Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze

Mittlerweile gibt es auf Bundesebene ebenso wie in den meisten Bundesländern Informationsfreiheitsgesetze. In ihren Grundstrukturen weisen sie Parallelen auf; im Detail sind sie aber durchaus unterschiedlich gestaltet.⁶⁶ Als relativ neue Regelungen bergen sie außerdem zahlreiche Auslegungsprobleme, über deren Lösung kein Konsens besteht. Divergierende Interpretationen werden durch die uneinheitlichen Ansichten über die verfassungsrechtliche Verankerung der Öffentlichkeit der Verwaltung und individueller Zugangsansprüche gefördert. Die wesentlichen Gesichtspunkte bei dem Zugangsanspruch und bei den Anspruchsgrenzen werden im Folgenden vorrangig anhand des IFG des Bundes unter Hinweis auf Länderregelungen erörtert.

Die meisten Informationsfreiheitsgesetze sind zumindest von ihrer Grundstruktur her übersichtlich. Als zentrale Norm enthält § 1 IFG den Zugangsanspruch, den Kreis der Verpflichteten und damit zugleich den Anwendungsbereich sowie die Art der Zugangsgewähr. §§ 3 bis 6 IFG regeln unterschiedlich weit reichende Ausnahmetatbestände zu Gunsten des Schutzes besonderer öffentlicher Belange, des behördlichen Entscheidungsprozesses, personenbezogener Daten sowie des geistigen Eigentums und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. §§ 7 bis 9 IFG normieren das Verfahren vom Antrag über die Entscheidung der Behörde bis hin zu Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle einer Antragsablehnung. § 11 IFG verpflichtet die Behörden zur Veröffentlichung von Verzeichnissen über die vorhandenen Informationssammlungen sowie von Organisations- und Aktenplänen. Wenn jemand sein Recht auf Informationszugang als verletzt ansieht, kann er nach § 12 IFG den Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit anrufen, der seine damit verbundenen Aufgaben neben denjenigen des Datenschutzes wahrnimmt.

⁶⁴ So etwa *Schoch*, Jura 2008, 25 (30).

⁶⁵ *Rossi* (Fn. 57), S. 216 ff.

⁶⁶ Vergleichende Darstellungen mit Blick auf UIG und VIG finden sich bei *Fluck*, DVBl 2006, 1406; *Schomerus/Tolkmitt*, DÖV 2007, 985.

1. Zugangsanspruch und begleitende Bestimmungen

§ 1 Abs. 1 S. 1 IFG gewährt jeder natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts einen Anspruch auf Zugang zu amtlicher Information. Darunter fällt nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 IFG jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung. Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist normtextlich eingegrenzt. Er erfasst nach Sinn und Zweck aber auch teilrechtsfähige Vereinigungen, zu denen etwa Bürgerinitiativen gehören können, und grundrechtsfähige juristische Personen des Öffentlichen Rechts.⁶⁷ Das gegenüber den traditionellen Einsichtsrechten Neue liegt darin, dass § 1 Abs. 1 S. 1 IFG im Falle einer Anspruchsberechtigung nicht erfordert, dass eine Betroffenheit in eigenen Rechten vorliegt oder zumindest berechnete Interessen geltend gemacht werden.⁶⁸ Der Anspruch ist insofern „voraussetzungslos“. Die häufig gewählte Bezeichnung als „voraussetzungsloser Zugangsanspruch“ bedeutet allerdings nur, dass der anspruchsbegründende Tatbestand keine materiellrechtlichen Voraussetzungen enthält.

Denn zum einen sind die Wahrnehmbarkeit der Zugangsrechte und die Realisierung des Ziels verbesserter Öffentlichkeitsinformationen von faktischen Voraussetzungen abhängig. Dazu gehört zunächst, dass die Bürger und Bürgerinnen wissen (können), bei welchen Stellen überhaupt welche Datensammlungen, Unterlagen und Dokumente vorhanden sind. Deshalb sieht die – verbesserungsfähige⁶⁹ – Regelung des § 11 IFG in Form einer aktiven behördlichen Informationspflicht vor, dass Organigramme und Aktenpläne allgemein zugänglich zu machen sind und dass die Behörden Verzeichnisse führen sollen, aus denen sich die vorhandenen Informationssammlungen und -zwecke erkennen lassen.⁷⁰ Auf einer zweiten Stufe wäre zu gewährleisten, dass Akten, Datensammlungen oder sonstige Aufzeichnungen prinzipiell nachvollziehbar und verständlich gestaltet oder aufbereitet sind.

Zum anderen muss das Verfahren geregelt werden. Im IFG gibt es begleitende Bestimmungen etwa hinsichtlich des Antrags⁷¹, hinsichtlich der Beteiligung Dritter, deren Belange durch den Zugang berührt würden, sowie hinsichtlich der Entscheidungsinhalte und der Entscheidungsfrist. Obwohl der Zugangsanspruch nicht an eine rechtliche Betroffenheit oder an berechnete Interessen geknüpft ist, hält § 7 Abs. 1 S. 3 IFG fest, dass der Antrag begründet werden muss, wenn er personenbezogene Daten, das geistige Eigentum oder Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse betrifft. Dieses Begründungserfordernis widerspricht der materiellrechtlichen Voraussetzungslosigkeit der anspruchsbegründenden Regelung des § 1 Abs. 1 S. 1 IFG nicht, denn es erklärt sich mit den

⁶⁷ In diesem Sinne und ausführlich zu den Anspruchsberechtigten sowie zu den Streitfragen *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 38 ff.

⁶⁸ Zur systematischen Abgrenzung von traditionellen Einsichtsrechten und Zugangsanspruch vgl. OVG NW NJW 2005, 2028; OVG NW NZI 2008, 699.

⁶⁹ Ausgefeilter sind etwa §§ 7, 10 UIG.

⁷⁰ Vgl. auch *Bull*, ZG 2002, 201 (225).

⁷¹ Kritisch zu den dürftigen Vorgaben des § 7 IFG *Schoch* (Fn. 67), § 7 Rn. 10 ff., 117.

Anspruchsgrenzen, im Rahmen derer eine Abwägung mit den entgegenstehenden Interessen anderer erforderlich ist oder eine Einwilligung erteilt werden kann.⁷²

2. Anspruchsgrenzen aufgrund entgegenstehender Belange und Interessen

a) Der Schutz öffentlicher Belange

§ 3 Nr. 1 bis 8 IFG enthält einen im Vergleich zu den meisten Länderregelungen extensiven Katalog von Ausnahmetatbeständen zu Gunsten des Schutzes besonderer öffentlicher Belange.⁷³ Liegt einer der – nebeneinander anwendbaren⁷⁴ – Tatbestände vor, dann besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht; eine Abwägung findet nicht statt. Zu den geschützten Belangen zählen etwa die innere oder äußere Sicherheit, bestimmte Bereiche der Aufgabenwahrnehmung ausgewählter Behörden, Beratungen von Behörden, fiskalische Interessen oder der Informantenschutz.⁷⁵ Die Reichweite des Schutzes dieser Belange unterliegt in den jeweils eigenen Katalogtatbeständen variierenden Voraussetzungen.⁷⁶

b) Der Schutz laufender exekutiver Verfahren

§ 4 Abs. 1 IFG dient dem Schutz laufender exekutiver Verfahren. Der Antrag auf Informationszugang soll abgelehnt werden für Entwürfe zu Entscheidungen, sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung, soweit und solange durch die vorzeitige Bekanntgabe der Information der Erfolg der Entscheidung oder bevorstehender behördlicher Maßnahmen vereitelt würde.⁷⁷ Anders als bei § 3 Nr. 3

IFG steht nicht die Vertraulichkeit der behördlichen Beratung als solche, sondern die Gefährdung des Erfolgs der am Ende des Verfahrens getroffenen Entscheidungen oder Maßnahmen im Vordergrund.⁷⁸ Ist eine solche Gefährdung nicht mehr zu befürchten, steht dem Zugangsanspruch insoweit nichts mehr entgegen. Mit Rücksicht darauf sieht § 4 Abs. 2 IFG vor, dass der Antragsteller über den Abschluss des jeweiligen Verfahrens informiert werden soll, damit er bei fortbestehendem Zugangsinteresse einen erneuten Antrag stellen kann.⁷⁹

c) Der Schutz personenbezogener Daten

aa) Abgestufter Interessenausgleich in § 5 IFG

§ 5 IFG bezweckt den Ausgleich zwischen dem allgemeinen Zugangsanspruch und den Rechten privater Dritter im Hinblick auf den Schutz ihrer in den Verwaltungsdokumenten gespeicherten personenbezogenen Daten.⁸⁰ Auf grundrechtlicher Ebene schützt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Entscheidungsbefugnis des Grundrechtsträgers über Preisgabe, Speicherung, Nutzung oder Übermittlung personenbezogener Daten.⁸¹ Auf gesetzlicher Ebene wird die Rechtsstellung hinsichtlich des staatlichen Umgangs mit personenbezogenen Daten⁸² in allgemeinen und bereichsspezifischen Datenschutzbestimmungen geregelt.⁸³ Der datenschutzrechtlich einschlägigen Übermittlungsregelung des § 16 BDSG geht § 5 IFG als *lex specialis* vor.

§ 5 IFG enthält ein abgestuftes Modell in Form einer Schutzregel, Schutzverstärkungen und Schutzabschwächungen. Nach der Regel des § 5 Abs. 1 S. 1 IFG darf Zugang zu personenbezogenen Daten nur gewährt werden, soweit eine Abwägung ergibt, dass das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Zugangsausschluss überwiegt oder soweit der Dritte eingewilligt hat. Einen verstärkten Schutz genießen dann zum einen sensitive Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG⁸⁴, die nur im

⁷² Obwohl beim Schutz des geistigen Eigentums und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen keine behördliche Abwägung erfolgt, bleibt die Begründung des Antragstellers in diesen Fällen sinnvoll, weil sie für die Entscheidung des Dritten über eine Einwilligung relevant sein kann. Anders etwa *Kloepfer/von Lewinski*, DVBl 2005, 1277 (1285).

⁷³ Entsprechende Ausnahmen vom Zugangsanspruch finden sich auch in den anderen Informationsfreiheitsgesetzen. Zum Teil weisen diese aber erheblich strukturelle und inhaltliche Unterschiede auf, vgl. etwa § 4 AIG Bbg, §§ 9 - 11 IFG Bln, § 9 IFG SH, § 6 IFG NRW, § 3 BremIFG, § 8 HmbIFG, § 2 SIFG, § 5 IFG M-V, § 9 IFG RLP und § 3 IZG LSA; vgl. auch § 8 UIG.

⁷⁴ *Schoch* (Fn. 67), Vorb. §§ 3 bis 6 Rn. 57, § 3 Rn. 4.

⁷⁵ Zur Vertraulichkeit von Beratungen im UIG OVG Schleswig-Holstein NVwZ 1999, 670 (672 ff.); zu den Zwecken des Informantenschutzes in obigem Kontext *Schoch* (Fn. 67), § 3 Rn. 10, 182 ff.

⁷⁶ Kritisch zur Terminologie, Systematik und Reichweite der verschiedenen Ausnahmetatbestände etwa *Schoch* (Fn. 67), § 3 Rn. 8 ff.; *Kloepfer/von Lewinski*, DVBl 2005, 1277 (1280 f.). Eine positivere Beurteilung findet sich bei *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984 (992).

⁷⁷ Die entsprechenden Vorschriften in den anderen Informationsfreiheitsgesetzen sind § 4 Abs. 1 Nr. 3 AIG Bbg, § 10 IFG Bln, § 10 IFG SH, § 7 IFG NRW, § 6 IFG M-V, § 4 BremIFG, § 9 HmbIFG, § 10 IFG RLP und § 4 IZG LSA. Ähnlich auch § 8 Abs. 1 Nr. 2 UIG.

⁷⁸ Zur – schwierigen – Abgrenzung siehe auch *Rossi*, Informationsfreiheitsgesetz, Handkommentar, 2006, § 4 Rn. 19; *Schoch* (Fn. 67), § 4 Rn. 47 f.

⁷⁹ *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984 (993).

⁸⁰ Vgl. auch die entsprechenden Länderregelungen: § 5 AIG Bbg, § 6 IFG Bln, § 12 IFG SH, § 9 IFG NRW, § 7 IFG M-V, § 5 IZG LSA, § 5 BremIFG, § 11 HmbIFG und § 12 IFG RLP; ähnlich auch § 9 UIG. § 1 SIFG und § 1 Abs. 1 ThürIFG verweisen auf das IFG des Bundes.

⁸¹ Grundlegend BVerfGE 65, 1. Ausführlich dazu und mit neuer Konzeption *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005.

⁸² Nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 BDSG sind dies Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person.

⁸³ Näher *Albers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 57), § 22 Rn. 97 ff., 101 ff.

⁸⁴ „Sensitive Daten“ sind alle Angaben, die direkt oder indirekt Informationen über rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualeben vermitteln, vgl. die auf Art. 8 Abs. 1 der EG-

Fälle einer ausdrücklichen Einwilligung des Dritten zugänglich sind (§ 5 Abs. 1 S. 2 IFG). Zum anderen nimmt § 5 Abs. 2 IFG die Abwägungsentscheidung in den Fällen zu Lasten des Informationsinteresses gesetzlich vorweg⁸⁵, in denen es um Informationen aus Personalakten oder um Informationen geht, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegen.⁸⁶ Ein abgeschwächter Schutz gilt hingegen für personen- und zugleich funktionsbezogene Daten von Gutachtern und Sachverständigen (§ 5 Abs. 3 IFG), und am schwächsten sind die personenbezogenen Daten der Sachbearbeiter in der Behörde nach § 5 Abs. 4 IFG geschützt: Soweit sie Ausdruck und Folge der amtlichen Tätigkeit sind und kein Ausnahmetatbestand wegen einer besonderen persönlichen Schutzbedürftigkeit greift, bestehen Zugangsansprüche, ohne dass eine Einwilligung oder eine Abwägung nötig wäre. Dies erklärt sich damit, dass die vom IFG intendierte Transparenz und Nachvollziehbarkeit behördlichen Handelns gerade erfordert, dass Handlungen innerhalb der Verwaltung zugeordnet und Verfahrensabläufe zurückverfolgt werden können.⁸⁷ Die Verfahrensbeteiligung der Personen, deren Belange durch den Antrag auf Informationszugang berührt sind, wird durch § 8 IFG gewährleistet.

bb) Probleme der Abwägung im Rahmen des § 5 Abs. 1 S. 1 IFG

§ 5 Abs. 1 S. 1 IFG erfordert eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Antragstellers und den Interessen des Dritten an der Geheimhaltung seiner persönlichen Daten. Eine Abwägung setzt wiederum voraus, dass die kollidierenden Interessen konkretisiert, gewichtet und – unter Berücksichtigung der nachteiligen Folgen einerseits für den Dritten im Falle der Zugangsgewähr und andererseits für den Antragsteller im Falle der Zugangsablehnung – zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Bei näherer Betrachtung wirft die scheinbar gängige Abwägungsklausel des § 5 Abs. 1 S. 1 IFG besondere Probleme auf.

Das erste Problem betrifft die Konkretisierung der Informationsinteressen auf Seiten des Antragstellers. § 1 Abs. 1 S. 1 IFG gewährt schließlich gerade einen „voraussetzungslosen Zugangsanspruch“ und verlangt nicht, dass eine Betroffenheit in eigenen Rechten vorliegt oder zumindest berechnete Interessen geltend gemacht werden. Daraus wird gefolgert, dass die Behörde die individuellen Informationsinteressen des Antragstellers nicht bewerten und deswegen nur das

abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer transparenten Verwaltung in die Abwägung einstellen darf.⁸⁸ Diese Sicht führt jedoch dazu, dass die Position des Antragstellers entgegen dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 1 S. 1 IFG regelmäßig geschwächt wird. Zudem kann man aus der in § 7 Abs. 1 S. 3 IFG vorgesehenen Begründungspflicht in den Fällen des § 5 IFG in systematischer Argumentation folgern, dass auch die konkret-individuellen Informationsinteressen des Antragstellers in der Abwägung zu berücksichtigen sind. Die Gewichtung des Zugangsinteresses hinsichtlich der individuellen Gründe und die entsprechende Kasuistik werden dann zwar auch davon geprägt werden, inwieweit es sich um rechtlich geschützte oder zumindest um berechnete Interessen handelt. Unvereinbar mit der materiell-rechtlichen Voraussetzungslosigkeit des Zugangsstatbestandes ist dies jedoch nicht.

Das zweite Problem betrifft die Vereinbarkeit von Zugangsanspruch und grundsätzlicher Zweckbindung beim Umgang mit personenbezogenen Daten, die aus dem grundrechtlichen Schutz informationeller Selbstbestimmung hergeleitet wird. Zweckbindung bedeutet, dass die Datenverwendung grundsätzlich an den Verwendungszweck gebunden ist, der die Erhebung oder Speicherung gerechtfertigt hat.⁸⁹ Personenbezogene Daten, die der Staat erlangt hat, sollen gerade nicht „frei“, sondern nur in dem durch den Verwendungszweck konturierten Verwendungszusammenhang verwendbar sein – dies nicht zuletzt deswegen, damit die Betroffenen wissen, was mit „ihren“ Daten geschieht und wer welche Informationen über sie gewinnen und nutzen kann.⁹⁰ Dieser Schutzfunktion steht ein voraussetzungsloser Zugangsanspruch Privater zu Verwaltungsdokumenten mit personenbezogenen Daten denkbar weit entgegen. Selbst wenn man die „Voraussetzungslosigkeit“ im Falle personenbezogener Daten relativiert und die Angabe von Informationsinteressen und -zwecken für nötig hält, kennzeichnet es den Zugangsanspruch weiterhin, dass der Antragsteller nicht an den angegebenen Zweck gebunden ist, sondern die erlangten Daten beliebig verwenden kann. Da die beliebige Verwendbarkeit der Daten in weder sachlich noch zeitlich eingrenzenden Verwendungskontexten zur Folge hat, dass die jeweils konkret betroffenen Interessen und die für die betroffene Person unter Umständen entstehenden Nachteile gar nicht mehr absehbar sind, entzieht sich der hier bestehende Grundkonflikt den gewohnten Mustern der Abwägung konkreter Interessen.⁹¹ Vor diesem Hintergrund wird eine tatbestandlich

Datenschutzrichtlinie beruhende Legaldefinition in § 3 Abs. 9 BDSG.

⁸⁵ Rossi (Fn. 78), § 5 Rn. 23 ff.; anders dagegen Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 984 (993), die von einer Vermutungsregel ausgehen.

⁸⁶ § 3 Nr. 4 IFG betrifft nicht personenbezogene, § 5 Abs. 2 IFG als speziellere Norm personenbezogene Informationen, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegen.

⁸⁷ Die funktionsbezogenen Daten der Sachbearbeiter ergeben sich ohnehin oft bereits aus veröffentlichten Organigrammen, vgl. Kugelmann, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 1. Aufl. 2007, § 5 Anm. 7.

⁸⁸ Rossi (Fn. 78), § 5 Rn. 24 ff.; Mensching, VR 2006, 1 (5 f.).

⁸⁹ BVerfGE 65, 1 (43).

⁹⁰ Zu den Funktionen der Festlegung der Verwendungszwecke und der Zweckbindung näher Albers, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 498 ff.

⁹¹ Wegen dieses Grundkonflikts ist es zu pauschal, wenn Datenschutz und Informationszugang als „zwei Seiten derselben Medaille“ bezeichnet werden, s. aber etwa Bundesbeauftragter für den Datenschutz, 20. Tätigkeitsbericht (2003/2004), BT-Drs. 15/252, S. 26; Arbeitsgemeinschaft der Informationsbeauftragten in Deutschland, DuD 2005, 290 (290).

offene Abwägungsklausel für unzulänglich gehalten.⁹² Sieht man § 5 Abs. 1 S. 1 IFG als verfassungsrechtlich hinreichende Regelung an, ist der Konflikt so zu lösen, dass der Datenschutz aufgrund des Aspekts der Aufhebung der Zweckbindung und der damit verbundenen vielfältigen Möglichkeiten der Nutzung der erlangten personenbezogenen Informationen in der Abwägung besonderes Gewicht erhält.⁹³

d) Der Schutz des geistigen Eigentums und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

§ 6 IFG soll einen Ausgleich zwischen dem allgemeinen Zugangsanspruch und den Geheimhaltungsinteressen privater Dritter in den Fällen herstellen, in denen die in den Verwaltungsdokumenten gespeicherten Angaben das geistige Eigentum oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betreffen.⁹⁴ Grundrechtlich ist das geistige Eigentum, das insbesondere Urheber-, Marken-, Patent-, Geschmacks- und Gebrauchsmusterrechte erfasst⁹⁵, durch Art. 14 GG geschützt. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fallen regelmäßig unter den Schutz des Art. 12 GG.⁹⁶ Im Vergleich zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und den Interessen am Schutz personenbezogener Daten bestehen bei Art. 12 und 14 GG regelmäßig größere Einschränkungsmöglichkeiten. Trotzdem hat der Bundesgesetzgeber den jeweiligen Schutz extensiv gestaltet: Nach § 6 IFG besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht. Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darf nur gewährt werden, soweit der Betroffene eingewilligt hat. In beiden Konstellationen wird damit der Einwilligung, nach der im Rahmen der Verfahrensbeteiligung nach § 8 IFG gefragt werden kann, eine zentrale Rolle zugewiesen.⁹⁷ Anders als bei personenbezogenen Daten und anders als nach einigen Länderregelungen⁹⁸ hält der Normtext nicht fest, dass

eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Antragstellers und dem Geheimhaltungsinteresse des Dritten vorzunehmen ist.⁹⁹

Vor diesem Hintergrund ist entscheidend, was man unter Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu verstehen hat. Der Begriff findet sich in einer Reihe öffentlich-rechtlicher Normen.¹⁰⁰ Im Rahmen des § 17 UWG – einem Straftatbestand – ist eine Definition entwickelt worden, die als eine „rechtsgebietsübergreifend anerkannte Begriffskategorie“¹⁰¹ beschrieben wird. In Form eines „viergliedrigen Schutztatbestandes“¹⁰² müssen danach kumulativ vier Voraussetzungen vorliegen. Grundlage sind erstens im Zusammenhang mit einem wirtschaftlichen Unternehmen stehende Tatsachen, also technische und kaufmännische Gegebenheiten, Abläufe oder sonstige Umstände wie etwa Herstellungsmethoden, Produktzusammensetzungen, Kalkulationsgrundlagen oder Umsatzzahlen. Diese Tatsachen dürfen zweitens nur einem begrenzten Personenkreis bekannt, also nicht offenkundig sein. Drittens muss ein erkennbarer Geheimhaltungswille des Unternehmens bestehen. Viertens ist ein berechtigtes Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung erforderlich.¹⁰³ Dieses berechnete Interesse bestimmt sich mit Blick auf die objektivierte Wettbewerbsrelevanz der Informationen, da der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Wettbewerbsposition des Unternehmens am Markt dient.¹⁰⁴ Es kommt also darauf an, ob das Bekanntwerden der Angaben fremden Wettbewerb fördern oder eigenen Wettbewerb schwächen kann und objektiv spürbare wettbewerbsrelevante Nachteile zu erwarten sind.¹⁰⁵ Hierbei handelt es sich um eine wertende Beurteilung. Diese hat im Kontext des üblichen Verständnisses der „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ jedoch nichts

⁹² Masing, VVDStRL 63 (2004), 377 (412 ff.).

⁹³ So etwa Sitsen, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, 2009, S. 227 f.

⁹⁴ Vgl. auch die entsprechenden Länderregelungen: § 5 AIG Bbg, § 6 IFG Bln, § 12 IFG SH, § 9 IFG NRW, § 7 IFG M-V, § 5 IZG LSA, § 5 BremIFG, § 10 HmbIFG und § 11 IFG RLP. § 1 SIFG und § 1 Abs. 1 ThürIFG verweisen auf das IFG des Bundes; zum UIG siehe § 9 UIG; zum VIG siehe § 2 S. 1 Nr. 2c VIG und dazu Albers/Ortler, GewArch 2009, 225 (228 f.).

⁹⁵ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG), BT-Drs. 15/4493, S. 14.

⁹⁶ Vgl. BVerfGE 115, 205 (229 ff.).

⁹⁷ Die Einwilligung führt beim geistigen Eigentum dazu, dass dessen Schutz nicht „entgegensteht“, vgl. Rossi (Fn. 78), § 6 Rn. 59.

⁹⁸ Vgl. § 8 S. 3 IFG NRW, § 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AIG Bbg, § 7 IFG Bln, § 10 Abs. 1 HmbIFG, § 11 Abs. 1 IFG SH und dazu VG Schleswig, DuD 2005, 38 (40 f.); BVerwG NVwZ 2009, 1114 (1116); dagegen sehen § 8 IFG M-V, § 6 BremIFG, § 11 IFG RLP und § 6 IZG LSA keine Abwägung vor; dies gilt auch nach § 1 SIFG und § 1 Abs. 1 ThürIFG.

⁹⁹ Die Begründung des Gesetzentwurfs (Fn. 95) S. 14, ist insoweit unklar, als sie ausführt, die Regelungen orientierten sich an § 9 Abs. 1 UIG, der eine Abwägung zumindest mit dem öffentlichen Interesse vorsieht.

¹⁰⁰ Z.B. §§ 17 UWG, 203 Abs. 1 StGB, 30 VwVfG, 10 Abs. 2 BImSchG; eine wenig weiterführende Legaldefinition findet sich in § 67 Abs. 1 S. 2 SGB X.

¹⁰¹ So von Danwitz, DVBl 2005, 597 (600).

¹⁰² Schoch (Fn. 67), § 6 Rn. 45.

¹⁰³ Oft zitiert wird hierzu BGH NJW 1995, 2301 (2301).

¹⁰⁴ BVerfGE 115, 205 (229 ff.); vgl. auch bereits BGH NJW 1995, 2301 (2301); der Geheimnischarakter ergibt sich daher relativ und nicht bereits gegenüber dem Staat, sondern erst gegenüber anderen Markt- oder Wettbewerbsteilnehmern, vgl. BGH NVwZ-RR 2008, 315 (319): „Der Schutzbereich der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG wird erst berührt, wenn die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch den Staat offen gelegt werden oder der Staat deren Offenlegung auch gegenüber Dritten verlangt. Denn erst durch die Kenntnisnahme Dritter kann die Ausschließlichkeit der Nutzung des betr. Wissens für den eigenen Erwerb im Rahmen der beruflichen Betätigung am Markt beeinträchtigt werden.“

¹⁰⁵ Vgl. Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 17 Rn. 9; Kloepfer/von Lewinski, DVBl 2005, 1277 (1284); Mensching, VR 2006, 1 (6).

mit einer Abwägung zwischen Geheimhaltungs- und Zugangsinteressen zu tun.

Konsequenterweise ist eine solche Abwägung bei § 6 IFG nach ganz überwiegender Ansicht weder im Rahmen der Voraussetzung des „berechtigten Interesses“ noch aufgrund sonstiger Anknüpfungspunkte vorzunehmen.¹⁰⁶ Der danach weit reichende Geheimnisschutz wird sowohl verfassungsrechtlich als auch rechtspolitisch vielfach kritisiert.¹⁰⁷ Die Folgen dieser Schutzreichweite bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen für die Informationsinteressen können etwa durch die Möglichkeit der Veröffentlichung einer bereinigten Inhaltsdarstellung¹⁰⁸ abgemildert werden.

3. Prozessrechtliche Aspekte: Das Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO

In gerichtlichen Konflikten um den Zugangsanspruch und seine Grenzen kann die verwaltungsprozessuale Regelung des § 99 Abs. 2 VwGO Relevanz gewinnen.¹⁰⁹ In einem Verwaltungsgerichtsverfahren, in dem der Zugangsinteressierte einen Anspruch auf Zugang durchsetzen will, der behördlicherseits unter Berufung auf Anspruchsgrenzen abgelehnt worden ist, muss die Behörde nach § 99 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich die den Streit betreffenden Akten vorlegen. Die Vorlagepflicht beschränkt sich nicht auf die Akten, die bei der Behörde aus Anlass des Streits um den Zugangsanspruch entstanden sind. Sie erstreckt sich vielmehr auf die Akten, im Hinblick auf die die Behörde den Zugangsanspruch abgelehnt hat, denn ohne diese Akten kann das Gericht die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung nicht beurteilen.¹¹⁰ Müssen die Vorgänge jedoch etwa nach einem Gesetz geheim gehalten werden, kann die zuständige oberste Aufsichtsbehörde nach § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO die Vorlage der Akten verweigern. Wie sich dabei das Verhältnis

zwischen Informationszugangsregelungen und prozessualen Regelungen gestaltet, ist praktisch von hoher Relevanz, allerdings noch nicht abschließend geklärt und umstritten.¹¹¹ Die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Aktenvorlage wird durch einen besonderen Fachsenat entweder des zuständige OVG oder des BVerwG in einem besonderen Zwischenverfahren nachgeprüft. In diesem Verfahren sind die verweigeren Akten auf Aufforderung vorzulegen. Für es gelten deswegen eine Reihe besonderer prozessualer Maßgaben insbesondere im Hinblick auf den Geheimnisschutz. Das Zwischenverfahren ist kein „in camera“-Verfahren im engeren Sinne, sondern eine eigenständige Lösung mit spezifischen Folgeproblemen.¹¹²

V. Schluss

Die Informationsfreiheitsgesetze gewährleisten allgemeine Zugangsansprüche der Bürger und Bürgerinnen zu den Dokumenten und sonstigen Aufzeichnungen der Verwaltung. Die Entwicklung vom ursprünglichen Zugang nach Ermessen über die Verfahrensöffentlichkeit hin zur Öffentlichkeit der Verwaltung markiert einen grundlegenden Paradigmenwechsel im Verhältnis zwischen Bürgern und Verwaltung. Eine verfassungsrechtliche Basis entsprechender gesetzgeberischer Regelungspflichten und individueller Zugangsansprüche kann man aus der Kombination des Grundrechts der Informationsfreiheit mit dem Demokratieprinzip herleiten. Zu den wesentlichen Komponenten der neuen Informationsfreiheitsgesetze gehören der materiell-rechtlich voraussetzungslose Zugangsanspruch, begleitende Bestimmungen und die Anspruchsgrenzen aufgrund entgegenstehender Belange und Interessen. Die neuen Regelungen werfen allerdings an zahlreichen Stellen Auslegungsprobleme auf, hinsichtlich derer man angemessene Lösungen entwickeln muss. Auch gibt es einigen Verbesserungsbedarf, damit die Zugangsansprüche zielgerecht wahrgenommen werden können. Da die neuartigen Regelungen der Informationsfreiheitsgesetze die Wissensbasis der Verwaltung in der Gesellschaft grundsätzlich verfügbar machen und damit die gesellschaftliche Wissensproduktion und -verteilung verändern, sind neue Folgefragen keine Überraschung.¹¹³

¹⁰⁶ Schoch (Fn. 67), § 6 Rn. 55. Anders unter Hinweis auf allgemeine Rechtsgrundsätze zur Offenbarungsbefugnis, insoweit aber nicht überzeugend Berger/Roth/Scheel, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2006, § 6, Rn. 15 f.; vgl. jedoch auch zu dem textlich ähnlichen § 2 S. 1 Nr. 2c VIG, bei dem die Begründung des Gesetzesentwurfs von einem Abwägungserfordernis im Rahmen der wertungsabhängigen Komponente des berechtigten Geheimhaltungsinteresses ausgegangen ist, Albers/Ortler, GewArch 2009, 225 (228 f.).

¹⁰⁷ In der Sache kritisch etwa Rossi (Fn. 78), § 6 Rn. 2; ebenso kritisch mit der These eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz Kugelman, NJW 2005, 3609 (3612). Vgl. auch zurückhaltender Kloepfer/von Lewinski, DVBl 2005, 1277 (1283 f.); allgemein zum Gleichheitssatz Albers, JuS 2008, 945.

¹⁰⁸ Kugelman (Fn. 87), § 6 Anm. 1.

¹⁰⁹ Vgl. etwa BVerwG NVwZ 2009, 1114; siehe auch zum UIG BVerwGE 130, 236.

¹¹⁰ Das dem Kläger nach § 100 Abs. 1 VwGO grundsätzlich zustehende Einsichtsrecht in die dem Gericht vorgelegten (Behörden)Akten wird dagegen in der Rechtsprechung teleologisch auf die hinsichtlich des Zugangsanspruchs angelegten Akten reduziert, da dessen Realisierung zur Erledigung der Hauptsache führte.

¹¹¹ Vgl. dazu die unterschiedlichen Sehweisen in BVerwG DÖV 2006, 1052; OVG NW DVBl 2008, 1324; Weber, NVwZ 2008, 1284; Schoch, NJW 2009, 2987 (2992 f.).

¹¹² Anlass der Regelung war BVerfGE 101, 106; zur weitergehenden Forderung nach einem „in camera“-Verfahren siehe das Sondervotum Gaier, BVerfGE 115, 205 (250 ff.); außerdem OVG NW NVwZ 2009, 475 (476 f.).

¹¹³ Zur kommerziellen Weiterverwendung staatlicher Datenbestände und Informationen durch Private übergreifend etwa Püschel (Fn. 57); Trosch, Grenzen einer Kommerzialisierung von Informationen des öffentlichen Sektors, 2008, zu den Bestimmungen des IWG Püschel, in: Fluck/Theuer (Hrsg.) (Fn. 53), IWG.

Vorteilsannahme (§ 331 StGB) und Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) durch Kultursponsoring?

Von Wiss. Assistent Dr. **Dennis Bock** und **Lisa Borrmann**, Kiel

Der Beitrag widmet sich dem privaten, vor allem privatwirtschaftlichen Engagement für öffentliche kulturelle Einrichtungen und untersucht die verschiedenen Erscheinungsformen solchen Sponsorings auf ihre strafrechtliche Erheblichkeit nach §§ 331 ff. StGB. Er kommt zu dem Ergebnis, dass es in aller Regel an einer Vorteilsgewährung „für die Dienstausbübung“ fehlt, so dass sich weder Sponsor noch Gesponserter strafbar machen.

I. Einleitung

Im Bereich der Kultur ist privates Engagement aus der Wirtschaft unerlässlich.¹ Gerade in Zeiten knapper Staatskassen sind Künstler zunehmend auf Förderung durch die private Hand angewiesen. So wird z.B. das Schleswig-Holsteinische Musikfestival erst durch Sponsoringleistungen ermöglicht.² An den BKM³ wurden in den Jahren 2005 und 2006 Förderungsleistungen in Höhe von insgesamt 10.800.000 € erbracht.⁴

Kultursponsoring ist zwar ein gängiger Begriff, aber erläuterungsbedürftig, auch weil es sich nicht um einen Rechtsbegriff handelt. Kultursponsoring ist Sponsoring im kulturellen Bereich. Allerdings ist unklar, was genau Sponsoring beinhaltet und wie der kulturelle Bereich abzugrenzen ist.

1. Sponsoring

Das Bundesministerium für Finanzen definiert Sponsoring als Gewährung von Geld oder geldwerten Vorteilen durch Unternehmen zur Förderung von Personen, Gruppen und/oder Organisationen in sportlichen, kulturellen, kirchlichen, wissenschaftlichen, sozialen, ökologischen oder ähnlich bedeutsamen gesellschaftspolitischen Bereichen, mit der regelmäßig auch eigene unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgt würden.⁵ Aus strafrechtlicher Sicht ist unter Sponsoring jede Art der Förderung zu fassen, die nicht der allgemeinen Lebensführung einer anderen Person dient.⁶ Innerhalb dessen erfolgt eine Differenzierung danach, ob und welche Gegenleistung der Gesponserte erbringt. Erhält der Sponsor echte Gegenleistungen wie z.B. Werberechte, so fällt dies unter den Begriff des klassischen Sponsorings. In einem solchen Fall liegt ein Sponsoringvertrag zu Grunde, der Leistungen beider Parteien festlegt. Diese Form erfolgt meist durch Unternehmen, da die kommunikativen (Werbe-) Leistungen für Privatpersonen in der Regel

ohne Wert sind.⁷ Erbringt der Gesponserte höchstens eine unbedeutende Gegenleistung und der Sponsor verwertet sein Engagement selbst, so bezeichnet man dies als mäzenatisches Sponsoring.⁸ Der Begriff des mäzenatischen Sponsorings geht zurück auf den Römer Gaius Clinius Maecenas (70-8 v.Chr.). Dieser förderte Dichter wie Vergil und Horaz und wurde durch namentliche Erwähnungen in deren Werken öffentlich als großzügiger Gönner wahrgenommen.⁹ Heute würde man die namentlichen Erwähnungen allerdings als Gegenleistungen im Sinne eines klassischen Sponsorings verstehen. Es ist im Übrigen auch möglich, dass der Sponsor sein Engagement aus rein altruistischen Gründen erbringt, also keinen eigenen Nutzen aus dem Sponsoring ziehen will (Spende).

Übergeordnetes Ziel eines sponsernden Unternehmens ist die Gewinnmaximierung. Diese wird durch Steigerung des Absatzes und der Produktivität erreicht. Eine Förderung des Absatzes basiert auf gutem Marketing. Als Marketinginstrument entdeckt wurde das Sponsoring in den 70er Jahren.¹⁰ Dadurch, dass bestimmte Attribute des Sponsoringobjekts auf das Unternehmen übertragen werden¹¹ – im Bereich der Kultur ließe sich etwa an Eigenschaften wie Schönheit, Kreativität, Exklusivität und Harmonie denken –, dient das Sponsoring der Imagepflege des Unternehmens. Hinzu kommt, dass die jeweilige Zielgruppe des sponsernden Unternehmens in einer natürlichen, nicht-kommerziellen Situation des täglichen Lebens angesprochen wird, wodurch die Bereitschaft zur Aufnahme der Sponsoringbotschaft gefördert wird.¹² Außerdem wird durch Sponsoring die Erschließung neuer Marktsegmente erleichtert,¹³ und mit geladenen Gästen können Kontakte gepflegt werden.¹⁴ Eine Förderung der Produktivität ist durch Sponsoring in dem Sinne möglich, dass die Mitarbeiter durch die Übernahme sozialer und gesellschaftlicher Verantwortung seitens des Unternehmens motiviert werden.¹⁵ Dieser Eindruck, dass das Unternehmen Verantwortung übernimmt, dient auch der Imagepflege. Er kann nur durch mäzenatisches Sponsoring erreicht werden, weil eine Gegenleistung das zur Schau gestellte soziale Engagement konterkariert.

Es können auf Seiten des Sponsors aber auch altruistische Ziele eine Rolle spielen, so dass die Förderung an sich als Selbstzweck anzusehen ist.¹⁶ Dies Motiv findet sich vor allem

¹ Bruhn/Dahlhoff, Kulturförderung – Kultursponsoring, 1989, S. 85.

² Bruhn/Mehlinger, Rechtliche Gestaltung des Sponsorings, 1994, S. 83.

³ Beauftragter für Kultur und Medien des Bundes.

⁴ S. 8 des Zweiten Zweijahresberichts des Bundesministeriums des Innern über Sponsoringleistungen an die Bundesverwaltung.

⁵ BMF-Schreiben vom 18.2.1998, BStBl. I 1998, S. 212 Rn. 1.

⁶ Höltkemeier, Sponsoring als Straftat, 2005, S. 26.

⁷ Höltkemeier (Fn. 6) S. 26 Fn. 13.

⁸ Höltkemeier (Fn. 6), S. 26.

⁹ Koster, in: Neuhaus (Hrsg.), Mäzenatentum – Stiftungswesen – Sponsoring, 1999, S. 55.

¹⁰ Höltkemeier (Fn. 6), S. 27; Drees, Sportsponsoring, S. 9.

¹¹ Weiland, NJW 1994, 227 (229).

¹² Weiland, NJW 1994, 227 (229).

¹³ Thom, in: Neuhaus (Fn. 9), S. 111 (S. 121).

¹⁴ Thom (Fn. 13) S. 122.

¹⁵ Höltkemeier (Fn. 6), S. 28.

¹⁶ Höltkemeier (Fn. 6), S. 28.

bei privaten Sponsoren, insbesondere bei anonymen Spendern.

Dem Gesponserten geht es darum, Geld-, Sach- und Dienstleistungen für bessere oder schnellere Durchführung von Projekten zu erhalten.¹⁷ Im kulturellen Bereich werden Konzerte, Theatervorstellungen und Ausstellungen mangels ausreichender staatlicher Förderung durch privates Sponsoring oft überhaupt erst ermöglicht. Auch seitens des Gesponserten kann das Ziel darin bestehen, den eigenen Bekanntheitsgrad zu steigern.¹⁸

2. Kultur

Der Begriff der Kultur wird oft in sehr weitem Bedeutungsumfang verwendet.¹⁹ Versteht man etwa hierunter die Gesamtheit der geistigen (Wissenschaft, Kunst, Ethik, Religion, Erziehung, Sprache), sozialen (Politik, Gesellschaft) und materiellen (Technik, Wirtschaft) Formen der Lebensäußerungen der Menschheit,²⁰ so fehlt jegliche Abgrenzungsschärfe.²¹ Zur strafrechtlichen Abgrenzung ist deshalb ein Bezug zum Sponsoringobjekt herzustellen. Demnach fallen unter den Begriff der Kultur die Bildenden und die Darstellenden Künste, Musik, Literatur, Film, Fotografie und Denkmäler.²² Die Kultur kann also beispielsweise gefördert werden durch Kunstankäufe und Unterstützung von Theatern, Festivals, Tourneen, Einzelkonzerten und -ausstellungen, Orchestern, Auslobung von Förderpreisen sowie Literatur- und Musikwettbewerbe usw. Innerhalb dessen unterscheiden sich die Förderungen nach der geförderten Organisationseinheit.²³ So gibt es Förderungen von natürlichen Personen, also von den Kulturschaffenden (Einzelkünstler und Gruppen), Unterstützungen ganzer Kultureinrichtungen wie einzelner Theater und Museen oder schließlich die Förderung von einzelnen Ereignissen oder Objekten (Festivals, Konzerte, Kulturobjekte, z.B. Denkmäler).

Immer dort, wo der Staat nicht fördert, gewinnt Kultursponsoring durch Private zunehmend an Bedeutung. Eine solche Förderung der Kultur durch Private ist an sich wünschenswert. Doch darf sie nicht mit Straftaten einhergehen.

II. §§ 331 ff. StGB

Aufgrund der spiegelbildlichen Konzeption der §§ 331 ff. StGB werden im Folgenden die Tatbestandsmerkmale des

§ 331 StGB untersucht. Für § 333 StGB gelten die so erlangten Ergebnisse entsprechend.

1. Beispielfall

Der Geschäftsführer des Unternehmens Schmidt erklärt in der Verwaltungsbehörde der Stadt Schönhausen gegenüber dem Angestellten A, im Namen des Unternehmens 100.000 € an das von der Stadt Schönhausen betriebene „Museum Schönhausen“ zahlen zu wollen.

a) Dafür wird das Museum umbenannt in „Schmidt-Museum Schönhausen“.

b) Dafür steht auf Plakaten des Museums, mit denen dieses für Ausstellungen wirbt: „Mit freundlicher Unterstützung der Schmidt-GmbH“.

c) Das Unternehmen wirbt mit dem Engagement auf eigenen Werbeveranstaltungen, der eigenen Internetseite etc.

d) Statt des Unternehmens zahlt die Privatperson Schmidt.

2. Geschütztes Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB

Grundlage für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale ist das Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB.

a) Staatswillensverfälschungslehre

Teilweise wird vertreten, dass die §§ 331 ff. StGB die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen bzw. die Unverfälschtheit des Staatswillens schützen.²⁴ Diese Sichtweise wird insbesondere durch den Regierungsentwurf des EGStGB gestützt, in dem den Vorschriften der Zweck zugewiesen wird, die Käuflichkeit von Diensthandlungen und die Befangenheit der Bediensteten durch einen Vorteil bei der Erfüllung ihrer Pflichten und damit auch eine Verfälschung des Staatswillens zu verhindern.²⁵ Problematisch daran ist, dass die Unverfälschtheit des Staatswillens im positiven Recht als Gedanke nicht wiederzufinden ist.²⁶ Außerdem wird in den Fällen des § 331 StGB mangels Pflichtwidrigkeit der Amtsträgerhandlung dem Staatswillen gerade entsprochen.²⁷ Begreift man die in den §§ 331 ff. StGB normierten Bestechungsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte²⁸, würde allerdings die (abstrakte) Gefahr der zukünftigen Verletzung des Staatswillens ausreichen, die wohl in der Regel bei einer Vorteilsannahme

¹⁷ Höltkemeier (Fn. 6), S. 29 f.¹⁸ Höltkemeier (Fn. 6), S. 30.

¹⁹ „Kultur ist alles. Alles ist Kultur.“ E. Zimmer in: Die Zeit, v. 4.12.1992.

²⁰ So Der Brockhaus in einem Band, Deutsches Wörterbuch, 10. Aufl. 2005, Stichwort: „Kultur“.

²¹ Bruhn/Mehlinger (Fn. 2), S. 71.

²² So auch in einer Umfrage des IFO-Institutes (Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern): Kulturfinanzierung durch Unternehmen in Zeiten verschärfter ökonomischer Sachzwänge, ifo-Schnelldienst 8/1995 (48. Jahrgang), S. 8 ff.

²³ Meininger, Möglichkeiten, Grenzen und Praxis des Sponsoring der öffentlichen Verwaltung, 2000, S. 51 f.

²⁴ Vgl. BT-Drs. 7/550, 269; Schmidt, Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959, 1960, S. 149; Kaufmann, JZ 1959, 375 (377); Bockelmann, ZStW 72 (1960), 251 (257); Höltkemeier (Fn. 6), S. 85; Lüderssen, StV 1997, 318 (322); Geerds, JR 1996, 309 (310); König, DRiZ 1996, 357 (362); Hettinger NJW 1996, 2263 (2268 f.).

²⁵ BT-Drs. 7/550, S. 269.

²⁶ Schröder, GA 1961, 289 (291).

²⁷ Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 331 Rn. 2.

²⁸ Rüdiger, Schutzinteresse und Deliktsstruktur der Bestechungsdelikte, 2007, S. 72; Schröder, GA 1961, 289 (292); Loos, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 879 (S. 884, 891); Dölling, JuS 1981, 570 (574 Fn. 76).

gegeben ist.²⁹ Gleiches gilt für die Kritik, dass die nachträgliche Vorteilsannahme – mangels zukünftigen Einflusses dieser Vorteilsannahme auf die bereits erfolgte Dienstausübung des Amtsträgers – von dieser Ansicht nicht erfasst werde,³⁰ obwohl sie jedenfalls durch § 332 StGB eindeutig³¹ unter Strafe gestellt wird.³² Betrachtet man § 332 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt,³³ ist es ausreichend, wenn die aus der Vorteilsannahme folgende Geneigtheit gegenüber dem Vorteilsgeber auf künftige Amtshandlungen Auswirkungen haben kann. Somit könnte sich auch die Strafbarkeit einer bereits erfolgten Amtsausübung auf das Rechtsgut der Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen zurückführen lassen.

b) Lehre vom Vertrauensschutz

Die Rechtsprechung betrachtet das Vertrauen der Bürger in diese Sachlichkeit als maßgebliches Schutzgut.³⁴ Die Schutzwürdigkeit dieses Rechtsguts ergibt sich daraus, dass das Vertrauen der Bürger jede Staatstätigkeit trägt und somit Funktionsbedingung für einen demokratischen Staat ist.³⁵ Dieser Ansatz wird insbesondere durch den Wortlaut des § 332 Abs. 3 StGB gestützt: Dort kommt es lediglich darauf an, ob der Täter sich *anderen gegenüber bereit erklärt* hat, seine Pflichten zu verletzen. Insofern wird der bei den Gesprächspartnern erweckte Eindruck als maßgeblich erachtet und somit ein Kriterium in das Zentrum der Betrachtung gestellt, das sich nach der Einschätzung dieser Bürger bezüglich der Gefährdungslage richtet.³⁶ Problematisch an dieser Ansicht ist, dass die Genehmigung nach § 331 Abs. 3 bzw. § 333 Abs. 3 StGB nicht hinreichend erklärt werden kann, wenn die Öffentlichkeit von der Genehmigung nicht erfährt³⁷ und sich somit eine rechtmäßige Handlung für den Bürger als rechtswidrige Handlung darstellt. In solchen Fällen wäre das Rechtsgut des Vertrauensschutzes betroffen, aber nicht durch die §§ 331 ff. StGB geschützt. Ferner wird kritisiert, dass es nicht einleuchtend sei, wieso das Vertrauen als Funktionsbedingung der staatlichen Verwaltung geschützt werde anstatt des Funktionierens der Verwaltung selbst.³⁸ Darüber hinaus erscheint es ungewöhnlich, dass auch falsche Vorstellungen – auch sachlich richtige Entscheidungen könnten das Vertrauen beeinflussen – mit dem Mittel des Strafrechts geschützt wer-

den.³⁹ Schließlich wird eingewandt, dass durch die aus einer Strafbarkeit folgenden medienwirksamen Prozesse das Vertrauen der Bürger in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen mehr Einbußen erleide, als wenn die Korruptionshandlungen vertuscht würden.⁴⁰ Somit könne das Vertrauen der Bürger in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen nicht das Schutzgut der §§ 331 ff. StGB sein.

c) Funktionsfähigkeit der Verwaltung

Nach anderer Ansicht ist das Funktionieren der Verwaltung Schutzgut der §§ 331 ff. StGB.⁴¹ Dabei seien das Vertrauen der Allgemeinheit und das Amtsethos der Beamten als Bedingungen für dieses Funktionieren zu werten.⁴² Problematisch erscheint dabei, dass die Sachlichkeit einer staatlichen Entscheidung nur im Hinblick auf einen bestimmten Angriffsweg geschützt ist, und zwar nur die Verknüpfung eines Vorteils mit einer pflichtwidrigen Diensthandlung bzw. die abstrakte Gefahr einer solchen Verknüpfung.⁴³ Insofern ist ein Funktionieren der Verwaltung als Schutzgut zu weit und uferlos. Außerdem lässt sich hier wie bei der Vertrauensschutzlehre einwenden, dass im Hinblick auf das angebliche Schutzgut ein Vertuschen der Korruption als sinnvollere Alternative zu einer Strafbarkeit erscheint,⁴⁴ sowie dass ein Schutz von falschen Vorstellungen sich als ungewöhnlich darstellt.⁴⁵

d) Unentgeltlichkeit der Amtsführung

Eine weitere Auffassung sieht die Unentgeltlichkeit der Amtsführung als Schutzgut der §§ 331 ff. StGB an.⁴⁶ Hiergegen lässt sich einwenden, dass Amtshandlungen häufig gegen Gebühr vorgenommen werden und deshalb ein Grundsatz der Unentgeltlichkeit nicht existiert.⁴⁷ Außerdem ist ein Verstoß gegen die Unentgeltlichkeit der Amtsführung nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern allenfalls mittelbares Regelungsziel.⁴⁸ Warum der Amtsträger lediglich die vorgesehene Gebühren annehmen darf, lässt sich mit der Schaffung eines solchen Rechtsgutes nicht begründen.

²⁹ Höltkemeier (Fn. 6), S. 56.

³⁰ Heine (Fn. 27), § 331 Rn. 2a; Graupe, Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1988, S. 104 ff.; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 245 f.; Schröder, GA 1961, 289 (290); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 331 Rn. 3; vgl. auch BGHSt 15, 88 (97).

³¹ § 331 Abs. 1 StGB: „Ein Amtsträger [...], der einen Vorteil [...] dafür fordert, dass er eine Diensthandlung *vorgenommen hat* [...] wird [...] bestraft.“

³² Heine (Fn. 27), § 331 Rn. 2a; Schröder, GA 1961, 289 (290).

³³ Höltkemeier (Fn. 6), S. 56.

³⁴ BGHSt 15, 88 (96 f.).

³⁵ Heine (Fn. 27), § 331 Rn. 3.

³⁶ Rüdiger (Fn. 28) S. 82.

³⁷ Höltkemeier (Fn. 6), S. 58

³⁸ So aber Loos (Fn. 28), S. 888 ff.

³⁹ Höltkemeier (Fn. 6), S. 59.

⁴⁰ Ransiek, StV 1996, 446 (450).

⁴¹ Loos (Fn. 28), S. 885 f.; im Anschluss daran Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 58. Lfg, Stand: September 2003, § 331 Rn. 4; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 321 f.; Traumann, Die Anwendung der Bestechungsdelikte auf die Inhaber privater Ingenieur- und Planungsbüros – Ein Beitrag zur Auslegung des Amtsträgerbegriffs nach § 11 I Nr. 2c StGB, 1997, S. 112 ff.

⁴² Loos (Fn. 28) S. 892.

⁴³ Höltkemeier (Fn. 6) S. 57.

⁴⁴ Ransiek, StV 1996, 446 (450).

⁴⁵ Höltkemeier (Fn. 6), S. 59.

⁴⁶ RGSt 63, 367 (369 f.); Krönig, MDR 1949, 658 f.

⁴⁷ Schröder, GA 1961, 289; Heinrich (Fn. 30), S. 242.

⁴⁸ Rüdiger (Fn. 28), S. 74; Kaufmann, JZ 1959, 375 (377); Dölling, JuS 1981, 570 (574).

e) *Mehrteiliges Rechtsgut*

Zutreffend ist es, von einem mehrteiligen Schutzgut der §§ 331 ff. StGB auszugehen, also sowohl die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen als auch das Vertrauen in diese Sachlichkeit als Schutzgut anzusehen.⁴⁹ Die Rechtsgüter des Vertrauensschutzes und der Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen können für sich genommen nicht als Schutzgut hinarbeiten. In Kombination – als kumulatives Rechtsgut – werden die vielschichtigen Auswirkungen von Korruption aber erfasst und es wird berücksichtigt, dass diese Rechtsgüter nach grammatikalischer und historischer Auslegung den §§ 331 ff. StGB zu Grunde liegen. Aufgrund der Subjektivierung des Vertrauensbegriffs ist dabei bezüglich des Vertrauens auf einen verständigen Bürger abzustellen, so dass nicht das Vertrauen jedes einzelnen Bürgers geschützt ist – welches bei einigen Bürgern sogar per se gegenüber dem Staat nicht gegeben ist – sondern die nach außen erkennbare Lauterkeit der Verwaltung. Das so zu bestimmende Vertrauen in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen sowie diese selbst sind innere und äußere Bedingungen für eine funktionierende Verwaltung,⁵⁰ so dass diese – obgleich sie als alleiniges Schutzgut zu uferlos wäre – indirekt mitgeschützt ist.

Im Beispielfall könnten Entscheidungen der Stadt, die Träger des Museums ist, durch Sympathien für das „großzügige“ Unternehmen Schmidt beeinflusst werden. Somit wäre die Sachlichkeit in diesen Entscheidungen abstrakt gefährdet sowie das Vertrauen der Bürger darauf, dass Entscheidungen sachlich gefällt werden.

3. *Täterkreis*

Als Täter der §§ 331, 332 StGB kommen nur Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete in Betracht. Die Bestimmung der Amtsträgereigenschaft richtet sich dabei nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, die Bestimmung der für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Für die Strafbarkeit von Kultursponsoring nach §§ 331 ff. StGB ergibt sich daraus, dass solche Sponsoringbeziehungen ausgenommen sind, die im privaten Bereich fördern.⁵¹ §§ 331 ff. StGB sind also nur auf solche Sponsoringbeziehungen anwendbar, an denen staatliche Stel-

len – vornehmlich als Gesponserte – beteiligt sind, z.B. die Förderung eines Kulturreferates.⁵²

Der bei der Stadt Angestellte A, der den Sponsoringvertrag im Namen der Stadt mit dem Unternehmen schließt, ist für den öffentlichen Dienst Verpflichteter im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB.

4. *Vorteil*

Für § 331 StGB ist erforderlich, dass dem Amtsträger oder einem Dritten ein Vorteil gewährt wird. Unter Vorteil ist jede Leistung materieller oder immaterieller Art zu verstehen, die den Täter besser stellt und auf die er keinen rechtlichen Anspruch hat.⁵³ Die Höhe des Vermögenswertes ist dabei nicht entscheidend,⁵⁴ denn auch durch geringwertige sog. Werbetitel wird der Empfänger besser gestellt.⁵⁵

Seit dem *KorrBekG*⁵⁶ 1997 wird auch die Vorteilsgewährung für Dritte erfasst, so dass insofern keine Konstruktion eines mittelbaren Vorteils für den Amtsträger mehr notwendig ist.⁵⁷ Diese Reform führt jedoch aufgrund der daraus folgenden Weite des Tatbestandes zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten, da nun auch Vorteile erfasst werden, die allein wohltätigen Organisationen⁵⁸ oder gesellschaftspolitisch bedeutsamen Veranstaltungen zugute kommen, wie etwa beim Sponsoring von Theater oder Oper.⁵⁹ Insofern wird von einigen ein restriktives Verständnis des Dritt Vorteils gefordert.

a) *Restriktive Auslegung des Dritt Vorteils?*

So wird zum Teil verlangt, dass nur privatnützige Zuwendungen erfasst werden dürften, also als Dritter insbesondere die Anstellungskörperschaft auszuschließen ist.⁶⁰ Für den Fall

⁴⁹ *Schlüchter*, in: Dies. (Hrsg.), *Kriminalistik und Strafrecht*, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 713 (S. 715); *Kargl*, *ZStW* 114 (2002), 763 (787); *Maurach/Schröder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 79 Rn. 9; *Krey/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 660; *Kuhlen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, § 331 Rn. 12; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl. 2007, § 331 Rn. 1; *Fischer* (Fn. 30), § 331 Rn. 3; *Joecks*, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 8. Aufl. 2009, Vor §§ 331 ff. Rn. 1.

⁵⁰ *Heine* (Fn. 27), Vor §§ 331 ff. Rn. 1.

⁵¹ *Satzger*, *ZStW* 115 (2003), 469 (474).

⁵² Als Kulturreferat bezeichnet man eine Abteilung für kulturelle Angelegenheiten in einer Behörde oder einer Institution.

⁵³ *BGHSt* 31, 264 (279) m. Anm. *Geerds*, *JR* 1983, 465; *BGHSt* 33, 336 (339) m. Anm. *Dölling*, *NStZ* 1987, 69; *BGHSt* 35, 128 (133) m. Anm. *Tenckhoff*, *JR* 1989, 33; *BGHSt* 47, 295 (304); *BGH NJW* 2004, 3569 (3571 f.).

⁵⁴ *BGH NStZ* 2000, 596 (599); *Kuhlen* (Fn. 49), § 331 Rn. 37; *Fischer* (Fn. 30), § 331 Rn. 11b.

⁵⁵ *Fuhrmann*, *GA* 1959, 97 (98); *Creifelds*, *GA* 1962, 33 (37); *Rudolphi/Stein* (Fn. 41), § 331 Rn. 20.

⁵⁶ *BGBI. I* 1997, S. 2039.

⁵⁷ Nach alter Gesetzesfassung war ein mindestens mittelbarer Vorteil für den Amtsträger erforderlich, z.B. Ersparung von Aufwendungen für ein Geschenk an den Dritten. Insbesondere solche mittelbaren Vorteile waren jedoch kaum nachweisbar. Nach neuer Gesetzesfassung ist insbesondere ein Rückgriff auf eine Strafbarkeit wegen mittelbarer Vorteile nicht möglich, wenn keine unmittelbare Strafbarkeit wegen Dritt Vorteilen gegeben ist, vgl. *Satzger*, *ZStW* 115 (2003), 469 (476).

⁵⁸ *Dölling*, Gutachten C 67 für den 61. Deutschen Juristentag; *König*, *JR* 1997, 397 (399).

⁵⁹ *Volk*, Sitzungsbericht zum 61. Deutschen Juristentag, Bd. 2/1, L 41.

⁶⁰ *LG Bonn StV* 2001, 292 (293 f.); *Dauster*, *NStZ* 1999, 63 (66); *Ostendorf*, *NJW* 1999, 615 (617).

des Kultursponsorings würde dies in den meisten Fällen zum Tatbestandsausschluss führen, nämlich immer dann, wenn das Sponsoring einer kulturellen Einrichtung als solcher zu Gute kommt und nicht einer einzelnen Privatperson. Ein anderer Ansatz stellt darauf ab, ob die Vorteilsannahme des Amtsträgers für den Dritten eigennützig geschah.⁶¹ Für das Kultursponsoring würde auch das in aller Regel bedeuten, dass altruistisches Sponsoring aus dem Tatbestand ausscheidet.

Ganz allgemein gegen eine teleologische Reduktion des Dritt Vorteils spricht aber, dass die dafür erforderliche Planwidrigkeit des zu weiten Wortlauts fehlt. Der Gesetzgeber hat den Begriff des Vorteils im KorrbekG bewusst übernommen und den Bezug des Vorteils auf Dritte absichtlich weit gehalten, um diesbezügliche Beweisschwierigkeiten zu vermeiden. Eine Beschränkung auf privatnützige Zuwendungen ist deshalb abzulehnen, weil unter Zugrundelegung des Rechtsguts des Vertrauensschutzes schon der Anschein der Käuflichkeit eine zu vermeidende Rechtsgutsverletzung darstellt. Die Entstehung eines solchen Anscheins aber wird nicht dadurch gehindert, dass die vom Amtsträger vereinnahmten Gegenleistungen für das staatliche Handeln dem Staat und nicht einem Privaten zufließen.⁶² Gegen eine Beschränkung auf eigennützige Zuwendungen spricht, dass Altruismus und Egoismus oft eng miteinander verknüpft und infolgedessen in der Praxis schwer nachweisbar zu unterscheiden sind und sich deshalb nicht als generelle Leitmaximen eignen.⁶³ Richtigerweise erfasst das Gesetz alle Dritt Vorteile. So wird dem Umstand Rechnung getragen, dass durch die Einbeziehung des Dritt Vorteils Beweisschwierigkeiten bezüglich mittelbarer Vorteile beseitigt werden sollten. Es widerspräche dem Sinn dieser Erweiterung, durch die Hintertür neue schwer beweisbare Anforderungen wie die Eigennützigkeit einzuführen.

b) Vertragsschluss als Vorteil

Es ist umstritten, ob bereits ein Vertragsschluss einen Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB darstellen kann. Nach der Rechtsprechung ist dies der Fall.⁶⁴ Andernfalls könnten die Bestechungstatbestände stets durch die Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses zwischen Amtsträger und Leistungsgewer ausgeschlossen werden. Da der Vorteilsbegriff voraussetzt, dass der Annehmende keinen Anspruch auf die Leistung hat, wäre durch vorherigen Vertragsschluss die Umgehung einer Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB möglich. Deshalb ist jeder finanziellen Gewinn bringende Vertragsschluss als Vorteil zu werten, der den Vorteilsnehmer im Vergleich zu vorher besser stellt.⁶⁵

c) Anwendung auf Kultursponsoring

Daraus ergibt sich, dass schon der Abschluss eines Sponsoringvertrags einen Vorteil darstellen kann. Der erforderliche finanzielle Gewinn aus dem Vertrag ist bei Spenden und mäzenatischem Sponsoring mangels Gegenleistung bzw. aufgrund nur sehr geringer Gegenleistung gegeben. Auch bei ausgeglichenen Sponsoringverträgen ist ein Vorteil schon mit Abschluss des Sponsoringvertrags anzunehmen.⁶⁶ Bezüglich Sponsoringverträgen, bei denen der Marktwert von Leistung und Gegenleistung sich in etwa entsprechen, verursachen nämlich die typischen Gegenleistungen der Gesponserten (Werbemaßnahmen, Überlassung von Bildrechten etc.) kaum oder gar keine Kosten für den Gesponserten.⁶⁷ Spätestens jedoch mit Durchführung des Sponsoringvertrags ist ein unmittelbarer Vorteil in Form von der vom Sponsor gewährten Geld-, Sach- oder Dienstleistung gegeben.⁶⁸

Im Beispielfall leistet das Unternehmen Schmidt nach dem Sponsoringvertrag 100.000 € an das Theater. Die Namensänderung in Variante a) verursacht kaum Kosten, so dass bereits der Vertragsschluss einen Vorteil im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB darstellt. Die Danksagung auf den Plakaten sowie eigene Werbung durch das Museum verursachen keine zusätzlichen Kosten für das Theater/die Stadt. Insofern stellt auch in diesen Fällen bereits der Vertragsschluss einen Vorteil dar.

5. Tathandlung

Als mögliche Tathandlungen muss der Amtsträger den Vorteil fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Unter Fordern ist das einseitige ausdrückliche oder konkludente⁶⁹ Verlangen eines Vorteils für die Dienstausbübung zu verstehen.⁷⁰ Diese Tatalternative ist also gegeben, wenn der Amtsträger eine Förderung im kulturellen Bereich in Form des Sponsorings für die Dienstausbübung verlangt, ohne eine Genehmigung diesbezüglich zu haben oder einholen zu wollen. Der Amtsträger lässt sich einen Vorteil versprechen, wenn er ausdrücklich oder konkludent ein Angebot von noch zu erbringenden Vorteilen annimmt.⁷¹ Aufgrund der Zulässigkeit von Dritt Vorteilen reicht es aus, wenn der Amtsträger sich ein zukünftiges Sponsoring eines Dritten versprechen lässt. Ein Annehmen ist gegeben, wenn der Amtsträger den Vorteil tatsächlich entgegen nimmt mit dem zumindest nach außen erklärten Ziel, eigene Verfügungsgewalt darüber zu erlangen.⁷²

⁶⁶ Höltkemeier (Fn. 6), S. 105, *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (476).

⁶⁷ Höltkemeier, (Fn. 6) S. 105.

⁶⁸ *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (476).

⁶⁹ *Lackner/Kühl* (Fn. 49), § 331 Rn. 7; *Rudolphi/Stein* (Fn. 41), § 331 Rn. 25.

⁷⁰ BGHSt 10, 237 (241); *Kuhlen* (Fn. 49), § 331 Rn. 16; *Fischer* (Fn. 30), § 331 Rn 18; *Kargl*, ZStW 114 (2002), 763 (773).

⁷¹ RGSt 57, 28; *Kuhlen* (Fn. 49), § 331 Rn. 22; *Lackner/Kühl* (Fn. 49), § 331 Rn. 7; *Rudolphi/Stein* (Fn. 41), § 331 Rn. 25a.

⁷² Vgl. RGSt 58, 263 (266); BGHSt 14, 123 (127).

⁶¹ *Korte*, NSTZ 1997, 513 (515); *Wentzell*, Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332, 2004, S. 170.

⁶² *Heine* (Fn. 27), § 331 Rn. 20; OLG StV 2001, 288 (290); *Rudolphi/Stein* (Fn. 41), § 331 Rn. 23a; *Fischer* (Fn. 30), § 331 Rn. 14.

⁶³ Vgl. BGH NJW 2004, 3569 (3575).

⁶⁴ BGHSt 31, 264.

⁶⁵ Höltkemeier (Fn. 6), S. 104.

Das Unternehmen (bzw. dessen Geschäftsführer) bietet der Stadt (bzw. dem A) an, 100.000 € an das Theater zu zahlen. Insofern lässt A bei Abschluss des Sponsoringvertrags sich (bzw. dem Theater) die 100.000 € versprechen, bei erfolgter Zahlung hat er (für das Theater) den Vorteil angenommen.

6. „Für die Dienstausbübung“

Der Vorteil muss „für die Dienstausbübung“ gewährt werden.

a) Dienstausbübung

Eine Dienstausbübung ist jede Tätigkeit, die ein Amtsträger oder ein besonders Verpflichteter im öffentlichen Dienst zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben entfaltet.⁷³

Dabei ist es im Unterschied zu der alten Gesetzesfassung nicht mehr erforderlich, dass sich der Vorteil auf eine konkrete Diensthandlung bezieht.⁷⁴ Deshalb sind nunmehr auch solche Fälle erfasst, in denen durch Vorteilszuwendung das allgemeine Wohlwollen oder die Geneigtheit des Amtsträgers zur Vornahme irgendwelcher Diensthandlungen erkaufte werden soll.⁷⁵ Insbesondere ein „Anfüttern“, bei dem Zuwendungen als Anerkennung der Dienstausbübung folgen und die die Chance vergrößern sollen, später konkrete Diensthandlungen erkaufen zu können, sollte durch die Erweiterung erfasst werden.⁷⁶ Bei dieser Art der Klimapflege bedarf es keiner Konkretisierung im Sinne einer bestimmten Diensthandlung.⁷⁷ Außerdem ist es nicht notwendig, dass sich der Vorteil auf eine konkrete, dem Beamten durch Gesetz und Dienstvorschriften übertragene dienstliche Aufgabe bezieht.⁷⁸ Allerdings ist eine gewisse Einschränkung vorzunehmen, um eine Abgrenzung zu ermöglichen. Die Rechtsprechung lässt für eine Dienstausbübung ausreichen, dass die Handlung ihrer Natur nach mit dem Aufgabenbereich in einer nicht nur äußerlich losen Beziehung steht,⁷⁹ dass die Vornahme der

Handlung dem Amtsträger durch seine Amtsstellung erleichtert wird⁸⁰ oder dass sie zum Geschäftsbereich seiner Behörde gehört und die Bearbeitung solcher Angelegenheiten ihrer Art nach in seinen amtlichen Tätigkeitsbereich fällt.⁸¹ In der Literatur wird zur Abgrenzung herangezogen, ob die mit einem Vorteil honorierte Handlung des Amtsträgers in einer funktionellen Verbindung zu den ihm unmittelbar obliegenden Aufgaben steht. Die Handlung muss also ihrer Art nach zu dem übertragenen Amt gehören und der Amtsträger muss sie als eine zu dem Amt gehörende vornehmen.⁸² Auf die Zuständigkeit im Übrigen und auf die interne Geschäftsverteilung kommt es dann nicht mehr an.⁸³

Dabei ist insbesondere eine Abgrenzung zu solchen Privathandlungen nötig, die völlig außerhalb des Aufgabenbereichs des Amtsträgers liegen, da diese nicht unter die §§ 331 ff. StGB fallen.⁸⁴ Gleiches gilt für Handlungen, die einer Nebentätigkeit des Amtsträgers zuzuordnen sind.⁸⁵ Die Grenze zur Strafbarkeit ist jedoch dann überschritten, wenn die amtliche Stellung für die Vornahme der Handlung missbraucht wird.⁸⁶

Der Amtsträger A ist für die Verwaltung des Theaters zuständig, die Umbenennung bzw. die Danksagungen auf den Plakaten gehören zu diesem übertragenen Amt.

b) Beziehungsverhältnis Vorteil – Dienstausbübung

Fraglich ist, wie das Beziehungsverhältnis zwischen Vorteil und Dienstausbübung für eine Strafbarkeit ausgestaltet sein muss, also wann ein Vorteil „für“ die Dienstausbübung erfolgt.

aa) Auslegung des Wortes „für“ (die Dienstausbübung)

Nach grammatikalischer Auslegung gibt es zwei mögliche Verständnisse des „für“.⁸⁷ Es könnte im Sinne einer Zweckbestimmung gemeint sein, wie etwa in dem Satz: „Hier hast du zwei Euro für Süßigkeiten“. Nach diesem Verständnis wäre jede Zuwendung, die öffentlichen Einrichtungen zu Gute kommt, strafrechtlich relevant. Das „für“ könnte aber auch im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses (Synalagma) zu verstehen sein, etwa wie in dem Satz: „Hier hast

⁷³ Heine (Fn. 27), § 331 Rn. 8; BGHSt 35, 132 m. Anm. Tenckhoff, JR 1989, 33; Kuhlen, NStZ 1988, 433; BGH NStZ 1998, 194 m. Anm. Böse, JA 1998, 629 (630); BGH NStZ 2000, 596 (598); KG NJW 1998, 1877 (1878); Kuhlen (Fn. 49), § 331 Rn. 61; Lackner/Kühl (Fn. 49), § 331 Rn. 8; Rudolphi/Stein (Fn. 41), § 331 Rn. 10 u. krit. 10e.

⁷⁴ § 331 StGB a. F.: „[...] für eine Diensthandlung [...]“.

⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 13/8079, S. 34 f.; Dölling, Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, 1996, C 62 ff.

⁷⁶ Kuhlen (Fn. 49), § 331 Rn. 77; Fischer (Fn. 30), § 331 Rn. 24; a.A. König, JR 1997, 397 (399); ders., DRiZ 1996, 357 (360).

⁷⁷ BGH NJW 2004, 3569 (3575); BGH wistra 2000, 97; LG Wuppertal NJW 2003, 1405; Dölling, Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, 1996, C 62 ff.; Kuhlen (Fn. 49), § 331 Rn. 76; Lackner/Kühl (Fn. 49), § 331 Rn. 10a; Rudolphi/Stein (Fn. 41), § 331 Rn. 28a; Fischer (Fn. 30), § 331 Rn. 22.

⁷⁸ Wie noch nach RGSt 39, 136 (137); RGSt 56, 401 (402) gefordert.

⁷⁹ RGSt 68, 251 (255); BGHSt 14, 123 (125); KG NJW 1998, 1877 (1878).

⁸⁰ RG 1924, 401.

⁸¹ RGSt 77, 75.

⁸² Rudolphi/Stein (Fn. 41), § 331 Rn. 10.

⁸³ Heine (Fn. 27), § 331 Rn. 9; Lackner/Kühl (Fn. 49), § 331 Rn. 8; Kuhlen (Fn. 49), § 331 Rn. 62; Schmidt (Fn. 24), S. 67.

⁸⁴ BGHSt 18, 59 (61 f.); Kuhlen (Fn. 49), § 331 Rn. 65; Lackner/Kühl (Fn. 49), § 331 Rn. 9; Fischer (Fn. 30), § 331 Rn. 7; Dabei ist umstritten, ob sich der dienstliche Charakter einer Handlung daraus ergeben kann, dass sie erst durch die amtliche Stellung des Amtsträgers ermöglicht wird, (so Kuhlen [Fn. 49], § 331 Rn. 69) oder ob trotzdem eine nicht unter die §§ 331 ff. StGB fallende Privathandlung vorliegt (so Rudolphi/Stein [Fn. 41], § 331 Rn. 10e; Ebert, GA 1979, 361 [375]).

⁸⁵ So u.a. Fischer (Fn. 30), § 331 Rn. 7.

⁸⁶ Heine (Fn. 27), § 331 Rn. 10a; BGH NStZ 2000, 596 (599); OLG Köln NJW 2000, 3727 (3728).

⁸⁷ Höltkemeier (Fn. 6), S. 112.

du Süßigkeiten für dein gutes Benehmen“. Danach wären solche Zuwendungen strafrechtlich relevant, die dem Amtsträger dafür gewährt werden, dass er etwas leistet oder geleistet hat. Nach teleologischer Auslegung sind die Rechtsgüter der Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen und das Vertrauen der Bürger darauf nur dann in Gefahr, wenn die Zuwendung geeignet ist, den Amtsträger zu einer pflichtwidrigen Dienstaussübung zu bewegen. Diese Bereitschaft wird dadurch geweckt, dass der Amtsträger im Rahmen eines Tauschgeschäfts einen Vorteil verdienen kann.⁸⁸ Außerdem wurde in § 331 StGB a.F. noch gefordert, dass der Vorteil „als Gegenleistung“ gewährt wird, und der Gesetzgeber beabsichtigte insoweit keine Änderung.⁸⁹ Deshalb wird durch das „für“ ein Gegenseitigkeitsverhältnis gefordert. Bei der Benutzung des Wortes „für“ im Sinne einer Zweckbestimmung schwingt allerdings regelmäßig ein Gegenseitigkeitsverhältnis mit. So könnte im Beispiel die Hingabe der Süßigkeiten gerade aus dem Grund des guten Benehmens erfolgen.

bb) Anwendung des Gegenseitigkeitsverhältnisses auf Sponsoringverträge

Das Verhältnis zwischen Vorteil und Dienstaussübung ist bei den unterschiedlichen Formen der Förderung verschieden.

Im Beispielfall erhält das Unternehmen in der Variante a) als Gegenleistung eine Umbenennung des Theaters, in Variante b) die Danksagung auf den Plakaten.

Bei klassischen Sponsoringverträgen wird eine Gegenleistung festgelegt, z.B. Werberechte. In diesen Fällen ist die Gegenleistung der Grund für die Leistung des Sponsors. Dieses Gegenseitigkeitsverhältnis ist ein Verhältnis im Sinne „do ut des“, in welchem die Leistungen beider Parteien aufgrund der Leistung der jeweils anderen Partei erfolgen.⁹⁰ Zivilrechtlich gesehen handelt es sich dann um einen gegenseitigen Vertrag, etwa einen Kaufvertrag nach § 433 BGB oder einen Dienstvertrag nach § 611 BGB. Insofern müsste im jeweiligen Fall für das Vorliegen eines korruptionsrelevanten Gegenseitigkeitsverhältnisses nur noch untersucht werden, ob die Gegenleistung als Amtsausübung zu klassifizieren ist.

Das mäzenatische Sponsoring zeichnet sich dadurch aus, dass der Gesponserte nur eine geringe Gegenleistung erbringt, im Beispielfall die Danksagungen auf den Plakaten. Solch eine geringe Gegenleistung kann jedoch nicht zu der Annahme einer gemischten Schenkung führen. Solch eine isolierte Betrachtung der ausdrücklich vereinbarten „Vertrags-“ Leistungen kann zwar aufzeigen, in welchen Fällen schon alleine aus dem Vertrag heraus ein Gegenseitigkeitsverhältnis gegeben ist – auch wenn dann noch zu prüfen ist, ob Gegenstand dieses Gegenseitigkeitsverhältnisses seitens des Amtsträgers tatsächlich eine Dienstaussübung ist. In allen anderen Fällen aber, die mangels unmittelbar mit der Förderungsleistung verknüpften Vorteils aus dem Tatbestand fallen würden, bleibt unbeachtet, dass auch eine außervertragliche Gegenleistung ein Gegenseitigkeitsverhältnis begründen

⁸⁸ Höltkemeier (Fn. 6), S. 113.

⁸⁹ BT-Drs. 13/8079, S. 15.

⁹⁰ Satzger, ZStW 115 (2003), 469 (482).

kann. Gerade solche außervertraglichen Gegenleistungen, wie etwa die Geneigtheit zu Gunsten des Sponsors in künftigen Entscheidungen, stellen häufig korruptionsrelevante Dienstaussübungen dar. Hinzu kommt, dass konkludent vereinbarte Leistungen bei isolierter Betrachtung unter Umständen nicht berücksichtigt werden. Mithin ist eine Differenzierung bezüglich des Gegenseitigkeitsverhältnisses allein nach dem eigentlichen Sponsoringvertrag nicht möglich. Vielmehr sind auch außervertragliche Leistungen und Hoffnungen zu berücksichtigen. Es darf keinen Unterschied machen, ob direkt durch den Vertrag eine Gegenleistung begründet wird oder ob diese indirekt durch planmäßig mittels Sponsoring hervorgerufene Geneigtheit des Gesponserten zum Sponsor erfolgt. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob dem Sponsoring eine Unrechtsvereinbarung zu Grunde liegt.

cc) „Unrechtsvereinbarung“

Eine Unrechtsvereinbarung ist immer dann gegeben, wenn die Vertragspartner sich – wenn auch nur stillschweigend – einig sind (= Vereinbarung⁹¹), dass an das Engagement des Sponsors sachwidrig (= Unrecht) eine Dienstaussübung des Amtsträgers gekoppelt wird. Nach § 331 StGB a.F. bestand die Unrechtsvereinbarung darin, dass eine konkrete Dienstaussübung sachwidrig mit der Zuwendung des Sponsors verknüpft wurde. Insofern spricht man bei der neuen Gesetzesfassung von einer gelockerten Unrechtsvereinbarung.⁹² Das Merkmal der Unrechtsvereinbarung sollte auch ausdrücklich beibehalten werden.⁹³

(1) Sachwidrigkeit der Koppelung von Vorteil und Amtsausübung als Tatbestandsreduktion

Bei einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO, bei der z.B. aufgrund der Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung oder an die Staatskasse (= Vorteil) unter Umständen das Verfahren eingestellt wird (= Amtsausübung) gem. § 153a Abs.1 S. 2 Nr. 2 StPO, nutzt der Staat ein solches Gegenseitigkeitsverhältnis.⁹⁴ Wenn eine solche Verknüpfung von Vorteil und Amtsausübung sogar vom Gesetz vorgesehen ist und vom Staat tagtäglich vollzogen wird, so erscheint eine derartige sachgemäße Koppelung von

⁹¹ Allgemein ein „einig sein“ im Sinne der Unrechtsvereinbarung ist immer dann gegeben, wenn eine Tathandlung i.S.d. § 331 StGB vorliegt. Durch die Unrechtsvereinbarung kommt lediglich hinzu, dass der entsprechende Wille des Sponsors bzw. des Gesponserten auch auf die Sachwidrigkeit der Koppelung gerichtet ist.

⁹² König, JR 1997, 397 (398); Wolters, JuS 1998, 1100 (1105); Heine (Fn. 27), § 331 Rn. 24.

⁹³ BT-Drs. 13/8079, S. 15; zustimmend z.B. Kindhäuser/Goy, NStZ 2003, 291 (293); Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 1100.

⁹⁴ Rudolphi/Stein (Fn. 41), § 331 Rn. 29a; Cramer, wistra 1999, 414.

Vorteil und Amtsausübung nicht als strafwürdig.⁹⁵ Deshalb ist über den Wortlaut des § 331 StGB hinaus eine teleologische Reduktion des Tatbestandes⁹⁶ mittels eines negativen Tatbestandsmerkmals der Sachwidrigkeit vorzunehmen.

(2) *Sachwidrigkeit der Koppelung von Vorteil und Amtsausübung im Bereich des Kultursponsorings?*

Nicht alle gesetzlich nicht geregelten Zuwendungen an einen Amtsträger erfüllen das Merkmal der Sachwidrigkeit: Mit der Annahme des Vorteils ist noch nicht gesagt, dass der Amtsträger sich tatsächlich in einer späteren Entscheidung davon beeinflussen lässt. Zwar wird bereits die Gefahr der Beeinflussung einer zukünftigen Entscheidung des Amtsträgers vom Tatbestand erfasst, was eine sehr weite Vorverlagerung der Strafbarkeit bedeutet: Korruptionsdelikte sind abstrakte Gefährdungsdelikte.⁹⁷ Im Bereich des Kultursponsorings ist aber die Wahrscheinlichkeit einer tatsächlich sachwidrigen Koppelung von Vorteil und Dienstausübung so gering, dass das Verhalten nicht nur konkret ungefährlich ist, sondern es auch am viel beschworenen „bösen Schein“ mangelt und das kumulative Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB nicht tangiert wird.

(a) *Vergleich zur Drittmittelforschung*

Der BGH hat in seiner Entscheidung zur Drittmittelinwerbung klargestellt, dass es gem. § 25 HRG i.V.m. den jeweiligen landesrechtlichen Regelungen an einer Unrechtsvereinbarung fehlt, wenn Verträge über drittmittelfinanzierte Forschung geschlossen werden und dabei die jeweils geltenden Vorschriften, insbesondere diejenigen über Dokumentation, Offenlegung, Anzeige, Genehmigung oder sonstige Aufsichtsinstanzen, eingehalten wurden.⁹⁸ Auf diese Weise ergab sich für die Praxis eine größere Sicherheit, in welchen Fällen die Drittmittelinwerbung nach den §§ 331 ff. StGB strafbar ist. Die Lokalisierung des Problems bei der Unrechtsverein-

barung hat vielfach Zustimmung gefunden.⁹⁹ Nach dem Instrument der Unrechtsvereinbarung, das diese in das Vorliegen eines Gegenseitigkeitsverhältnisses und deren Sachwidrigkeit aufteilt, lässt sich die Entscheidung des BGH folgenderweise einordnen: Durch den Vertrag wird ein Gegenseitigkeitsverhältnis geschaffen. Bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften entfällt im Rahmen der Drittmittelforschung aber die Sachwidrigkeit der Koppelung von Vorteil und Dienstausübung (keine konkrete Gefahr).

Fraglich ist allerdings, ob sich dieser Ansatz direkt auf den Bereich des Kultursponsorings übertragen lässt. Eine Übertragbarkeit auf die Einwerbung von Partei- und Wahlkampfspenden hat der BGH jedenfalls abgelehnt.¹⁰⁰ Für eine Übertragbarkeit wäre erforderlich, dass eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Dadurch, dass im kulturellen Bereich das Einwerben von Mitteln nicht explizit durch Gesetz angeordnet wird, wie es aber im Hochschulbereich durch § 25 HRG der Fall ist, ist solch eine vergleichbare Interessenlage zu verneinen.¹⁰¹

(b) *Sozialadäquanz*

Die sachwidrige Koppelung von Vorteil und Dienstausübung ist auch in solchen Fällen nicht gegeben, in denen die Gewährung bzw. die Annahme von Zuwendungen sozialadäquat erscheint, weil dann keine Gefahr für die geschützten Rechtsgüter gegeben ist.¹⁰² Insofern ist der Tatbestand teleologisch auf einen Bereich zu reduzieren, in dem die wenigstens abstrakte Gefahr einer Beeinflussung der Amtsführung besteht.¹⁰³ Als Beispiele ließen sich kleine Werbegeschenke nennen oder kleine Geschenke, die aus Höflichkeit oder mit Rücksicht auf bestimmte soziale Regeln nicht zurückgewiesen werden können.¹⁰⁴ Dabei kann allein die Branchenüblichkeit eine solche Sozialadäquanz nicht begründen: Allein daraus, dass etwas üblicherweise gemacht wird, kann nicht dessen soziale Akzeptanz gefolgert werden. Vielmehr sind angesichts der Genehmigungsregelung des § 331 Abs. 3 StGB nur solche sozial üblichen Zuwendungen aufgrund Sozialadäquanz vom Tatbestand auszuschließen, die bei einem verständigen Betrachter nicht den Eindruck entstehen lassen, der Nehmer könne sich dem Geber wegen der Annahme der

⁹⁵ Näher dazu *Lüderssen*, Zusammenarbeit von Medizinprodukte-Industrie, Krankenhäusern und Ärzten – strafbare Kollusion oder Kooperation?, 1998, S. 53 ff.

⁹⁶ Vgl. z.B. BGHSt 47, 295 (309 ff.); *Ambos*, JZ 2003, 345 (350 f.); *Knauer/Kasper*, GA 2005, 385 (393 f.); *Kuhlen*, JR 2003, 231 (234); *Rönnau*, JuS 2003, 232 (236 f.); *Rudolphi/Stein* (Fn. 41), § 331 Rn. 29; *Schreiber/Rosenau*, GA 2005, 265 (271); vgl. aber *Mansdörfer*, wistra 2003, 211 (213): Rechtfertigungsgrund; *Cramer*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 947.

⁹⁷ So auch *Rüdiger* (Fn. 28), S. 72; *Loos* (Fn. 28), S. 884, 891; *Dölling*, JuS 1981, 570 (574 Fn. 76); Nach anderer Ansicht stellen die §§ 331 ff. StGB Verletzungsdelikte dar: *Baumann*, BB 1961, 1057 (1058); *Kargl*, ZStW 114 (2002), 763 (786); *ders.*, JZ 2005, 503 (510).

⁹⁸ BGHSt 47, 303; Anm. *Bernsmann*, StV 2003, 251; Anm. *Korte*, NStZ 2003, 157; Anm. *Tholl*, wistra 2003, 181; *Kindhäuser/Goy*, NStZ 2003, 291; *Kuhlen*, JR 2003, 231; *Mansdörfer*, wistra 2003, 211 (213); *Michalke*, NJW 2002, 3381; *Rönnau*, JuS 2003, 232.

⁹⁹ *Ambos*, JZ 2003, 345 (351 f.); *Kuhlen*, JR 2003, 231 (233 f.); unter Hinweis darauf, dass es sich um eine teleologische Reduktion handelt: *Rönnau*, JuS 2003, 232 (236 f.). Die Problematik von § 331 StGB n.F. liegt in dem zu weit gefassten Tatbestand. Eine Rechtfertigungslösung würde diese Problematik übergehen, vgl. *Köhler*, Die Reform der Bestechungsdelikte, 2005, S. 160.

¹⁰⁰ BGH NJW 2004, 3569 (3572 f.).

¹⁰¹ Auch kann § 25 HRG nicht generell als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden, vgl. *Köhler* (Fn. 99), S. 159; so aber vertreten von *Zieschang*, WissR 1999, 111 (116)

¹⁰² BGHSt 31, 264 (279); i.E. ebenso *Rudolphi/Stein* (Fn. 41), § 331 Rn. 23.

¹⁰³ *Bock*, JA 2008, 199 (201).

¹⁰⁴ *Eser*, in: Schünemann (Fn. 96), S. 199 (205); *Knauer/Kasper*, GA 2005, 385 (397); *Schreiber/Rosenau*, GA 2005, 265 (278); wohl enger: BGHSt 15, 287 (291).

Zuwendung verpflichtet fühlen.¹⁰⁵ Das bedeutet, dass durch das Institut der Sozialadäquanz letztlich nur Bagatellzuwendungen aus dem Tatbestand ausscheiden, es für höhere Zuwendungen aber nicht herangezogen werden kann.¹⁰⁶

Im Beispielfall liegt eine Sponsoringleistung in Höhe von 100.000 € vor. Diese Leistung ist so erheblich, dass der Tatbestand nicht aufgrund von Sozialadäquanz ausgeschlossen werden kann.

(c) Kultursponsoring

Gerade aus den Eigenheiten des Sponsorings im kulturellen Bereich ergibt sich aber, dass solche Zuwendungen keine auch nur abstrakte Gefahr für die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen und das Vertrauen der Bürger darauf bilden und deshalb die Vermutung der Sachwidrigkeit bezüglich der Verknüpfung von Vorteil und Dienstaussübung entfallen muss.

(aa) Steuerliche Absetzbarkeit von derartigen Zuwendungen

Gem. §§ 10b EStG, 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG, 9 Nr. 5 GewStG können Zuwendungen, die zur Verwirklichung von staatlichen, kulturellen oder karitativen usw. Zwecken bestimmt sind, steuerlich abgesetzt werden.¹⁰⁷ Insofern sind Zuwendungen zu kulturellen Zwecken gerade vom Staat erwünscht, so dass eine generelle Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB unabhängig davon, ob die Verknüpfung zwischen Vorteil und Dienstaussübung tatsächlich sachwidrig ist, dieser gesetzlichen Wertung¹⁰⁸ entgegen stünde.

(bb) Ziele des Sponsors

Auch ist es fraglich, ob das Unterstellen einer sachwidrigen Verknüpfung von Vorteil und Dienstaussübung mit den vom Kultursponsor verfolgten Zielen vereinbar ist. Dabei ist nach der Organisationsform des Sponsors zu unterscheiden, also danach, ob als Förderer eine natürliche Person oder eine juristische Person als Unternehmensträger auftritt.

(a) Sponsor ist natürliche Person

Tritt eine natürliche Person als Förderer auf, so stehen in der Regel altruistische Motive im Vordergrund. Eindeutig ist dies bei anonymen Spendern: Dem Spender geht es nicht darum, in der Eigenschaft als Spender soziale Anerkennung zu erlangen. Vielmehr geht es ihm völlig uneigennützig darum, den gesponserten Künstler, die gesponserte Veranstaltung oder die gesponserte Einrichtung zu fördern. Da aber bei anonymen Spenden der Sponsor nicht als solcher gegenüber dem Amtsträger in Erscheinung tritt, kommt hier ohnehin keine Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB in Betracht. Bei einer Spende bzw. einem Sponsoring mit Namensnennung wird es dem Privaten neben altruistischen Motiven hauptsächlich um soziale Anerkennung gehen – sei es in seinem sozialen Umfeld oder aber eben auch gegenüber dem entsprechenden Amtsträger. Handelt der Sponsor nur, um allgemein soziale Anerkennung zu erreichen, dann ist ein solches sozial gewünschtes Handeln zwecks Anerkennung durch die Gesellschaft nicht geeignet, die Sachwidrigkeit der Verknüpfung von Vorteil und Amtsausübung zu begründen. Allerdings lässt sich die Möglichkeit, dass der Sponsor auch auf eine Anerkennung seitens des Amtsträgers und dessen Geneigtheit hofft, nie ausschließen. Eine dahingehende Subjektivierung der sachwidrigen Koppelung von Vorteil und Amtsausübung ist aufgrund Unpraktikabilität abzulehnen. Insofern kann allein anhand der Motivationslage eine konkrete Gefährlichkeit des privaten Kultursponsorings nicht ausgeschlossen werden.

Der Privatsponsor Schmidt in Fallvariante d) könnte aus altruistischen Motiven heraus gehandelt haben und/oder mit dem Ziel der sozialen Anerkennung. Dies kann die Anerkennung durch den Amtsträger A beinhalten.

(β) Sponsor ist juristische Person als Unternehmensträger

Anders sieht die Motivationslage aus, wenn eine juristische Person als Unternehmensträger sponsert. Ein Unternehmen bzw. dessen Mitarbeiter darf gem. § 266 StGB die Gelder seiner Investoren nicht veruntreuen, sondern muss wirtschaftlich handeln. Damit der Vorstand sich nicht wegen eines Begleitdelikts wie Untreue etc. strafbar macht, muss der Marketingeffekt den Sponsoringaufwand finanziell aufwiegen – insofern wird das Unternehmen immer daran interessiert sein, sein Handeln publik zu machen. Ein altruistisches Handeln i.e.S. ist damit ausgeschlossen. Vielmehr stehen als Ziele eines sponsernden Unternehmens Absatzförderung und Produktionssteigerung, gerichtet auf Gewinnmaximierung, im Vordergrund.¹⁰⁹ Die Absatzförderung erfolgt durch Marketing. Mittels Reflektion von Eigenschaften des Sponsoringobjekts auf den Sponsor wird eine solche Werbung erzielt.¹¹⁰ Sponsert eine juristische Person als Unternehmensträger z.B. extravagante Ausstellungen oder klassische Konzerte, so ist die Hoffnung des Unternehmens, dass die Besucher dieser gesponserten Veranstaltungen ab ihrem Besuch etwa Eigenschaften wie Schönheit, Kreativität etc. mit dem

¹⁰⁵ OLG Frankfurt NJW 1990, 2075; ähnlich *Schwieger*, Der Vorteilsbegriff in den Bestechungsdelikten des StGB, 1996, S. 120 ff.

¹⁰⁶ *Korte*, NStZ 1997, 513 (515); *Lüderssen*, JZ 1997, 112 (116); *Dölling*, Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, 1996, C 70 f.

¹⁰⁷ *Cramer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 331 Rn. 53b: *Cramer* zieht daraus den Schluss, dass solche Zuwendungen keine rechtswidrigen Vorteile darstellen können und wendet deshalb einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund an, der dann heranzuziehen sei, wenn „überwiegende Interessen“ einer Vorteilsgewährung an Dritte der Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB entgegenstehen. Als dogmatischer Anknüpfungspunkt dient ihm dafür die Gestalt eines „übergesetzlichen Notstandes“. Aufgrund dessen, dass die Problematik des § 331 StGB in der Weite des Tatbestandes liegt, kann eine solche Lösung über die Rechtfertigung nicht überzeugen, weil die eigentliche Problematik des Tatbestandes übergangen würde.

¹⁰⁸ *Köhler* (Fn. 99), S. 150 spricht sogar von „der Akzeptanz des Instituts des Sponsorings in Politik und Verwaltung“.

¹⁰⁹ *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (471).

¹¹⁰ *Weiland*, NJW 1994, 227 (229).

Namen des Sponsoringunternehmens verbinden. Kaum ein Bereich ist so vielfältig wie die Kultur und eignet sich für die Vermittlung von derart verschiedenen Werten – schon allein im musikalischen Bereich reicht die Bandbreite von Opern über klassische Konzerte bis hin zu Rock-Festivals. Hinzu kommt, dass die Vermittlung von Werbebotschaften durch Berichterstattung der Massenmedien multipliziert wird.¹¹¹

Neben dieser Art des Imagegewinns soll das Engagement im kulturellen Bereich an sich zur Steigerung des Ansehens führen. Diese Form der Imagesteigerung ist aber nur dann möglich, wenn die Werbemaßnahmen nicht von dem Gesponserten im Sinne einer Gegenleistung erbracht werden müssen (klassischer Sponsoringvertrag), sondern von dem Unternehmen selbst erbracht werden (mäzenatisches Sponsoring) – sonst würde das Ziel konterkariert werden, durch das Engagement Sympathien zu erwerben und dadurch letztendlich Kunden zu werben.¹¹² Auch an dieser Stelle kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass es unter anderem darum geht, die Sympathie des Amtsträgers zu erreichen. Aufgrund der unpraktikablen Subjektivierung ist eine Abgrenzung anhand der Motivationslage generell auch hier abzulehnen.

Allerdings ist eine Gefährlichkeit für die Rechtsgüter zu verneinen, wenn ein solches Werben um Sympathien überhaupt nicht in Betracht kommt, wie bei klassischen Sponsoringverträgen: Dadurch, dass in diesem Fall die von dem Gesponserten geleisteten Werbemaßnahmen vom Marktwert her die Sponsoringleistungen des Sponsors aufwiegen, fehlt das Förderungsplus, das die Sympathie seitens des Amtsträgers hervorrufen könnte.¹¹³ Insofern ist die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen nicht gefährdet. Für den Bürger ist es jedoch immerhin nicht unbedingt ersichtlich, ob einem Sponsoring nun ein wirtschaftlich ausgeglichener Vertrag zu Grunde liegt oder nicht. Insofern bleibt bei fehlender Transparenz¹¹⁴ das Rechtsgut des Vertrauensschutzes so lange berührt, wie eine Strafbarkeit nicht für Sponsoringverträge generell ausgeschlossen werden kann.

Wird das Theater umbenannt, so kann der Marktwert des auf diese Weise erreichten Marketingeffekts an die Investition in Höhe von 100.000 € heranreichen. In solchen Fällen wird der dies wissende Amtsträger A nicht aufgrund des Sponsorings soziale Anerkennung bzw. Geneigtheit für das Unternehmen entwickeln.

In allen anderen Fällen ist es möglich, dass Amtsträger A von dem Engagement des Unternehmens beeindruckt ist und sich deshalb in zukünftigen Entscheidungen dadurch beeinflussen lässt.

¹¹¹ Weiland, NJW 1994, 227 (230).

¹¹² Höltkemeier (Fn. 6), S. 28.

¹¹³ Satzger, ZStW 115 (2003), 469 (482).

¹¹⁴ Mit der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstige Schenkungen) vom 7.7.2003 wurde ein zweijährlicher Bericht eingeführt, der geflossene Sponsoringleistungen offen legt. Diese Berichte sind abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de>.

(cc) *Geringere Nähe zu traditionellen staatlichen Aufgaben*

Jedenfalls aber schließt die fehlende oder jedenfalls geringere Nähe zu traditionellen staatlichen Aufgaben die Gefährlichkeit des Kultursponsorings aus.

(a) *Gewandeltes Staatsverständnis*

Zwar ist in den Fällen, in denen eine Korruptionsstrafbarkeit in Betracht kommen könnte, Träger der gesponserten Einrichtungen die öffentliche Hand. Allerdings geschieht dies im Rahmen eines gewandelten Staatsverständnisses – die Berührungsfläche mit dem traditionellen staatlichen Handeln ist so gering, dass mittels einer teleologischen Reduzierung eine Unrechtsvereinbarung abzulehnen ist.

Seitens des Staates äußert sich deutlich ein gewandeltes Staatsverständnis: In der Koalitionsvereinbarung der Bundesregierung vom November 2005 wird das Ziel einer innovativen, leistungsfähigen und effizienten Verwaltung formuliert.¹¹⁵ Dass dadurch die Verwaltung ein neues Leitbild erhält, wird in dem Regierungsprogramm „Zukunftsorientierte Verwaltung durch Innovationen“ 2009 deutlich, nach welchem die Anpassung von Organisationen an neue Herausforderungen als eine Frage der Verwaltungskultur eingeordnet wird. Für die über Jahrzehnte gewachsene, traditionell inputorientierte und regelgesteuerte deutsche Verwaltung stelle der Übergang zur stärker prozess- und ergebnisorientierten Verwaltungssteuerung einen tiefgreifenden Wandel dar.¹¹⁶ Dabei sei die Reform der Bundesverwaltung auf eine Stärkung genereller Grundsätze wie Rechtsstaatlichkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung gerichtet.¹¹⁷

Zudem ist anerkannt, dass eine eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand so lange möglich ist, wie keine (Grund-) Rechte Dritter betroffen sind¹¹⁸ und auch gegen keine sonstigen Vorschriften verstoßen wird. Das Abschließen von Sponsoringverträgen fällt in diesen Bereich und nicht in die Leistungsverwaltung.¹¹⁹ Die Einnahmen aus einem Sponsoringvertrag fließen nicht in die Staatskasse¹²⁰, sondern kommen zumindest mittelbar der jeweiligen öffentlichen Aufgabe zu Gute.¹²¹ In der Regel wird ein Sponsoringvertrag bei Gelegenheit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben geschlossen,¹²² so dass dieser Abschluss als Annexitätigkeit zur öffentlichen Aufgabe anzusehen ist.¹²³ So heißt es beispielsweise in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur

¹¹⁵ S. 5 des Regierungsprogramms „Zukunftsorientierte Verwaltung durch Innovationen“ 2009, abrufbar unter <http://www.verwaltung-innovativ.de>.

¹¹⁶ S. 10 des Regierungsprogramms „Zukunftsorientierte Verwaltung durch Innovationen“ (Fn. 115).

¹¹⁷ S. 8 des Regierungsprogramms „Zukunftsorientierte Verwaltung durch Innovationen“ (Fn. 115).

¹¹⁸ Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 276 f.

¹¹⁹ Das Sponsoring ist durch den Charakter der Förderung jedenfalls keine Eingriffsverwaltung.

¹²⁰ Allenfalls mittelbar, indem sie Ausgaben ersparen.

¹²¹ Höltkemeier (Fn. 6), S. 45.

¹²² Höltkemeier (Fn. 6), S. 45.

¹²³ Höltkemeier (Fn. 6), S. 45; Stober (Fn. 118), S. 276 f.

Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstige Zuwendungen) vom 30.4.2003,¹²⁴ dass Sponsoring in geeigneten Fällen unterstützend zur Erreichung von Verwaltungszielen beitrage. Dessen Zulässigkeit ergibt sich aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, welches die Verwaltung zu ökonomisch vernünftigem, sparsamen Wirtschaften unter Ausnutzen ihres Wirtschaftspotentials verpflichtet.¹²⁵ Damit wird das Handeln der Verwaltung im Sinne eines Strebens nach Wirtschaftlichkeit immer mehr dem Handeln Privater auf dem freien Markt angeglichen. Das Abschließen von Sponsoringverträgen ermöglicht der öffentlichen Hand, ihre Aufgaben mit weniger Eigenkapital besser wahrzunehmen – dies ist gerade im Sinne der durch das Regierungsprogramm (s.o.) angeordneten ergebnisorientierten und effizienten Verwaltung.

Auch aus Sicht des Bürgers hat sich das Staatsverständnis geändert. Instrumente wie Public Private Partnerships werden von den Bürgern akzeptiert und aufgrund der damit einhergehenden Wirtschaftlichkeit der Verwaltung befürwortet.

Amtsträger A ist angehalten, möglichst wenig Geld der Stadt in das Theater zu investieren und trotzdem für das Theater eine möglichst umfangreiche Unterstützung zu erzielen.

(β) Gefahr für Grundrechte

Zwar stellt die Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 Var. 1 GG dem Staat als objektive Wertentscheidung die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu fördern.¹²⁶ Doch ginge dem Künstler durch das Verbot von Kultursponsoring gerade eine Möglichkeit der materiellen Unterstützung verloren, so dass ein solches Verbot der Kunstförderung, also dem eigentlichen Ziel des Staates, gerade entgegen liefe. Außerdem wird ein Sponsor einzig materiell unterstützend tätig und die eigentliche Aufgabenführung verbleibt in alleiniger Verantwortung bei dem gesponserten Verwaltungsträger.¹²⁷ Das Unternehmen hofft gerade auf die Übertragung des Images des Sponsoringobjekts auf das Unternehmen, nicht umgekehrt. Deshalb besteht i.d.R. keine Gefahr für die Kunstfreiheit des Gesponserten, vielmehr werden ihm ja gerade zusätzliche Mittel für die Ausübung seiner Kunst bereit gestellt.¹²⁸ Hinzu kommt, dass durch das Verbot von Kultursponsoring ein

kunstfreundliches Verhalten strafbar gestellt würde, obwohl Strafrecht eigentlich nur als ultima ratio einzugreifen hat.¹²⁹

(γ) Distanz zwischen Kultur und (Eingriffs- und Leistungs-) Verwaltung

Es gilt ferner zu beachten, dass im Bereich der Kultur der Sponsor kaum von einer Sympathie des jeweiligen Amtsträgers profitieren kann. Deutlich wird dies beim Vergleich mit anderen Sponsoringbereichen, beispielsweise dem Umweltsponsoring.¹³⁰ Hat ein Unternehmen ein Umweltprojekt gesponsert, so könnte es sein, dass dadurch eine Umweltkontrolle des Ordnungsamts aus Vertrauen auf die Umweltsensibilität des Unternehmens nachlässiger ausfällt oder aber eine Genehmigung ohne umfassende Prüfung bezüglich deren Umweltverträglichkeit erfolgt. Im Bereich der Kultur ist ein zusätzlicher dienstlicher Kontakt¹³¹ zwischen Sponsor und Amtsträger unwahrscheinlich, zumal im Sinne einer Genehmigung etc. Einzig denkbar erscheint die Bevorzugung bei Auftragserteilung, beispielsweise beim Kauf von Noten beim sponsernden Musikfachhandel. In diesem Fall handelt der Staat jedoch nicht als solcher, sondern im Bereich der Bedarfsverwaltung – insofern ist die Gefahr der Beeinträchtigung von Staatszielen mangels Staatsnähe bei einem solchen Kauf nicht gefährdet. Daran wird deutlich, dass der Begriff der Klimapflege polemisch ist und unberücksichtigt lässt, dass unter Umständen – wie im Bereich der Kultur – relevante Berührungspunkte zwischen Sponsor und Staat, bei denen sich eine Geneigtheit des Amtsträgers auswirken könnte, nicht gegeben sind.

Der Umstand, dass der Sponsor von der Geneigtheit des im Kulturbereich beschäftigten Amtsträgers nicht profitieren kann, wird dadurch verstärkt, dass der Staat Auftragsvergaben ab einem gewissen Finanzvolumen öffentlich ausschreiben und im Sinne der Effizienz das beste Angebot annehmen muss.¹³²

Das Unternehmen Schmidt wird mit dem Amtsträger A, der als Kulturdezernent der Stadt nicht befugt ist, behördliche Genehmigungen zu erteilen, dienstlich vermutlich nicht wieder in Kontakt treten (höchstens durch weiteres kulturelles Engagement des Unternehmens).

(δ) Natürliche Person als Sponsor

Erst recht gilt dies bei natürlichen Personen als Sponsoren: Im Unterschied zu juristischen Personen als Unternehmensträgern, die häufiger Genehmigungen einholen müssen, ist die Zahl der von natürlichen Personen einzuholenden Genehmigungen sehr gering. Insofern ließe sich für den Fall, dass der Sponsor eine natürliche Person ist, auch in weiteren Bereichen wie z.B. im Umweltbereich unter Umständen eine

¹²⁴ S. <http://www.bmi.bund.de> – Stand 3/2004; deutlich zurückhaltender schon in § 30 der Allgemeinen Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaates Bayern, GVBl. 2000, S. 873.

¹²⁵ BVerwGE 82, 29 (34); Zustimmung z.B. Gusy, JA 1995, 166 (169).

¹²⁶ BVerfGE 36, 321 (331).

¹²⁷ Meininger (Fn. 23), S. 134 ff.

¹²⁸ Nach Abs. 3 Nr. 8 der von der Innenministerkonferenz 2004 beschlossenen Rahmenregelung „Grundsätze für Sponsoring, Werbung, Spenden und mäzenatische Schenkungen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben“ ist Sponsoring „insbesondere zulässig für Zwecke der [...] Kultur [...], wenn jeder Einfluss auf Inhalte auszuschließen ist.“ Die Richtlinie des Bundes ist gemäß Nr. 6 der Korruptionsrichtlinie Schleswig-Holstein vom 16.4.2008 bis zur Erarbeitung einer landesrechtlichen Regelung auch auf Landesebene anwendbar.

¹²⁹ Vgl. zu dienstlichen Berührungspunkten im Umweltbereich LG Karlsruhe NStZ 2008, 407 vom 28.11.2007.

¹³⁰ Vgl. Paster/Sättele, NStZ 2008, 366 (371).

¹³¹ Zum Fehlen dienstlicher Berührungspunkte als Tatbestandsausschluss vgl. BGH StV 2007, 637.

¹³² Vgl. § 3 VOL/A.

Gefahr für die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen ausschließen.

(dd) Transparenz

Problematisch ist dennoch das Vertrauen der Bürger auf die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen. Zwar ist nach der hier vertretenen Ansicht im Bereich des Kultursponsorings einheitlich keine Gefahr für die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen gegeben, doch müsste dies auch im Bewusstsein der Bürger ankommen – insoweit wäre also Aufklärung notwendig. Die mangelnde Nähe zu traditionellen Staatsaufgaben, die zur Ungefährlichkeit des Kultursponsorings für die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen führt, ist nicht unbedingt für den Bürger offensichtlich. Die subjektive Komponente des Vertrauensbegriffs erfordert ein trennungsscharfes Abgrenzungskriterium. Bezüglich der Drittmittelforschung hat der BGH angenommen, dass eine Unrechtsvereinbarung immer dann nicht vorliegt, wenn in dem Hochschulbereich gesponsert wird und das Verfahren, insbesondere Dokumentation, Offenlegung, Anzeige, Genehmigung oder sonstige Aufsichtsinstanzen, eingehalten wurde.¹³³ Durch dieses Verfahren wird das Vertrauen der Bürger auf die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen bestmöglich gesichert. Gleiches muss erst recht für den Bereich des Kultursponsorings gelten, in dem für die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen überhaupt keine Gefahr besteht. Insofern ist bei Einhaltung des in den Verwaltungsvorschriften vorgeschriebenen Verfahrens das Rechtsgut des Vertrauens der Bürger in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen hinreichend geschützt.¹³⁴ Im Bereich des Kultursponsorings ist die Kopplung von Vorteil und Dienstaussübung also nicht sachwidrig, sofern das durch die Verwaltungsvorschriften vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde.

Es ist also beispielsweise erforderlich, dass die Leistung in Höhe von 100.000 € und die jeweiligen Gegenleistungen, die Umbenennung des Theaters bzw. die Danksagungen auf den Plakaten, in einem Sponsoringbericht veröffentlicht werden.

III. Ergebnis und Ausblick

Die §§ 331 ff. StGB als „Korruptions-“ Paragraphen schützen die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen und deren Erkennbarkeit nach außen. Dieses kumulative Rechtsgut ist beim Kultursponsoring, d.h. dem privaten, vor allem privatwirtschaftlichen Engagement für öffentliche kulturelle Einrichtungen, in aller Regel nicht berührt. Die abstrakten Gefährdungsdelikte der §§ 331 und 333 StGB sind dahingehend teleologisch restriktiv auszulegen, dass ein Vorteil im Rah-

men des Kultursponsorings nicht „für die Dienstaussübung“ gewährt wird, selbst wenn es sich um synallagmatische Beziehungen handelt. Dies beruht erstens auf der gesellschaftlichen Erwünschtheit kulturellen Engagements, zweitens auf heutiger Sozialadäquanz privat-öffentlich-rechtlicher Finanzierungs-Kooperationen, drittens darauf, dass die Zielsetzung des Sponsors i.d.R. unabhängig von kulturinkonnenen staatlichen Handlungen ist und auch sein muss, um die Marketing-Funktion zu erfüllen, schließlich darauf, dass staatlicher Kulturbetrieb deutliche Distanz zu traditioneller staatlicher Eingriffs- und Leistungsverwaltung aufweist. Erforderlich ist aber eine transparente Verfahrensgestaltung, damit auch insofern kein „böser Schein“ beim Bürger entsteht. Dann ist Kultursponsoring weder für den Sponsor (§ 333 StGB) noch für den Gesponserten (§ 331 StGB) strafbar. De lege ferenda ist es wünschenswert, dass entsprechend der Drittmittelforschung eine gesetzliche Regelung zum Einwerben von Mitteln auch im Bereich der Kultur explizit durch Gesetz eingeführt wird, so dass die zur Drittmittelforschung entwickelten Grundsätze aufgrund der dann vergleichbaren Interessenlage direkt übertragen werden könnten.

¹³³ BGHSt 47, 303.

¹³⁴ So werden z.B. in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstige Spenden) des BMI (2003) eine Offenlegung in dem zweijährlichen Bericht des BMI von Geld-, Sach- und Dienstleistungen sowie Buchung der Geldleistungen bei den entsprechenden Einnahmetiteln gefordert.

Häusliche Arbeit: Tipps zur praktischen Herangehensweise, zur Fehlervermeidung und Krisenbekämpfung

Von Prof. Dr. **Renate Schaub**, LL.M. (Univ. Bristol), Ruhr-Universität Bochum

Die häusliche Arbeit hat durch ihren hohen Stellenwert in der Schwerpunktbereichsprüfung große Bedeutung für das Gesamtergebnis der Ersten Prüfung. Obwohl Rahmenbedingungen und Formalien meist detailliert festgelegt sind, zeigen sich bei der praktischen Herangehensweise immer wieder Unsicherheiten. Der folgende Beitrag enthält Hinweise und Tipps, mit deren Hilfe organisatorische Fragen und etwaige Krisen leichter bewältigt sowie typische Fehler vermieden werden können.

I. Einleitung

Die häusliche Arbeit als Teil der universitären Schwerpunktbereichsprüfung (mancherorts auch als Studienarbeit, Schriftliche wissenschaftliche Arbeit, Schriftliche Arbeit, Wissenschaftliche Hausarbeit oder Hausarbeit bezeichnet) stellt nicht nur in inhaltlicher Hinsicht eine Herausforderung dar. Auch die engen zeitlichen Grenzen, der mit dem wesentlichen Anteil dieser Arbeit an der Gesamtnote der Schwerpunktbereichsprüfung verbundene Erfolgsdruck sowie die verlangte wissenschaftliche Arbeitsweise sind nicht einfach zu handhaben. Zu Formalien und Stil solcher Arbeiten existiert reichlich Literatur¹; sie soll durch die vorliegende Darstellung nicht vermehrt, sondern vielmehr um einige seltener behandelte Aspekte ergänzt werden: Neben Hinweisen zur praktischen Herangehensweise beim Erstellen der Arbeit sollen typische Fehlerquellen dargestellt werden – um letztlich die Vermeidung solcher Fehler zu ermöglichen – und schließlich Tipps zur Bekämpfung mancher, bei derartigen Arbeiten häufiger vorkommenden Krisen gegeben werden. Da eine abschließende und für alle Bearbeitenden gleichermaßen gültige Darstellung möglicher Ursachen von Krisen und Fehlern nicht möglich ist, sollen hier einige typische Probleme angesprochen werden, die der Verfasserin bei Betreuung und Korrektur von Seminararbeiten und häuslichen Arbeiten wiederholt begegnet sind. Vor allem die Auswahl denkbarer Probleme sowie die vorgeschlagenen Lösungsschritte sind daher rein subjektiv, gleichwohl praktisch erprobt. Ziel des Beitrags ist es, bereits im Vorfeld der häus-

¹ Hier seien als repräsentative Auswahl nur folgende Werke genannt: *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 4. Aufl. 2008; *Tettinger/Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Aufl. 2009; *Schimmel/Weinert/Basak*, Juristische Themenarbeiten, 2007; *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 2. Aufl. 2009; *Köhler-Gehrig*, Diplom-, Seminar-, Bachelor- und Masterarbeiten in den Rechtswissenschaften, 2008; *Noltensmeier/Schuhr*, JA 2008, 576 ff.

Aus der Literatur für umfangreichere wissenschaftliche Arbeiten: *Brandt*, Rationeller schreiben lernen. Hilfestellung zur Anfertigung wissenschaftlicher (Abschluss-)Arbeiten, 2. Aufl. 2006, insb. S. 47 ff.; *Stein*, Die rechtswissenschaftliche Arbeit. Methodische Grundlegung und praktische Tipps, 2000, insb. S. 100 ff.

lichen Arbeit eine optimale Vorbereitung zu ermöglichen, um dann während der Bearbeitungsphase das bestmögliche Ergebnis und einen möglichst krisenfreien Ablauf zu erreichen.

Der Beitrag stellt zunächst die Vorbereitungsphase der häuslichen Arbeit dar, anschließend die Schritte bei der Bearbeitung selbst und gibt abschließend einige ergänzende Hinweise. Die während der Bearbeitungszeit möglicherweise auftretenden Probleme (deren Nichtbewältigung Krisen auslösen könnte) und Schritte zu ihrer Bekämpfung sind im Zusammenhang mit der jeweiligen Arbeitsphase, in der sie relevant werden können, eingerückt dargestellt. Es wird empfohlen, den Haupttext *rechtzeitig vor Beginn* der Bearbeitungszeit zu lesen und die individuell erforderlichen Konsequenzen daraus zu ziehen, den eingerückten Text hingegen *nur dann zu Rate* zu ziehen, wenn man während der Bearbeitung „feststeckt“².

II. Vorbereitungsphase

Da die Zeit für die häusliche Arbeit knapp bemessen ist, sollten alle themenunabhängigen Arbeitsschritte bereits in der Vorbereitungsphase durchgeführt werden. So kann man schon vor der Themenausgabe die Formalien klären, sich mit der wissenschaftlichen Arbeitsweise vertraut machen, Arbeitsmittel und Arbeitsplatz vorbereiten und die technischen Voraussetzungen der Arbeit sicherstellen. Das Zeitsparpotential einer sorgfältigen Vorbereitung ist groß, wenn man rechtzeitig damit beginnt: Je nach Vorerfahrung mit der Anfertigung wissenschaftlicher Arbeiten kann die Vorbereitungsphase mehrere Stunden, aber auch einige Tage in Anspruch nehmen.

1. Formalien klären

Dringend ist zu empfehlen, vorab die Formalien zu klären. Sind Form der Arbeit und Zitierweise vom Aufgabensteller oder durch einheitliche Regeln der Fakultät vorgegeben, sollte man sich vor Beginn der Bearbeitung damit vertraut machen und gegebenenfalls offene Fragen klären. Andernfalls sollte man sich mit den allgemeinen Zitierregeln beschäftigen³, schon vorab entscheiden, welche von mehreren möglichen Zitierweisen man wählt (das sollte diejenige sein, mit der man am besten und am schnellsten zurechtkommt)

² Ein „prophylaktisches“ Lesen der eingerückten Teile ist nicht sinnvoll, weil Probleme individuell verschieden sind und zudem meist nicht gehäuft auftreten, die Lektüre also eher entmutigen und damit einen falschen Eindruck von der bevorstehenden Aufgabe – die gerade mit den hier im Haupttext gegebenen Hinweisen durchaus zu bewältigen ist – vermitteln könnte.

³ Siehe insbesondere *Möllers* (Fn. 1), Rn. 434 ff.; *Tettinger/Mann* (Fn. 1), Rn. 326 ff. sowie 392 ff.; *Köhler/Gehrig* (Fn. 1), S. 58 ff.; *Putzke* (Fn. 1), S. 49 ff.; *Brandt* (Fn. 1), S. 93 ff.; *Noltensmeier/Schuhr* (Fn. 1), 576 (581 f.); ausführlich *Byrd/Lehmann*, Zitierfibel für Juristen, 2007.

und sich diese angewöhnen (z.B. indem man eine eigene kurze Übersicht mit Zitierregeln anfertigt, auf die man während der Bearbeitungszeit zurückgreifen kann – so lässt sich auch gleich überprüfen, ob man die Formalien wirklich verstanden hat)⁴. Auf diese Weise lassen sich Unsicherheiten beim Schreiben und vor allem eine mühsame Vereinheitlichung der Zitierweise in der Endphase der Arbeit vermeiden.

Weiterhin sollte man sich bereits jetzt über die Formalien informieren, die bei der Abgabe der Arbeit erforderlich sind: Ist sie an einer Stelle einzureichen, die zu einer bestimmten Tageszeit schließt, wird der Poststempel des letzten Tages der Bearbeitungsfrist benötigt (dann sind die Öffnungszeiten der erreichbaren Poststellen zu beachten, denn beim Einwurf in den Briefkasten vor der letzten Leerung kann man nicht sichergehen, immer den gewünschten Stempel zu erhalten) oder gibt es die Möglichkeit, die Arbeit bis Mitternacht in einen speziell dafür vorgesehenen Briefkasten einzuwerfen? Weiterhin ist zurückzurechnen, wo und innerhalb welcher Öffnungs- und Arbeitszeiten die Arbeit noch kopiert und ggf. (je nach Vorgaben von Prüfungsordnung bzw. Dozent) gebunden werden kann.

2. Mit der wissenschaftlichen Arbeitsweise vertraut machen

Ebenso sollte man sich bereits vor Beginn der Bearbeitungszeit mit der wissenschaftlichen Arbeitsweise vertraut machen⁵. Hierzu gehört auch der sichere Umgang mit der für das jeweilige Fach einschlägigen Literatur – vom Auffinden über Kommentare, Bibliothekskataloge und juristische Datenbanken bis hin zum Wissen, wo die wichtigsten Werke in der Bibliothek aufzufinden sind und welche Formalien und Fristen ggf. bei einer Fernleihe zu beachten sind. Es ist wichtig, sich mit Bibliothekskatalogen wie Datenbanken schon jetzt vertraut zu machen, den Umgang mit den Suchfunktionen zu üben und zu ermitteln, welche Werke in den zugänglichen Datenbanken abgerufen werden können. Auch eine (im Idealfall nur vertiefende) Beschäftigung mit juristischen Methoden und Argumentationsweisen sowie mit Stilfragen des juristischen Schreibens im Vorhinein ist sinnvoll. Dass man eine häusliche Arbeit erst anfertigen sollte, wenn man hinreichende Vorkenntnisse im betreffenden Rechtsgebiet hat, dürfte ohnehin selbstverständlich sein.

3. Vorbereitung von Arbeitsmitteln und Arbeitsplatz

Auch Arbeitsmittel und Arbeitsplatz sollte man rechtzeitig vorbereiten.

Hierzu gehört zunächst das Bereitstellen eines gut funktionierenden Ordnungssystems zur Systematisierung der recherchierten Literatur. Ob dieses aus Karteikarten, Excel-Tabellen, einem Literaturverwaltungsprogramm oder anderem besteht und ob man etwa ausschließlich nach Autoren-

namen, Urteilsdaten oder auch nach Unterbereichen des Themas sortiert, ist eine Frage der persönlichen Arbeitsweise – der Phantasie sind hier keine Grenzen gesetzt. Wichtig ist nur, dass schon jetzt ein einheitliches und lückenloses System zur Erfassung des Gelesenen gedanklich entwickelt und durch Anschaffung der entsprechenden Materialien vorbereitet wird⁶. Dieses System sollte es bei der Bearbeitung ermöglichen, jederzeit zu überblicken, ob eine bestimmte Quelle bereits verwendet wurde, damit nicht z.B. ein- und dasselbe Urteil in verschiedenen Zeitschriften gesucht – und dann womöglich an unterschiedlichen Stellen der Arbeit (im schlimmsten Fall sogar in derselben Fußnote mit dem Anschein, dass es sich um zwei verschiedenen Urteile handelt) aus verschiedenen Quellen zitiert wird. Das Verzeichnis der verwendeten Aufsätze und Bücher bildet gleichzeitig den Grundstock für das Literaturverzeichnis. Daher sollte von Anfang an überlegt werden, ob man mit einem zweifachen System arbeitet und in einem Verzeichnis *sämtliche* benutzte Literatur, in einem zweiten (über „copy and paste“) nur die beim Schreiben auch tatsächlich zitierte katalogisiert oder ob man zunächst nur ein Verzeichnis erstellt und aus diesem zum Schluss die nicht verwendeten Quellen herauslöscht. Beim zweifachen System muss etwas mehr Zeit in der zweiten Phase der Arbeit eingeplant, in der dritten Phase aber bei etwaigen Kürzungen unter Umständen trotzdem noch einmal das gesamte Verzeichnis überprüft werden. Das einfache System spart Zeit in der zweiten Phase, erfordert aber einen größeren Zeitpuffer in der dritten Phase⁷.

Zusätzlich sollte man ein Ordnungssystem anlegen (und auch dafür die erforderliche „Hardware“ beschaffen), in dem eigene Ideen zu jedem Zeitpunkt der Bearbeitungsphase so erfasst werden können, dass jederzeit (z.B. bei Erstellung der Gliederung, bei der Endredaktion, aber auch zwischendurch bei einem etwaigen Ideenmangel) auf sie zurückgegriffen werden kann. Auch und gerade dieses System kann nach individuellen Vorlieben gestaltet sein: vom Mini-Notizblock mit Einzelstichworten bis zur Excel-Tabelle mit zahlreichen Unterkategorien ist alles möglich. Wichtig ist, dass jederzeit ein zuverlässiger Zugriff auf sämtliche Ideen möglich ist, denn auch langes Suchen braucht Zeit, die später bei der Bearbeitung fehlen kann.

Weiterhin sollte man sich darüber klar werden, in welcher Umgebung und unter welchen äußeren Bedingungen man am besten arbeiten kann bzw. am liebsten arbeiten möchte, z.B. in der Bibliothek oder am heimischen Schreibtisch. Im ersten Fall sollte man – neben den Öffnungszeiten – klären, ob man für die Bearbeitungszeit einen bestimmten Arbeitsplatz zugewiesen bekommen kann, im zweiten Fall sollte man dafür sorgen, dass der Arbeitsplatz frei von anderer Arbeit und von möglichen Ablenkungen ist. Was auch immer man im Einzelnen zum Arbeiten braucht: Man sollte sich möglichst vor der Bearbeitungszeit darum kümmern (z.B. um einen Riesentapel Karteikarten, genügend Kaffee für etwaige nächtliche Arbeitsphasen oder eine Ersatzpatrone für den Drucker).

⁴ Für Abkürzungen ist das Standardwerk von *Kirchner* (Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl. 2008) maßgebend.

⁵ Übungsbeispiele finden sich bei *Möllers* (Fn. 1), Rn. 618 ff.; ansonsten ist hierfür die rechtzeitige Anfertigung einer Probeseminararbeit (dazu unten IV.) sehr hilfreich.

⁶ Zum rationellen Auswerten siehe z.B. *Möllers* (Fn. 1), Rn. 233 ff., 238 ff.; *Tettinger/Mann* (Fn. 1), Rn. 367 ff.

⁷ Zu den einzelnen Phasen der Bearbeitung s. unten III. 2. bis 4.

4. Technische Voraussetzungen sicherstellen

Schließlich empfiehlt es sich, die technischen Voraussetzungen vorab sicherzustellen. So sollte die Formatierung der Arbeit bereits im Voraus ausprobiert bzw. eine passende Formatvorlage im Rahmen des benutzten Textverarbeitungsprogramms erstellt werden⁸ und diese auch vorab auf ihre Funktionsfähigkeit (z.B. für das automatische Erstellen von Fußnoten oder eines Inhaltsverzeichnisses oder für textinterne Verweisungen) getestet werden. Dadurch kann wertvolle Zeit für die inhaltliche Arbeit am Thema gewonnen werden – die Bearbeitungszeit selbst ist zu kurz, um erst noch die Tücken von Textverarbeitungsprogramm und Formatvorlage zu entdecken und zu bekämpfen. Auch hier ist es wieder entscheidend, sich von vornherein auf eine bestimmte Arbeitsweise festzulegen: Manche bevorzugen die „perfekte“ Formatvorlage, andere einen möglichst formatierungsfreien Text, zu dem sie Formatierungen und Verzeichnisse am Schluss „von Hand“ erstellen (bei der letzten Variante ist in der Schlussphase der Arbeit mehr Zeit einzuplanen). Ebenso ist es Geschmackssache, ob man textinterne Verweisungen dem Textverarbeitungsprogramm überlässt oder am Schluss „von Hand“ ergänzt. Letzteres setzt eine leicht erkennbare Kennzeichnung bei der Texterstellung (z.B. durch farbige Markierungen oder durch mit Hilfe der Suchfunktion leicht auffindbare Zeichen wie ## oder ■■⁹) voraus. Deckblatt und vorgeschriebene Erklärungen im Zusammenhang mit der Arbeit sollten – soweit möglich – ebenfalls schon in der Vorbereitungsphase erstellt werden.

Weiterhin sollte man jetzt schon überlegen, wo und wie Sicherungskopien angelegt werden, um einem Datenverlust vorzubeugen. Dabei sollten möglichst unterschiedliche Speichermedien genutzt werden, die nicht alle an einem Ort lokalisiert sind, also nicht nur Laptop und USB-Stick, wenn sie zusammen aufbewahrt werden, sondern z.B. eigener PC und Netzlaufwerk (manche Universitäten sehen z.B. für ihre Studierenden ein gewisses Kontingent an Speicherplatz vor) oder auch zusätzlich ein Mailserver, an den man sich selbst regelmäßig E-Mails mit Sicherungskopien des Geschriebenen schickt.

III. Die Bearbeitung selbst

Der Ablauf der Bearbeitung selbst *nach der geschilderten Vorbereitung* lässt sich grob in drei Phasen einteilen: In einer ersten Phase wird das Thema erfasst, Literatur gesichtet und ausgewertet, es werden erste eigene Ideen entwickelt sowie eine vorläufige Gliederung erstellt. In der zweiten Phase

findet die „eigentliche“ Schreibarbeit statt (verbunden mit einem vertieften Eindringen in die Literatur und einem kontinuierlichen Weiterentwickeln der eigenen Ideen), die in der dritten Phase durch Ergänzung und Korrektur des Geschriebenen und die Fertigstellung in formaler Hinsicht abgerundet wird.

1. Vorbemerkung: Zeiteinteilung

Starre Regeln für die Zeiteinteilung lassen sich nicht festlegen, weil immer individuelle Besonderheiten von Themen und Bearbeitenden eine Rolle spielen. Die Erfahrung zeigt aber, dass bei vierwöchiger Bearbeitungszeit für Einarbeiten, Literatursuche und -auswertung, Entwicklung eigener Ideen sowie Erstellen der vorläufigen Gliederung ca. eine Woche zu veranschlagen ist. Das Schreiben des eigenen Textes wird i.d.R. ca. zwei Wochen in Anspruch nehmen, die Fertigstellung eine knappe Woche (hier sollte auf jeden Fall – auch bei sorgfältigster Vorbereitung – noch ein Zeitpuffer für „Unvorhergesehenes“ vorgesehen werden). Wie viele Stunden Arbeitszeit am Tag einzuplanen sind, lässt sich nicht allgemeingültig festlegen. Sicher ist aber, dass man sich während der Bearbeitungszeit in erster Linie auf die häusliche Arbeit konzentrieren und anderes zurückstellen sollte. Die häusliche Arbeit ist in diesen Wochen ein „Vollzeitjob“ mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen. Falls diese Aussicht auf den ersten Blick abschreckend erscheint, mag man sich damit trösten, dass es sich um eine Ausnahmesituation handelt, in der man mitunter ungeahnte Kräfte entwickeln kann, nicht zuletzt weil sie zeitlich begrenzt ist.

2. Erste Phase

Am Anfang der Bearbeitung stehen die Erfassung des Themas, die Literatursichtung und -auswertung, die Entwicklung erster eigener Ideen sowie die Erstellung einer vorläufigen Gliederung.

a) Erfassen des Themas

Zum Erfassen des Themas und für den ersten Einstieg empfiehlt es sich, zunächst mit einem Brainstorming zu beginnen¹⁰. Das von einschlägiger Literatur noch unbeeinflusste Hineindenken in das Thema aufgrund der vorhandenen Kenntnisse in dem jeweiligen Rechtsgebiet ermöglicht es, unbefangene eigene Ideen zu entwickeln und im dafür vorgesehenen Ordnungssystem festzuhalten. Man sollte an dieser Stelle noch nicht selektieren, sondern alle Ideen – auch wenn sie im Moment abwegig erscheinen mögen – notieren. Gerade solche Einfälle können die Grundlage späterer eigenständiger Ansätze sein, die sich bei zu früher Lektüre der einschlägigen Literatur möglicherweise nicht mehr herausbilden oder stärker in vorgefahrenen Bahnen verbleiben. Das Brainstorming sollte also unbedingt als Erstes durchgeführt (und nicht übersprungen!) werden. Alle anderen Arbeitsschritte dieser Phase können teilweise nebeneinander ablaufen oder sich überschneiden.

⁸ Nähere Hinweise hierzu z.B. bei *Krämer/Rohrlich*, Jura Professionell. Haus- und Examensarbeiten mit Word, 2005; *Putzke* (Fn. 1), S. 151 ff.

⁹ Empfehlenswert ist die Verwendung von doppelten oder mehrfachen Zeichen, um diese nicht aus dem Blick zu verlieren – schließlich weisen sie auf noch zu erledigende Arbeit hin. Bei der Suche sollte jedoch die einfache Version des Zeichens verwendet werden, um auch versehentlich nicht mehrfach markierte Stellen aufzufinden, siehe *Putzke* (Fn. 1), S.17.

¹⁰ Siehe zu diesem Aspekt auch *Stein* (Fn. 1), S. 102 ff.; *Tettinger/Mann* (Fn. 1), Rn. 357.

Problem 1: Mir fällt nichts zu meinem Thema ein.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Gehen Sie *nicht* zum nächsten Arbeitsschritt (Einlesen) über!!!

3. Schritt: Fragen Sie, warum Ihnen nichts einfällt: Verstehen Sie das Thema nicht (a) oder haben Sie nur den Eindruck, dazu nicht genug oder nicht genug Neues schreiben zu können (b)?

a) Sie verstehen das Thema nicht: Hier müssen Sie sich ehrlich weiter fragen, ob Sie in dem Rechtsgebiet, aus welchem Ihr Thema stammt, noch Nachholbedarf haben (aa) oder ob die Themenstellung als solche missverständlich ist (bb).

aa) Sie haben in dem Rechtsgebiet, aus welchem Ihr Thema stammt, noch Nachholbedarf: Diesen sollten Sie so schnell wie möglich zu decken versuchen, indem Sie sich einen Überblick über das Rechtsgebiet insgesamt verschaffen. Hierbei werden Sie zwar den Fokus auf Ihre Themenstellung selbst richten müssen, um nicht zu viel Zeit zu verlieren. Gleichwohl sollten Sie den Gesamtzusammenhang des Rechtsgebiets betrachten, um den Blick auf Ihr Thema nicht von vornherein zu sehr zu verengen: Gerade aus dem weiteren Kontext eines Themas lassen sich oft neue Ideen entwickeln.

bb) Die Themenstellung als solche ist missverständlich: In diesem Fall sollten Sie etwaige nach Ihrer Prüfungsordnung zulässige Erkenntnismöglichkeiten ausloten. Gibt es danach keine Möglichkeit zur Themenklärung, versuchen Sie vor allem durch Auslegung des Themas Klarheit zu gewinnen. Wichtige Faktoren können neben dem Wortlaut der Themenstellung der Obertitel des Seminars, die Themen anderer Arbeiten, möglicherweise auch der Zusammenhang mit Lehrveranstaltungen des Schwerpunktbereichs sein. Da es im Grunde nicht denkbar ist, dass zu einem gestellten Thema gar nichts geschrieben werden kann, wenn man Kenntnisse des zugrunde liegenden Rechtsgebiets hat (s. oben aa), müsste jetzt das Brainstorming zumindest zu gewissen Assoziationen mit dem Thema führen. Im schlimmsten Fall bleibt das Thema jedoch mehrdeutig (→ Problem 2).

b) Sie haben den Eindruck, zu Ihrem Thema nicht genug oder nichts Neues schreiben zu können: Versuchen Sie, sich klarzumachen, was Sie über Ihr Thema schon wissen und halten Sie dies fest. Überlegen Sie, welche Bedeutung Ihr Thema hat (z.B. für die Praxis, für die Rechtsdogmatik, für den Gesamtzusammenhang des jeweiligen Rechtsgebiets, evtl. auch des Seminars). Reflektieren Sie, was von dem gerade Niedergeschriebenen Ihnen besonders interessant erscheint und warum. Versuchen Sie, daraus erste Folgerungen abzuleiten. Dann können Sie getrost zum nächsten Arbeitsschritt übergehen.

Problem 2: Mein Thema ist mehrdeutig.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Versuchen Sie, sich Ihrem Thema durch Auslegung zu nähern¹¹. Wichtige Faktoren können auch hier der Wortlaut der Themenstellung, der Obertitel des Seminars und vor allem die Themen anderer Arbeiten innerhalb dieses Seminars sein. Falls nach Ihrer Prüfungsordnung eine Möglichkeit zur Themenklärung vorgesehen ist, nutzen Sie diese. Verbleiben immer noch Unklarheiten, kommt es darauf an, wie weit die denkbaren Verständnismöglichkeiten auseinander liegen. Liegen sie sehr weit auseinander, sollten Sie sich schon bald für die Ihnen am sinnvollsten erscheinende Interpretation Ihres Themas entscheiden und mit dieser weiterarbeiten. Andernfalls sollten Sie bei Literatursichtung und Ideensammlung noch die möglichen Optionen im Blick behalten, dann klärt sich das Problem möglicherweise „von selbst“.

Sofern Sie sich für eine von mehreren möglichen Interpretationen Ihres Themas entscheiden, ist es unerlässlich, dass Sie dieses Verständnis des Themas zu Beginn Ihrer schriftlichen Ausführungen klarstellen und Ihre Entscheidung dafür begründen.

b) Literatursichtung und -auswertung

Nach dem Erfassen des Themas sollte man sich zunächst anhand einiger ausgewählter Werke (z.B. unmittelbar einschlägige neuere Aufsätze oder Kommentierungen, zentrale Urteile, ggf. auch Monographien) näher in die Thematik einlesen, bevor man mit der umfassenden Materialsammlung beginnt. Gleichzeitig sollte schon bedacht werden, wie eine Gliederung der Arbeit aussehen könnte, um nicht zu viel und zu ziellos zu sammeln und zu lesen¹². Erst nach und nach sollte man tiefer in die Literatur eindringen, wobei es meist sinnvoll ist, sich von neueren Veröffentlichungen und Urteilen in zeitlicher Hinsicht „zurückzuarbeiten“. In der Regel ist es nicht sinnvoll, gleich zu Beginn eine allgemeine Datenbankrecherche zum Thema durchzuführen: Die Effizienz einer solchen Recherche hängt von der genauen Eingrenzung und Kombination der Suchbegriffe ab, die vielfach erst nach dem Einlesen möglich ist. Eine zu frühe, allgemeine Suche mit Hunderten von Treffern in juris kann sonst mehr frustrieren als nützen und durch den „Frustrationsfaktor“ auch noch für einige Zeit die Arbeitskraft beeinträchtigen.

Auf das Einlesen folgt das „eigentliche“ Sammeln¹³ und Erfassen¹⁴ des Stoffs. Recherchemethoden und Ordnungssystem sollten bereits vorab geklärt sein (s. oben II. 3.); trotzdem bleibt dieser Arbeitsschritt sehr aufwendig. Die benutzte

¹¹ Dazu z.B. *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 22 ff.

¹² Zum Sammeln, Sichten und Auswerten der einschlägigen Literatur siehe hier nur *Möllers* (Fn. 1), Rn. 150 ff.; *Tettinger/Mann* (Fn. 1), Rn. 358 ff.; *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 56 ff.

¹³ Dazu z.B. *Möllers* (Fn. 1), Rn. 150 ff.; *Stein* (Fn. 1), S. 106 ff.; *Brandt* (Fn. 1), S. 79 ff.; *Noltensmeier/Schuh* (Fn. 1), 576 (577 f.).

¹⁴ Zu Lesestrategien ausführlich *Boeglin*, Wissenschaftlich arbeiten Schritt für Schritt. Gelassen und effektiv studieren, 2007, S. 98 ff.

Literatur und Rechtsprechung sollten vom ersten Lesen an katalogisiert, Kopien und Exzerpte stets mit der vollständigen Fundstelle (und der benutzten Auflage des Werkes) versehen werden. Auch alle Urteile, Aufsätze etc., die nach erster Einsicht verworfen werden, sollten erfasst werden, um doppeltes Suchen oder späteres erneutes Lesen zu vermeiden. Diese auf den ersten Blick etwas mühselige Vorgehensweise kann später viel Zeit sparen. Weil die Aufstellung der verwendeten Aufsätze und Bücher gleichzeitig die Grundlage für das Literaturverzeichnis ist, sollte von Anfang an auf eine einheitliche Zitierweise geachtet werden. Es sollte auch stets aus der neuesten Auflage zitiert werden – wobei zu beachten ist, dass mehrere Bände eines Werkes möglicherweise in verschiedenen Auflagen aktuell sind. Denkbar ist es auch, dass die Bibliothek nicht immer über die aktuellste Auflage verfügt – sichere Quellen zur Ermittlung des Publikationsstandes sind z.B. ortsübergreifende Kataloge oder die Internetseiten der juristischen Fachverlage.

In diesem Stadium der Arbeit kann Verunsicherung vor allem dadurch eintreten, dass die Quellenlage bei den einzelnen Bearbeitenden ganz unterschiedlich ist. Das liegt in der Natur der Sache: Verschiedene Themen sind nur begrenzt vergleichbar. Der konkrete wissenschaftliche Bearbeitungsstand eines Themas wird jedoch i.d.R. bei der Korrektur berücksichtigt.

Problem 3: Zu meinem Thema gibt es zu viel Literatur.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Fragen Sie sich zunächst, ob es sich gemessen an der zur Verfügung stehenden Bearbeitungszeit tatsächlich um objektiv zu viel Literatur handelt (b) oder ob sich hinter diesem Gedanken das zu Beginn solcher Arbeiten übliche (gleichwohl nicht angenehme) Gefühl „Wie soll ich das nur schaffen?“ versteckt (a). Zum (mit sich selbst) ehrlichen Beantworten dieser Frage kann – neben einer Kalkulation auf der Basis des bisher Gelesenen und sonstiger Erfahrungen mit der eigenen Lesegeschwindigkeit und -menge – ausnahmsweise auch ein Vergleich mit anderen Bearbeitern sinnvoll sein.

a) Das Gefühl „Wie soll ich das nur schaffen?“ ist ein geradezu „klassisches“ Phänomen der häuslichen Arbeit und kann in allen Phasen auftreten. Das zu wissen, kann bereits helfen, damit etwas gelassener umzugehen: Es ist normal, sich diese Frage ab und zu während der Bearbeitung zu stellen, sie ist kein Anzeichen für persönliche Unfähigkeit oder eine außergewöhnliche Schwierigkeit des Themas. Helfen kann es, sich an festen Arbeitsschritten wie z.B. den hier vorgeschlagenen, aber auch am eigenen „Programm“ festzuhalten. Möglicherweise ist es auch sinnvoll, für kurze (und von vornherein festgesetzte) Zeit Abstand zu gewinnen (z.B. durch Sport), wenn man aus dem Gedankenkarussell sonst nicht mehr herauskommt.

b) Existiert tatsächlich „zu viel“ Literatur zum eigenen Thema, muss man sich in der Regel auf ausgewählte Werke beschränken. Hier kann es sinnvoll sein, die Thematik anhand einiger repräsentativer Werke (also

z.B. neuerer Monographien oder Aufsätze, aber auch größerer Kommentierungen) zu erschließen¹⁵ und nicht sämtliche ältere Rechtsprechung und Literatur aufzuarbeiten. Gibt es zu einem Thema etwa eine mittlerweile überholte Rechtsprechung, inzwischen aber eine neuere, allgemein anerkannte Entwicklungslinie, die in der Literatur ausführlich diskutiert wird, sollte man die frühere Rechtslage nur kurz ansprechen, aber nicht auch noch sämtliche Literatur dazu sichten – sofern Sie nicht zu der Überzeugung kommen, dass die frühere Auffassung die einzig richtige ist, dann müssen Sie natürlich genauer darauf eingehen.

Problem 4: Zu meinem Thema gibt es zu wenig Literatur.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Sichten Sie die Literatur vollständig und überprüfen Sie vor allem, ob Sie nicht einen wichtigen Aspekt Ihres Themas übersehen haben. Bleibt die Ausbeute dennoch vom Umfang her gering (was z.B. bei aktuellen Fragestellungen, die sich aus der Rechtsprechung oder im Zusammenhang mit Rechtsetzungsvorhaben entwickelt haben, denkbar ist), sollten Sie dies als Chance sehen, eigenständige Gedankengänge zum Thema zu entwickeln, z.B. durch Analyse der Rechtsprechung oder des Ablaufs eines Gesetzgebungsverfahrens. Das kann manchmal sogar leichter sein als wenn man aufgrund der Literaturfülle den Eindruck hat, zu der entscheidenden Frage sei schon „alles gesagt“.

Problem 5: Quellen, die im Zusammenhang mit meinem Thema stehen, sind vor Ort nicht verfügbar.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Fragen Sie für jede Quelle, ob es sich nach Titel und für Sie erreichbaren (möglicherweise über das Internet oder über Verweisungen in anderen Werken auffindbaren) Inhaltsangaben um eine für Ihr Thema zentrale Quelle handelt (a) oder um eine von mehreren (ansonsten verfügbaren) Quellen ähnlichen Inhalts (b).

a) Es handelt sich um eine für mein Thema zentrale Quelle: Hier kann das Gefühl, dass man ohne diese Quelle wichtige Aspekte des Themas übersieht bzw. „etwas versäumt“ die weitere Arbeit hemmen. Daher sollten Sie umgehend die Möglichkeiten klären, rechtzeitig während der Bearbeitungszeit an diese Literatur heranzukommen, z.B. über Fernleihe (was vor allem bei Aufsätzen in der Regel zeitnah möglich sein dürfte) oder durch eine gezielte Fahrt zu einer auswärtigen Bibliothek an einem Tag der Bearbeitungszeit. Bis dahin sollte die Literaturrecherche dann aber so weit gediehen sein, dass man alle am eigenen Standort nicht verfügbare Literatur erfasst hat und auf einmal sammeln kann.

b) Es handelt sich um eine von mehreren (ansonsten verfügbaren) Quellen ähnlichen Inhalts: Hier sollten Sie

¹⁵ Zu Auswahlkriterien siehe etwa Möllers (Fn. 1), Rn. 162.

abwägen, ob der Zeit- und Kostenaufwand der unter a) beschriebenen Vorgehensweisen im Verhältnis zum voraussichtlichen Erkenntnisgewinn durch die jeweilige Quelle steht. Das muss einzelfallbezogen entschieden werden, nicht zuletzt unter Berücksichtigung der Frage, ob das Thema eine möglichst vollständige Literatursichtung erfordert oder nicht.

c) Erste eigene Ideen entwickeln

Bereits in der ersten Bearbeitungsphase sollte die Entwicklung eigener Ideen einsetzen. Sie wird oft als besonders schwierig empfunden, und ein „Patentrezept“ dafür lässt sich auch nicht geben¹⁶. Hilfreich kann es sein, wie oben (III. 2. a) beschrieben zunächst unvoreingenommen über das Thema nachzudenken, sich seine praktische wie rechtsdogmatische Relevanz und ggf. seine Bedeutung für das Gesamthema des Seminars klarzumachen. Beim Brainstorming sollte also bereits die erste Grundlage für diesen Schritt gelegt (und im individuellen Ordnungssystem festgehalten) worden sein, die jetzt erweitert und ergänzt wird. Mitunter lassen sich auch durch abweichende Methoden neue Erkenntnisse gewinnen, etwa durch eine unvoreingenommene Analyse der Rechtsprechung bei eher „gesetzesfernen“ Themen oder durch konsequente Anwendung bestimmter Auslegungs- und Argumentationsmethoden, Vergleich mit verwandten Problemstellungen, kritisches Hinterfragen etablierter Ansichten etc. Ganz wichtig ist, dass man sämtliche Ideen – selbst wenn sie im Moment selbstverständlich oder abwegig erscheinen sollten – in einer Materialsammlung festhält, die am Ende der ersten Phase nochmals gesichtet, aber auch in der zweiten Phase fortgeschrieben und danach erneut durchgesehen wird.

d) Gliederungsentwurf erstellen

Schließlich sollte während der ersten Phase ein Gliederungsentwurf für die Arbeit erstellt werden. Auch hier gilt das zu Beginn dieses Abschnitts Gesagte: Die Arbeitsabschnitte können sich überschneiden, so dass man an der Gliederung i.d.R. bereits während der Literatursichtung und Ideenentwicklung arbeitet. Bei der Planung des Gesamtaufbaus der Arbeit ist zu berücksichtigen, dass ein wesentlicher Unterschied zu fallorientierten Hausarbeiten darin besteht, dass bei der häuslichen Arbeit eine eigenständige gedankliche Leistung erbracht werden soll, die über die „reine“ Rechtsanwendung hinausgeht. Die eigene Argumentation sollte einen angemessenen Raum einnehmen, also nicht erst beim „Ergebnis“ auf der letzten Seite ansetzen. Für die Grobgliederung finden sich Hinweise in allen Standardwerken zur Erstellung juristischer Arbeiten¹⁷, die Feinheiten hängen vom

jeweiligen Thema ab. Im Idealfall sollte sich aus der Gliederung bereits die geplante Gedankenabfolge der Arbeit ergeben. Beim Erstellen des Gliederungsentwurfs ist auch zu überlegen, ob das Thema präzise erfasst ist und ob gegebenenfalls – auch angesichts des vorgegebenen Umfangs der Arbeit – eine Themeneingrenzung oder -ausweitung sinnvoll ist. Sofern hinsichtlich des präzisen Themenumfangs Zweifel verbleiben, sollte die entscheidende Weichenstellung genau bedacht werden. In der Ausarbeitung selbst muss eine Eingrenzung oder Ausweitung des Themas begründet werden. Um sich Klarheit über die Grenzen des Themas zu verschaffen, sollte man daher bereits beim Erstellen der Gliederung versuchen, schriftlich Argumente zu formulieren, warum bestimmte Aspekte Teil der Darstellung werden sollen oder nicht. Wenn man sich hier zu Genauigkeit zwingt, erlangt man häufig Klarheit darüber, was noch zum Thema gehört und was nicht.

Das Erstellen der vorläufigen Gliederung hat entscheidende Bedeutung für den späteren Umfang der Arbeit und für die Zeiteinteilung. Bereits jetzt sollte festgelegt werden, in welchem Verhältnis die unterschiedlichen Teile des Textes zueinander stehen. Damit für die Entwicklung eigener Ideen genügend Raum bleibt, müssen Schwerpunkte gebildet werden. Als Faustregel lässt sich festhalten: Teilen, in denen eigenständige Gedankengänge und Argumentationen gefragt sind, sollte mehr Platz eingeräumt werden als stärker darstellenden Abschnitten. Aus dem geplanten Umfang der einzelnen Gliederungsabschnitte ergibt sich zugleich die Zeiteinteilung für die zweite Phase. So kann man es vermeiden, sich zu lange mit allgemeinen Überlegungen (die typischerweise am Beginn der Arbeit stehen) aufzuhalten und am Schluss der Bearbeitung bei den stärker eigenständigen Teilen unter Zeitdruck zu geraten.

Ist die Gliederung hinreichend konkret, kann sie möglicherweise auch als Grundlage für die weitere Ideensammlung sowie für Stichworte und Exzerpte beim weiteren Erschließen der Literatur dienen. Sie kann dann sukzessive mit eigenen Gedanken und Fundstellennachweisen zu Sachfragen „aufgefüllt“ werden (als Alternative oder zusätzlich zu getrennten Ordnungssystemen). Eine solche Vorgehensweise – die allerdings nicht bei allen Themen und Gliederungen funktioniert, sondern nur wenn die Vorstellung von Aufbau und Einzelfragen der Arbeit in diesem Stadium schon hinreichend konkret ist – kann späteren Schwierigkeiten beim Ausformulieren vorbeugen, weil bereits Textbausteine vorhanden sind.

3. Zweite Phase

Sind die Gliederung und der darauf beruhende Zeitplan fertig, beginnt die zweite Phase der Bearbeitung, in welcher der Text der Arbeit erstellt wird. Jetzt steht das Schreiben selbst im Mittelpunkt, auch wenn es immer noch mit einem vertieften Eindringen in die Literatur, der Weiterentwicklung der eigenen Ideen und entsprechenden Modifizierungen der Gliederung einhergeht.

er/Schuh (Fn. 1), 576 (580 f.); *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 7. Aufl. 2008, Rn. 483 ff.

¹⁶ Wertvolle methodische Hilfestellung findet sich aber z.B. bei *Möllers* (Fn. 1), Rn. 297 ff. und in der Typologie von Themenarbeiten bei *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 337 ff. Siehe weiterhin z.B. *Kohler/Gehrig* (Fn. 1), S. 67 ff.

¹⁷ Siehe z.B. *Möllers* (Fn. 1), Rn. 252 ff.; *Tettinger/Mann* (Fn. 1), Rn. 376 ff.; *Kohler/Gehrig* (Fn. 1), S. 52 ff.; *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 154 ff., 502 ff.; *Noltensmei-*

a) Organisatorische Hinweise

In organisatorischer Hinsicht ist noch Folgendes zu ergänzen:

Im Laufe des Schreibens dringt man typischerweise noch weiter in die Literatur ein und entwickelt neue Ideen. Daher sollte die vorläufige Gliederung immer wieder kritisch überprüft und ggf. modifiziert oder ergänzt werden. Zwischen Schreiben und fortschreitender Recherche muss ein sinnvolles Verhältnis gefunden werden: Wichtig ist, dass man während des Schreibens selbst im Schreibfluss bleibt, sich also nicht durch jeden neuen Fund ablenken lässt, sondern – nach einem entsprechenden Vermerk im Ordnungssystem – erst einmal weiter schreibt, wenn es irgend geht. Da es andererseits kaum möglich ist, einen ganzen Tag über konzentriert zu schreiben, sollten die Recherche- und Lesephasen zwischendurch als bewusste Abwechslung genutzt werden, um danach wieder mit neuer Energie an das Ausformulieren zu gehen.

In dieser Phase zeigt sich auch, wie wichtig es ist, über verlässliches „Handwerkszeug“ in Form übersichtlicher Ordnungssysteme für bereits Gelesenes und für die eigenen Ideen zu verfügen. Von vornherein sollte „von den Fundstellen her“ geschrieben werden, nicht „auswendig“ mit der Absicht, Zitate später einzufügen. Fundstellen sollten *nur* offen gelassen werden, wenn man sonst völlig aus dem Schreibfluss kommt (dann müssen solche Stellen ganz deutlich im Text markiert werden, s. oben II. 4.). Das spätere Einfügen – oder auch nur Überprüfen – von Belegen sollte die Ausnahme (z.B. im Sinne einer Ergänzung bereits vorhandener Zitate) und nicht die Regel sein. Jetzt zahlt es sich aus, wenn man die Zitierregeln so gut beherrscht, dass sich die verwendeten Quellen ohne langes Nachdenken einfügen lassen. Man sollte sich von Anfang an dazu zwingen, eine einheitliche Zitierweise durchzuhalten – auch wenn es den Schreibfluss zunächst zu hemmen scheint. Andernfalls muss beim Abschluss der Arbeit zu viel Zeit für die Anpassung der Formalien aufgewendet werden. Von der Phase der Literatursammlung her sollte bereits eine Aufstellung der verwendeten Quellen – als Grundlage für das spätere Literaturverzeichnis – vorhanden sein, die beim Schreiben laufend ergänzt wird.

Erwähnt sei noch eine Selbstverständlichkeit, die gleichwohl nicht immer beachtet wird: Alles, was zitiert wird, sollte vorher *genau gelesen* sein! Nicht immer werden Fundstellen in der Literatur korrekt wiedergegeben. Neben „typischen“ Fehlziten wie Zahlendrehern finden sich mitunter auch Quellen, die den Inhalt des Textes in Wirklichkeit nicht belegen. Übernähme man solche Zitate zunächst ungeprüft, könnte dies in einer späteren Phase der Arbeit (womöglich sogar ganz am Schluss) zu bösen Überraschungen führen (ganz zu schweigen von den Konsequenzen, wenn unüberprüfte Fehlzitate erst bei der Korrektur durch den Aufgabensteller auffallen).

Von allem Geschriebenen sollten Sicherungskopien angefertigt werden. Die Gefahr von „Datenklau“ ist erfahrungsgemäß geringer als die eines Datenverlustes. Auch Textteile, die nach dem Schreiben wieder verworfen werden, sollten gespeichert werden – man weiß nie, wann man doch noch einmal auf eine Idee zurückgreifen möchte. Wichtig ist, dass zur Kennzeichnung der Dateien ein übersichtliches System

verwendet wird, damit ohne Verwirrung oder gar Verwechslungen stets mit der aktuellen Version weitergearbeitet werden kann.

b) Schreibstil

In Bezug auf den Schreibstil, zu dem reichlich Literatur existiert¹⁸, seien nur einige Bemerkungen aus der Korrekturpraxis angebracht:

In der Einleitung sollte der Leser in Thema, Zielsetzung und Vorgehensweise eingeführt werden¹⁹. Die Ausführungen im Hauptteil der Arbeit²⁰ sollten schlüssig aufeinander aufbauen. Zur Kontrolle kann man sich z.B. fragen, *warum* man den folgenden Satz/Absatz anschließt. Wenn sich dies nicht begründen lässt, sind die Ausführungen möglicherweise nicht zielführend und damit überflüssig oder aber falsch platziert. Die Gliederungsüberschriften sollten sich im Text widerspiegeln. Im Schlussteil der Arbeit sollten die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst und eventuell weiterführende Folgerungen gezogen werden²¹.

Beim Schreiben sollte man – soweit es das Thema zulässt – immer zunächst vom Gesetz ausgehen und sich erst dann der Interpretation der einschlägigen Regelungen in Rechtsprechung und Literatur zuwenden. Häufig wird die gesetzliche Grundlage angesichts der Fülle von Sekundärliteratur übersehen mit der Folge, dass einfache Fragen problematisiert oder wichtige Aspekte nicht wahrgenommen werden oder gar für den bloßen Inhalt einer gesetzlichen Vorschrift Fußnoten mit Sekundärziten (also Zitaten aus Literatur bzw. Rechtsprechung, die sich mit dieser Regelung befassen) angeführt werden.

Verlangt wird in der häuslichen Arbeit das Schreiben im wissenschaftlichen Stil²². Zur Orientierung und ggf. auch zur eigenen Stilfindung (dies aber am besten *vor* Beginn der Bearbeitungsphase) können insbesondere Aufsätze in Fachzeitschriften hilfreich sein. Betont sei hier nur, dass wissenschaftlicher Stil nicht gleichzusetzen ist mit einer komplizierten oder gar unverständlichen Ausdrucksweise, mit langen Schachtelsätzen, Passivkonstruktionen oder einer Aneinanderreihung von Substantiven. Vielmehr zeichnet sich guter wissenschaftlicher Schreibstil dadurch aus, dass er auch Schwieriges verständlich erklärt²³. Dafür können – in Maßen

¹⁸ Siehe nur *Möllers* (Fn. 1), Rn. 268 ff.; *Tettinger/Mann* (Fn. 1), Rn. 386 ff.; *Stein* (Fn. 1), S. 111 ff.; *Brandt* (Fn. 1), S. 101 ff. Zur Behandlung rechtlicher Streitfragen insb. *Tettinger/Mann* (Fn. 1), Rn. 299 ff.

¹⁹ Ausführlich *Brandt* (Fn. 1), S. 59 ff.; *Möllers* (Fn. 1), Rn. 264 ff.; *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 157 ff.; *Kohler/Gehrig* (Fn. 1), S. 26 ff.

²⁰ Dazu insb. *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 213 ff.

²¹ Siehe *Möllers* (Fn. 1), Rn. 291 ff.; *Schimmel/Wienert/Basak* (Fn. 1), Rn. 317 ff.; *Kohler/Gehrig* (Fn. 1), S. 29.

²² Dazu z.B. *Möllers* (Fn. 1), Rn. 356 ff.; *Kohler/Gehrig* (Fn. 1), S. 91 ff.; *Noltensmeier/Schuhr* (Fn. 1), 576 (583 f.); *Schimmel* (Fn. 15), Rn. 324 ff.; *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 118 ff. Zur Vertiefung: *Walter*, *Kleine Stilkunde für Juristen*, 2. Aufl. 2009.

²³ Siehe z.B. *Möllers* (Fn. 1), Rn. 383 ff.

– auch Beispiele hilfreich sein, z.B. solche aus konkreten Fällen zum Thema. Manchmal (aber das ist stark themenabhängig) lässt sich ein Fall sogar als „Aufhänger“ verwenden, der die ganze Arbeit durchzieht und immer wieder aufgegriffen sowie am Schluss gelöst und bewertet wird. Zum wissenschaftlichen Stil gehört die neutrale Formulierung, es sollten also keine Subjektivismen verwendet werden (z.B. „Ich bin der Meinung, dass ...“). Es mag zwar zunächst einige Überwindung kosten, etwa zu formulieren „Der Ansicht von *Medicus* ist nicht zu folgen, weil ...“, aber die Aussage würde nicht wirklich entschärft, wenn man – unter Nichtbeachtung der Regel des neutralen Formulierens – etwa schriebe: „Ich möchte der Ansicht von *Medicus* nicht folgen, weil ...“. Auch bei neutralen Formulierungen ist den Lesern klar, dass es sich bei den Ausführungen, die keine Literatur oder Rechtsprechung zitieren, letztlich um die eigene Ansicht des Verfassers bzw. der Verfasserin handelt. Wenn im vorliegenden Aufsatz bei der Darstellung denkbarer Probleme und ihrer Lösungsschritte von gängigen Schreibkonventionen abgewichen wird, indem die Leser bzw. Leserinnen unmittelbar angesprochen werden und in einem Fall auch ein Subjektivismus verwendet wird, sind dies Ausnahmen, die dem besonderen didaktischen Charakter dieses speziellen Textes geschuldet sind, in der häuslichen Arbeit (die ja kein didaktischer Text ist) aber *nicht* übernommen werden dürfen!

Problem 6: Ich finde den Einstieg zum Ausformulieren nicht.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu bewahren. Schieben Sie die Problemlösung *nicht* auf, z.B. indem Sie zunächst noch mehr Literatur suchen, nochmals Ihr Textverarbeitungsprogramm überprüfen oder andere „Alibiarbeiten“ durchführen, sondern gehen Sie sofort zum 2. Schritt über.

2. Schritt: Überlegen Sie, ob Ihnen der Einstieg in Ihr Thema schwer fällt (a) oder das Schreiben insgesamt (b).
a) Ihnen fällt der Einstieg in Ihr Thema schwer: Das kann vor allem zwei Ursachen haben. Entweder sind Sie sich über Ihr Thema und/oder Ihren Gedankengang noch nicht richtig im Klaren (aa) oder Sie wollen alles besonders gut machen und verwerfen deshalb den Anfang immer wieder, weil er Ihnen noch nicht gut genug erscheint (bb).

aa) Sind Sie sich über Ihr Thema und/oder Ihren Gedankengang noch nicht richtig im Klaren, haben Sie damit, dass Sie sich dies eingestehen, schon den ersten wichtigen Schritt getan. Überlegen Sie nochmals, was – beim jetzigen Stand – das Ziel Ihrer Darstellung sein soll, worin die Bedeutung Ihres Themas liegt. Stellen Sie sich vor, Sie müssten dies einer juristisch vorgebildeten Person, die sich noch nicht mit Ihrem Thema befasst hat, erklären. Versuchen Sie, eine solche Erklärung zu formulieren, dann sollten Sie auch für sich selbst Klarheit bekommen, was Ihr Ziel ist oder erkennen, an welchen Stellen Sie mit einer erneuten Recherche „nachhaken“ müssen, bevor Sie mit dem Schreiben beginnen können.

bb) Sie wollen alles besonders gut machen: Dies ist ein klassischer Fall der Schreibhemmung, die häufig am An-

fang einer größeren Arbeit steht. Versuchen Sie zunächst, sich von allen Gedanken an den Prüfungscharakter der Arbeit und an die Person des Prüfers oder der Prüferin zu befreien und nur noch an Ihr Thema zu denken, das Sie einem wohlwollenden, juristisch vorgebildeten Dritten nahebringen wollen²⁴. Manchmal erleichtert das allein schon das Losschreiben. Ansonsten kann es z.B. helfen, nicht mit der Einleitung zu beginnen, sondern zunächst einen späteren Teil der Arbeit zu formulieren. Besonders geeignet sind Abschnitte, in denen Sie noch nicht gleich eigene Gedanken entwickeln, sondern zunächst etwas darstellen müssen, z.B. die bisherige Rechtslage oder einen Streitstand. Haben Sie erst einmal begonnen, fällt das Weiterschreiben leichter. Hilft auch dies nicht, versuchen Sie sich vorzustellen, dass Sie noch gar nicht den Text selbst schreiben, sondern nur einen ersten Entwurf²⁵ oder sogar nur Stichworte als Grundlage für einen späteren Text, oder erklären Sie einem fiktiven Zuhörer, worum es in Ihrer Arbeit gehen soll, nehmen Sie diese Erklärung auf einen Tonträger auf und tippen Sie diese anschließend als erste Textgrundlage nach Ihrem eigenen Diktat ab²⁶.

b) Ihnen fällt das Schreiben insgesamt schwer: Klären Sie zunächst, ob Ihnen klar ist, was von Ihnen in Bezug auf Aufbau der Arbeit und wissenschaftlichen Schreibstil verlangt wird. Zeigt sich hier Nachholbedarf, klären Sie zunächst – auch wenn das Zeit kostet – die Rahmenbedingungen. Fällt Ihnen dann immer noch der Einstieg schwer, handelt es sich auch in diesem Fall um eine Schreibhemmung, bei der Sie verfahren sollten wie gerade unter a) bb) dargestellt.

Problem 7: Ich habe neues Material gefunden, das meine Gliederung oder meine bisherigen Ideen durcheinander bringt oder umwirft.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten. (Die Verdoppelung ist *kein* Druckfehler, denn jetzt ist es besonders wichtig, nichts Unüberlegtes zu tun!)

3. Schritt: Versuchen Sie, etwas Abstand zu Ihrer „Entdeckung“ zu gewinnen, indem Sie bewusst etwas tun, das nichts mit Ihrer Arbeit zu tun hat, machen Sie z.B. einen Spaziergang oder gehen Sie mit Freunden Kaffee trinken. *Überspringen Sie diesen Schritt nicht!* Machen Sie erst weiter, wenn der erste Schreck überwunden ist.

4. Schritt: Sehen Sie sich jetzt das neue Material genau an: Manchmal trägt der erste Eindruck und das Ganze wirkt sich gar nicht so stark auf den Inhalt aus wie man zuerst dachte.

²⁴ Siehe z.B. *Esselborn-Krumbiegel*, Von der Idee zum Text. Eine Anleitung zum wissenschaftlichen Schreiben, 3. Aufl. 2008, S. 210 f.

²⁵ Siehe dazu das prägnante Beispiel bei *Stein* (Fn. 1), S. 117.

²⁶ Siehe z.B. *Esselborn-Krumbiegel* (Fn. 24), S. 208 f.

5. Schritt: Bleibt es bei Ihrem ursprünglichen Eindruck, müssen Sie überlegen, wie stark die Auswirkungen auf Ihr Konzept sind und welche Schritte jetzt mit Blick auf die verbleibende Zeit realistisch sind.

Haben Sie den Eindruck, dass Ihre bisherige Auffassung bzw. Darstellung eindeutig fehlerhaft ist, sollten Sie alles daran setzen, diese zu ändern. Trösten Sie sich damit, dass Sie den Fehler noch vor der Abgabe entdeckt haben und passen Sie Ihren Zeitplan der neuen Situation an.

Handelt es sich hingegen – wie viel häufiger – um eine andere Schwerpunktsetzung oder Nuance, die sich aus dem neuen Material ergibt, sollten Sie überlegen, ob sie einen „Umbau“ Ihrer Gesamtkonzeption wert ist. Sie ist es wert, wenn das neue Material Sie selbst so überzeugt hat, dass Sie eine Änderung für zwingend halten und eine solche in der verbleibenden Zeit realistisch ist. Sehen Sie eine Änderung nicht als dermaßen zwingend an (z.B. weil das neu Gefundene Sie nicht wirklich überzeugt oder weil die Abweichung nicht so groß ist wie sie zunächst erschien), überlegen Sie, wie Sie das neue Material in Ihre ursprüngliche Konzeption einbauen können. Denkbar ist es z.B., einen Abschnitt einzufügen, in dem Sie darstellen, welche abweichenden Konsequenzen sich aufgrund der anderen Auffassung ergeben würden und warum Sie dieser Auffassung nicht näher nachgehen. Auf jeden Fall sollten Sie deutlich machen, dass Sie das Material gesehen und seine Auswirkungen auf Ihr Thema bedacht haben.

Problem 8: Ich hinke meinem Zeitplan hinterher.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Versuchen Sie, die Ursache zu ermitteln: Ist die Verzögerung themenbedingt, z.B. weil sich in einem Teil mehr Probleme ergeben als sie zunächst annahmen (a) oder brauchen Sie zu allem länger als gedacht (b)?

a) Handelt es sich um eine themenbedingte Verzögerung, sollten Sie den Zeitplan der neuen Situation anpassen. Hier ist mit dem Erkennen der Ursache meist schon ein Teil der Arbeit erledigt. Zeit gewinnen können Sie vor allem durch Straffung der Bearbeitung darstellender Teile der Arbeit.

b) Brauchen Sie zu allem länger als gedacht (also nicht nur für die ersten Seiten – dass man für den Einstieg etwas länger braucht als für das weitere Schreiben ist normal), sollten Sie Ihre Arbeitsweise überdenken, wenn Sie nicht eine „ungleichgewichtige“ oder gar unfertige Arbeit abliefern wollen, bei der die Schlusserwägungen (die meist den eigenständigsten und damit einen besonders wichtigen Teil der Arbeit ausmachen) zu kurz kommen. Fragen Sie sich, ob Sie die bisher zur Verfügung stehende Zeit optimal genutzt haben oder ob es noch Verbesserungspotential (z.B. durch längere Arbeitszeiten – zur Erinnerung: die häusliche Arbeit ist zur Zeit Ihr „Vollzeitjob“ – oder Ausschalten von – selbst gemachten oder fremden – Ablenkungen) gibt. Hier sollten Sie im eigenen Interesse ganz ehrlich zu sich selbst sein. Finden Sie keine derartige Abhilfemöglichkeit, prüfen Sie, ob die

Zeitverzögerung daran liegt, dass Sie alles besonders gut machen wollen und deswegen so lange brauchen. In diesem Fall müssten Sie überlegen, wo Sie Ihre eigenen Ansprüche etwas zurückschrauben können – ob Sie z.B. erst einmal weiter schreiben, bevor Sie an jedem Satz immer wieder feilen²⁷ oder ob Sie weniger umfangreich zitieren können. Das gilt aber wirklich nur dann, wenn Sie keine anderen Ursachen für die Verzögerung gefunden haben.

c) Zitieren

Die meisten formalen Fehler passieren – trotz umfangreicher Literatur zum Thema (mit der man sich unbedingt vorher befassen sollte!)²⁸ – immer noch beim Zitieren. Hierzu einige ergänzende Hinweise aus der Korrekturpraxis:

Zunächst sollte man stets den Grundzweck des Zitierens im Blick behalten: Zitate dienen dazu, fremde Gedankengänge, die in den eigenen Text übernommen werden, als solche zu kennzeichnen. Fehlt eine solche Kennzeichnung, hat das urheberrechtliche Konsequenzen²⁹. Zugleich setzt man sich dem Vorwurf des Plagiats aus, der nach der Prüfungsordnung regelmäßig empfindliche Konsequenzen nach sich zieht. Schon deshalb sollte man von Anfang an mit dem Gelesenen sorgfältig umgehen, um auch nicht versehentlich eine Literaturstelle ohne Kennzeichnung zu übernehmen – denn ein „versehentliches“ oder „gutgläubiges“ Plagiat bleibt ein Plagiat!

Bei der Übernahme fremder Gedanken sollte das wörtliche Zitat (das im Text durch Anführungs- und Schlusszeichen zu kennzeichnen ist) die Ausnahme sein und in der Regel nur bei besonders markanten Formulierungen verwendet werden (mögliche Kontrollfrage: Ist die wörtliche Wiedergabe für meinen Text unerlässlich?). Alle anderen fremden Gedanken sollte man mit eigenen Worten ausdrücken – und so mit dem entsprechenden Beleg kennzeichnen, dass eindeutig zu erkennen ist, auf welchen Textabschnitt (also auch welchen Umfang des Abschnitts) sich das Zitat bezieht. Die eigene Formulierung sollte deutlich vom Originaltext abweichen, das Ersetzen einzelner Wörter durch Synonyme reicht hierfür i.d.R. nicht aus und kann zudem häufig zu missverständlichen Formulierungen führen, weil nicht alle „Synonyme“ bedeutungsgleich sind. Auch aus Rechtsprechung oder Literatur übernommene Beispiele müssen mit einem entsprechenden Zitat versehen werden; die Abwand-

²⁷ Gegen einen zu stark ausgeprägten Perfektionismus beim Ausformulieren empfehlen *Schimmel/Weinert/Basak* (Fn. 1), Rn. 41, es vorübergehend mit „Blindschreiben“ (Text und Hintergrund im gleichen Farbton) zu versuchen.

²⁸ S. oben Fn. 3.

²⁹ Bei Veröffentlichungen in der juristischen Literatur handelt es sich regelmäßig um nach § 2 I Nr. 1 UrhG geschützte und veröffentlichte Werke. Nach § 51 S. 1 UrhG ist die Vervielfältigung eines solchen Werkes (die auch im Abschreiben bestehen kann) zum Zweck des Zitats zulässig, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist (Konkretisierungen finden sich in § 51 S. 2 UrhG), nach § 63 I 1 UrhG ist jedoch in diesen Fällen stets die Quelle deutlich anzugeben.

lung eines fremden Beispiels kann man z.B. durch Formulierungen wie „Beispiel nach Müller, ... (Fundstelle)“ kennzeichnen.

Wichtig ist weiterhin, dass i.d.R. Primärquellen zu zitieren sind, also diejenigen Fundstellen, aus denen der verwendete Inhalt tatsächlich stammt, und nicht diejenigen Quellen, die bereits die Aussagen anderer Autoren wiedergeben. Liest man immer die Ursprungsfundstelle nach und zitiert diese, schaltet man zugleich verbreitete *Fehlerquellen* aus: Ein häufiger Fehler ist etwa die Nennung von Sekundärliteratur als Beleg für den Inhalt einer gesetzlichen Vorschrift. Hier ist aber die gesetzliche Regelung die – ausnahmsweise im Text, und nicht in der Fußnote – zu zitierende Quelle. Ebenso ist es falsch, bei der Darstellung mehrerer Meinungen zu einer Streitfrage für die unterschiedlichen Ansichten jeweils denselben Autor zu zitieren. Wenn dieser alle Meinungen referiert, handelt es sich bei seiner Darstellung bereits um die Sekundärquelle (ein Autor vertritt schließlich nicht mehrere Meinungen gleichzeitig – mitunter lässt er sogar seine eigene Ansicht offen); Primärquellen sind die Veröffentlichungen, in denen die jeweiligen Meinungen vertreten werden. Allenfalls bei für den Gesamtzusammenhang eher nebensächlichen Fragen, auf die es für die eigene Gedankenführung letztlich nicht ankommt, kann es zulässig sein, für eine Streitfrage auf eine Sekundärquelle zu verweisen, wenn diese den Meinungsstand vollständig wiedergibt (z.B. mit der Formulierung „Meinungsstand dargestellt bei Müller, ... [Fundstelle]). Auch vor einem weiteren Fehler ist man geschützt, wenn man stets auf die Primärquellen zurückgreift: Informationen aus dem Internet sind häufig keine Primärquellen und können zudem (vor allem wenn sie von frei zugänglichen Webseiten stammen) inhaltlich falsch sein – das ist die Konsequenz der allenfalls begrenzt kontrollierbaren Verbreitung nutzergenerierter Inhalte. Vor einer unkritischen und nicht überprüften Übernahme von Online-Inhalten kann daher nur nachdrücklich gewarnt werden. Dass man Texte aus dem Internet nicht einfach über „copy and paste“ einfügt, sollte ohnehin nach den grundlegenden Zitiervorschriften selbstverständlich sein.

4. Dritte Phase

In der Phase der Endredaktion geht es darum, das Geschriebene zu ergänzen und zu korrigieren, den Text abzurunden und die Arbeit in formaler Hinsicht fertigzustellen (d.h. sie endgültig zu formatieren, Verzeichnisse zu erstellen, textinterne Verweisungen zu ergänzen etc.). In dieser Phase zahlt es sich besonders aus, wenn man etwaige „Zeitfresser“ bereits vorher ausgeschaltet hat, insbesondere durch eine von vornherein einheitlich gewählte Zitierweise, durch Schreiben „von den Fundstellen her“ (und nicht mit offen gelassenen oder noch zu überprüfenden Zitaten!) sowie durch das Erstellen einer individuell angepassten Formatvorlage. Trotzdem sollte man den Aufwand der Endphase nicht unterschätzen: Selbst bei optimaler Vorarbeit ergeben sich kurz vor Abschluss erfahrungsgemäß immer noch neue Fragen, die geklärt werden müssen, zudem ist ggf. der Umfang der Arbeit den Vorgaben anzupassen. Dazu kommt die endgültige Erstellung des Literaturverzeichnisses, die je nach vorangegangener Organisationstechnik (s. oben II. 3.) unterschiedlich

lange dauern kann, aber auf jeden Fall noch einmal Zeit beansprucht. Auch technische Tücken können immer wieder auftreten: Schon mancher Computer oder Drucker hat kurz vor der Abgabe seinen Dienst versagt – umso wichtiger, dass man rechtzeitig vorher (s. oben II. 4.) die spätesten Möglichkeiten zum Kopieren, Binden und Abgeben der Arbeit geklärt hat.

Schließlich erfordert auch das Korrekturlesen einschließlich der Überprüfung von Zitaten und Formalien einen nicht unerheblichen Zeitaufwand. Das Korrekturlesen sollte in mehreren Durchgängen erfolgen, bei denen jeweils auf einen anderen Aspekt – Inhalt (einschließlich sprachlicher Gestaltung), Formalien (Fußnoten, Literaturverzeichnis, Gliederung), Tippfehler, Formatierung – geachtet wird³⁰. Beim inhaltlichen und sprachlichen Überarbeiten des Textes sollte man vor allem darauf achten, dass die Zielsetzung von Anfang bis Ende der Arbeit als „roter Faden“ deutlich bleibt³¹, die Ausführungen schlüssig aufeinander aufbauen, sich nicht widersprechen und die Gliederungspunkte sich im Text widerspiegeln (s. oben III. 3. b). Eine hilfreiche Gegenkontrolle bietet das separate Lesen des Inhaltsverzeichnisses mit Blick auf Klarheit und Folgerichtigkeit³². In Bezug auf Formalien sollte man besonders streng mit sich selbst sein: Formale Fehler lassen sich leichter vermeiden als inhaltliche und die äußere Form bestimmt bei der Korrektur der Arbeit den ersten Eindruck! Beim Korrekturlesen auf Tippfehler sollte man sich bewusst sein, dass man seine eigenen Tippfehler leicht übersieht, weil man weiß, was man schreiben wollte. Sinnvoll ist es daher zu versuchen, sich in die Position eines neutralen Dritten zu versetzen, z.B. indem man sich vorstellt, die Arbeit einer anderen Person (mit der man streng sein sollte) zum Korrigieren vor sich zu haben. Niemals sollte man sich ausschließlich auf Rechtschreib- und Grammatikprüfung des Computerprogramms verlassen: Diese sind erstens nicht perfekt und zweitens i.d.R. nicht juristisch „vorgebildet“ (d.h. nicht speziell auf juristische Bedürfnisse ausgerichtet).

Die Abschlusskorrektur sollte erst vorgenommen werden, wenn man keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen mehr anstrebt. Für diese „Schlussredaktion“ sollte von vornherein genügend Zeit eingeplant werden, damit das Ergebnis der wochenlangen Arbeit in einer ansprechenden Form präsentiert werden kann.

Problem 9: Mein Text ist länger als die erlaubte Höchstseiten- oder -zeichenzahl.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten. Wenn Sie in den vorangegangenen Phasen ordentlich gearbeitet haben, bleibt jetzt noch genügend Zeit zum Kürzen.

2. Schritt: Überprüfen Sie, ob Sie überflüssige Teile in Ihrer Bearbeitung haben, die für die Gesamtargumentation nicht entscheidend sind (das wären die ersten „Kürzungskandidaten“), oder ob Sie Ihren Schreibstil straffen

³⁰ Dazu z.B. Köhler-Gehrig (Fn. 1), S. 97 f.

³¹ Zu Optimierungsmöglichkeiten Boeglin (Fn. 14), S. 177 ff.

³² Zur Aussagekraft von Überschriften siehe z.B. Noltensmeier/Schuhr (Fn. 1), 576 (579).

können. Häufig formuliert man zunächst sehr ausführlich und bringt z.B. das gleiche Argument in unterschiedlichen Formulierungen mehrfach.

3. Schritt: Ist die Arbeit jetzt immer noch zu lang, sollten Sie versuchen, einzelne Sätze und Textabschnitte zu streichen, und zwar möglichst in den darstellenden Teilen (z.B. indem Sie unproblematische Fragen kurz zusammenfassen und auf eine repräsentative, ausführlichere Darstellung in der Literatur verweisen), nicht bei Ihrer eigenen Gedankenführung. Kontrollfrage kann sein, was am Geschriebenen „neu“ (und damit gerade nicht durch Verweisungen zu ersetzen) ist und was nicht.

Problem 10: Mein Text ist kürzer als die erlaubte Höchstseiten- oder -zeichenzahl.

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Hier kommt es darauf an, wie groß die Abweichung von der vorgegebenen Seitenzahl ist. Minimale Abweichungen (z.B. 23 oder 24 statt 25 Seiten) sollten Sie nicht beunruhigen. Bei größeren Unterschieden sollten Sie überlegen, ob Sie Aspekte des Themas übersehen haben, ob Sie vorher einen Bereich ausgeklammert haben, der aber dennoch für die Gedankenführung relevant sein könnte, und insbesondere ob die Arbeit genügend eigenständige Erörterungen enthält. Hier finden Sie möglicherweise noch Potential zum „Ausbauen“ – und wenn Sie zuvor sorgfältig gearbeitet haben, sollte hierfür in der Endphase auch noch etwas Zeit übrig sein.

Problem 11: Neu gefundenes Material stellt alles bisher Geschriebene in Frage.

Schritte: Hier gilt Entsprechendes wie bei → Problem 7 (bitte keinen der dort genannten Schritte überspringen!!!), nur sollten Sie angesichts der verbleibenden, kurzen Zeit jetzt *noch* zurückhaltender sein, Ihre ursprüngliche Konzeption „umzuwerfen“. Wenn Sie der Meinung sind, Sie *müssen* dieses Material *unbedingt* berücksichtigen, versuchen Sie, die Änderungen in Text und Struktur möglichst gering zu halten.

Problem 12: Alles ist falsch!

1. Schritt: Nicht verzweifeln! Versuchen Sie, einen kühlen Kopf zu behalten.

2. Schritt: Ja nicht voreilig etwas (oder gar alles) löschen oder ändern!

3. Schritt: Versuchen Sie, etwas zeitlichen und räumlichen Abstand zu Ihrer „Entdeckung“ zu gewinnen. Tun Sie für eine Stunde – oder auch länger – etwas ganz anderes, das Sie gern tun und das Sie ablenkt (je nach Geschmack kann das ein Treffen mit Freunden – bei dem dann aber über etwas anderes geredet wird (!), etwas Sport oder alles andere, das Sie persönlich ablenkt und auf angenehmere Gedanken bringt, sein). *Überspringen Sie diesen Schritt nicht!* Machen Sie erst weiter, wenn die Panik etwas verfliegen ist.

4. Schritt: Überlegen Sie jetzt: Warum denken Sie, dass alles falsch ist? Versuchen Sie, es sich oder einem (rea-

len oder gedachten) unbeteiligten, aber juristisch vorgebildeten Dritten zu erklären. Gerade in der Endphase, in der schon viel Kraft verbraucht ist, trägt manchmal der erste Eindruck und das Ganze ist gar nicht falsch – oder jedenfalls nicht *so* falsch wie man erst dachte. Lässt sich Ihr ungutes Gefühl immer noch nicht zerstreuen, obwohl Sie die ersten drei Schritte ernst genommen haben, sollten Sie in dieser Phase Ihre Arbeit dennoch nicht mehr „umwerfen“. Sie können jetzt keinen neuen Text mehr verfassen, sondern allenfalls versuchen, das schon Geschriebene ein wenig zu optimieren – aber auch das nur sehr vorsichtig und erst, wenn Sie sich hinreichend beruhigt haben! Sonst ist die Wahrscheinlichkeit, in der Kürze der verbleibenden Zeit und aus einer gewissen „Endpanik“ heraus Unstimmigkeiten und neue Fehler „einzubauen“, zu groß. Und dann lassen Sie alles besser so, wie es ist und hoffen, dass Ihr subjektiver Eindruck nicht mit demjenigen des Korrektors übereinstimmt. Es besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass man in der Endphase, in der sich meist auch körperliche Erschöpfung bemerkbar macht, die Dinge nicht mehr klar überblickt und deshalb die eigene (schlechte) Einschätzung nicht ganz objektiv ist. Versprechen kann ich Ihnen dies freilich nicht, aber ich wünsche es Ihnen sehr! Fazit: Jetzt möglichst nichts (oder zumindest nichts Wesentliches) mehr ändern.

IV. Ergänzende Hinweise

Man sollte sich auf keinen Fall dadurch verunsichern lassen, wie andere sich in der gleichen Situation verhalten. *Moralische* Unterstützung während der Bearbeitungsphase ist wichtig – die sollte man suchen, von Freunden, Angehörigen und möglicherweise auch anderen Bearbeitern. Die *fachlichen* Parallelen halten sich jedoch auch bei Teilnehmern desselben Seminars in Grenzen, und die *Arbeitsweise* schließlich hängt so stark von individuellen Faktoren ab, dass sie nur ganz grob vergleichbar ist. Wenn andere also mehr daheim, mehr in der Bibliothek oder mehr in der Cafeteria arbeiten, wenn sie zu anderen Tageszeiten aktiv sind, wenn sie früher mit der Reinschrift beginnen, mehr oder weniger Literatur oder Ideen zu haben scheinen, sollte man sich keinesfalls irritieren lassen! Weil Themen wie individuelle Arbeitsweisen nur begrenzt vergleichbar sind, konnten auch hier nur Erfahrungswerte vorgegeben werden, die nicht in jedem Fall Erfolg garantieren können, sich jedoch schon in vielen Fällen als sinnvoll erwiesen haben. Bei der Beachtung der hier beschriebenen Vorgehensweisen ist es unerlässlich, dass man – vor allem bei der Lösung auftretender Probleme – bei der Ursachensuche ehrlich mit sich selbst ist. Nur so können die hier angeführten Tipps helfen, einen gangbaren Ausweg zu finden.

Der beste Weg zur Optimierung der eigenen Arbeitsweise ist die Anfertigung einer Probeseminararbeit. Wird diese Chance geboten, sollte man sie nutzen – das ist zugleich der beste Weg, um die unmittelbare Vorbereitungsphase der häuslichen Arbeit auf ein Minimum zu verkürzen. Sind Umfang bzw. Bearbeitungszeitraum der Probeseminararbeit nicht mit denen der späteren häuslichen Arbeit identisch, lässt sich eine „Hochrechnung“ vornehmen. Besteht keine zeitliche

Eingrenzung, ist zu empfehlen, sich auch bei einer Probese-minararbeit selbst ein klares zeitliches Limit zu setzen, um den „Ernstfall“ – einschließlich denkbarer Krisenphasen und der individuellen Reaktion darauf – möglichst realistisch zu erproben.

Steht diese Möglichkeit nicht zur Verfügung, können die vorangegangenen Ausführungen dennoch helfen, die häusliche Arbeit organisatorisch zu bewältigen, häufige Fehler zu vermeiden und etwaige Krisen zu meistern. Nach der Lektüre sollte man in der Lage sein, sich genauer auf die Bearbeitungszeit einzustellen und sie so besser durchzustehen (denn Kondition braucht man für diese Wochen!), um den Kopf möglichst frei für die eigentlichen – inhaltlichen – Fragen der Arbeit zu haben. Viel Erfolg dabei!

Der Tatbestand des Diebstahls – Teil 2*

Von Prof. Dr. Jan Zopfs, Mainz

2. Subjektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

Subjektive Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB

- Vorsatz bzgl. der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale
- Zueignungsabsicht als die Absicht einer zumindest vorübergehenden Aneignung und dem Willen zur dauernden Enteignung
- Rechtswidrigkeit¹ der beabsichtigten Zueignung
- Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung²

Im subjektiven Tatbestand ist die Zueignungsabsicht ein in Prüfungsarbeiten meist relevantes Merkmal, das in mehrfacher Hinsicht Fragen aufwirft. Warum bedarf es der Aufteilung in An- und Enteignungskomponente? Was ist Gegenstand der beabsichtigten Zueignung (Substanz oder Wert der Sache)? Wann lässt sich von einer Aneignung sprechen? Kommt eine Enteignung auch bei gewolltem Rückverkauf in Betracht?

a) Zur Funktion der Zueignungsabsicht im Diebstahlstatbestand

Der Diebstahl schützt als Eigentumsdelikt nicht das Vermögen (und damit den wirtschaftlichen Wert der Sache), sondern die Herrschaftsposition des Eigentümers über die Sache (die zwar meist einen wirtschaftlichen Wert hat, diesen für den *Eigentumschutz* aber nicht aufweisen muss). Die eigentumsrechtliche Beherrschung ist dabei nicht mit dem Gewahrsam an einer Sache gleichzusetzen; sie wird also allein durch die Wegnahme noch nicht nachhaltig angegriffen. Beim Diebstahl wird die *Eigentumsverletzung* erst durch die Zueignungsabsicht, also durch eine neben³ dem Wegnahmenvorsatz bestehende⁴ Intention des Täters deutlich. Er muss die

* Fortsetzung von ZJS 2009, 506 ff. (Teil 1).

¹ Die „Rechtswidrigkeit“ der beabsichtigten Zueignung ist ein objektives Merkmal (maßgeblich ist, ob – objektiv betrachtet – ein fälliger Übereignungsanspruch auf die wegzunehmende Sache besteht), das jedoch nur geprüft werden kann, wenn die Zueignungsabsicht bejaht wurde. Beim versuchten Diebstahl entfällt im Tatentschluss diese Prüfung; insoweit genügt es, dass der Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung zu bejahen ist.

² Da die Rechtswidrigkeit sich auf das Ziel der Absicht (also auf die Zueignung) bezieht, spricht man von der „Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung“ oder von der „Absicht rechtswidriger Zueignung“, nicht aber von „rechtswidriger Zueignungsabsicht“.

³ Da der Täter damit subjektiv nicht nur eine Verwirklichung des objektiven Tatbestandes anstreben, sondern darüber hinausgehend weitere Absichten haben muss, spricht man beim Diebstahl von einem Delikt mit *überschießender Innentendenz*.

⁴ Die Zueignungsabsicht muss zum Zeitpunkt der Wegnahme vorliegen. Ein Sinneswandel nach Wegnahmevollendung

Absicht haben, sich (oder einem Dritten) die Sache zuzueignen, sie also sich oder dem Dritten zuzuführen, damit er (oder der Dritte) anstelle des Eigentümers faktisch die Herrschaftsposition über die Sache einnehmen kann.

Diese beabsichtigte „Besetzung“ der Eigentümerstellung kommt in der sog. *Aneignungskomponente* der Zueignungsabsicht zum Ausdruck. Sie schließt den wahren Eigentümer über den Gewahrsamswechsel hinaus von den Herrschafts- und Bestimmungsmöglichkeiten über die Sache faktisch aus. Zugleich verdeutlicht sie den Unterschied zu dem Eigentumschutz, der durch die Sachbeschädigung (§ 303 StGB) geleistet wird. Während die Sachzerstörung bewirkt, dass niemand mehr eine faktische Eigentümerstellung an der Sache inne hat (da die Sache nicht mehr vorhanden ist), setzt die Zueignungsabsicht nicht nur einen (negativen) Ausschluss⁵ des Eigentümers, sondern eben auch die (positive) Besetzung dieser vakanten Herrschaftsposition voraus. Die Wegnahme eines Gegenstandes, der nur beschädigt, zerstört oder versteckt werden soll, führt deshalb nicht zur Strafbarkeit wegen Diebstahls, sondern kann (wenn die Beschädigung vollzogen wurde) nur als Sachbeschädigung bestraft werden. Der bloße Sachentzug ohne Beschädigung der Sache ist straflos.

Mit der beabsichtigten (positiven) Besetzung der Eigentümerposition ist die Zueignungsabsicht aber nicht vollständig beschrieben, da die Abgrenzung zur unbefugten Ingebrauchnahme damit nicht gelingt. Derjenige, der eine Sache gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, wird diese häufig auch dem Berechtigten wegnehmen und dabei die Absicht haben, sie zu eigenen Zwecken wie ein Eigentümer zu nutzen. Diese Wegnahme mit Nutzungsabsicht stellt aber offensichtlich keinen Diebstahl nach § 242 StGB dar, sondern begründet nur – sofern es sich bei dem Tatobjekt um ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad handelt – eine Strafbarkeit nach § 248b StGB. Da die Strafdrohung des § 248b StGB geringer als die des Diebstahls ist und der Tatbestand nur bestimmte Tatobjekte erfasst, folgt daraus zweierlei. Erstens: Wer ein Kfz nur unbefugt in Gebrauch nimmt, verwirklicht noch keinen Diebstahl.⁶ Zweitens: Wer andere Tatobjekte (als ein Kfz oder ein Fahrrad) nur unbefugt in Gebrauch nimmt, verwirklicht weder einen Diebstahl noch ist er strafbar nach § 248b StGB.⁷ Demzufolge muss der Diebstahl mehr als nur eine Wegnahme in Nutzungsabsicht sein, da diese entweder geringer oder gar nicht bestraft wird. Worin

(Täter bringt die Beute zurück) beeinflusst die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr.

⁵ Der bei der Zueignungsabsicht allerdings nicht wie bei der Sachbeschädigung ein sachvernichtender Ausschluss ist.

⁶ Kein Diebstahl liegt auch hinsichtlich des verbrauchten Benzins vor (dieser Verbrauch ist schon von § 248b StGB mit umfasst); vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 248b Rn. 11.

⁷ In Betracht kommt allenfalls noch eine Strafbarkeit aus § 290 StGB.

liegt aber dieses „Mehr“ für den Diebstahl, das für die unbefugte Ingebrauchnahme⁸ nicht erforderlich ist?

Nach ganz h.M. wird die Abgrenzung zur unbefugten Ingebrauchnahme (= Gebrauchsanmaßung) über das negative Element der gewollten *Enteignung* ausgedrückt: Die Herrschaftsposition des Eigentümers soll nicht nur durch einen anderen „besetzt“ werden (Aneignungskomponente). Hinzu kommen muss der Wille, dem durch die Besetzung von der Herrschaftsgewalt ausgeschlossenen Eigentümer die Ausübungsmöglichkeiten an der Sache dauerhaft vorzuenthalten. *Dauerhaft*⁹ muss die gewollte Enteignung sein, da nur damit die Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition durchgesetzt werden kann. Wer die Sache hingegen verwendet, um sie¹⁰ danach wieder dem Eigentümer zukommen zu lassen, respektiert das Eigentumsrecht des Berechtigten und greift dieses weniger intensiv an. Nun ließe sich zwar die nachhaltige Verdrängung des wahren Berechtigten auch dadurch gewährleisten, dass der Täter (oder ein Dritter) sich die Sache dauerhaft aneignen soll. Dann würde jedoch der meist sogar gewerbsmäßig begangene Diebstahl einer Sache, die weiterverkauft werden soll, aus dem Anwendungsbereich des § 242 StGB herausfallen, da eine dauerhafte Besetzung der Herrschaftsposition durch den Täter selbst nicht vorgesehen ist.¹¹ Zueignungsabsicht beim Diebstahl ist deshalb die

vom Täter gewollte¹² dauerhafte Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition über die Sache (Enteignungskomponente – näher dazu nachfolgend unter 3.) und die Absicht, sich selbst oder einen Dritten zumindest vorübergehend in diese faktische Eigentümerposition zu versetzen (Aneignungskomponente).¹³

Ist damit erklärt, weshalb die Zueignungsabsicht eine Aneignungs- und Enteignungskomponente voraussetzt, so ist für die konkrete Fallbearbeitung noch nicht viel gewonnen. Das zeigt der scheinbar einfache, bereits mehrfach besprochene¹⁴ Taschenbuch-Fall aus dem Jahre 1967:

Beispielfall 3:

A entnahm aus einem Regal im Warenhaus des W ein neues, noch ungelesenes Buch (Wert: 10,- €) und steckte es ein. Nach dem Verlassen des Warenhauses wurde A gestellt. Er behauptete (ohne dass ihm dies widerlegt werden konnte), dass er das Buch nur durchlesen und danach zurückbringen wollte. Hat A einen Diebstahl begangen?

Das für A fremde – da im Eigentum des W stehende – Buch befand sich im generellen Gewahrsam des W. Spätestens¹⁵ mit dem Verlassen des Geschäfts hob A diesen Gewahrsam auf und begründete neuen, eigenen Gewahrsam an dem Buch. Dies geschah auch gegen den Willen des W, so dass dessen Gewahrsam gebrochen wurde und A das Buch im Sinne des § 242 StGB weggenommen hat. Er handelte vorsätzlich, in Zueignungsabsicht jedoch nur, wenn er die Absicht hatte, sich selbst das Buch zumindest vorübergehend anzueignen, und mit dem Willen handelte, den Eigentümer auf Dauer zu

⁸ Unbefugte Ingebrauchnahme und Zueignung schließen sich nicht gegenseitig aus, vielmehr umfasst die Zueignung ggf. auch eine unbefugte Ingebrauchnahme. Letztere tritt dann als formell subsidiär – da ausdrücklich in § 248b Abs. 1 StGB so bestimmt – hinter dem mit schwererer Strafe bedrohten Zueignungsdelikt zurück, vgl. dazu auch *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 224 f. Allerdings setzt die Rechtsprechung (BGHSt 22, 45 ff.) für die Ingebrauchnahme im Sinne des § 248b StGB einen unbedingten Rückführungswillen voraus, so dass der Eindruck entsteht, dass der Rückführungswille bei der unbefugten Ingebrauchnahme und der für die Zueignungsabsicht erforderliche Wille zur Enteignung sich gegenseitig ausschließen. Sachlich will die Rechtsprechung mit dem Rückführungswillen aber nur deutlich machen, dass dieser einer Annahme des bedingten Vorsatzes hinsichtlich eines dauerhaften Ausschlusses des Eigentümers entgegensteht, vgl. auch *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 64.

⁹ Anders *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 40 Rn. 55 ff., der jedoch auf Aneignungsseite eine Nutzung als Eigenbesitzer (§ 872 BGB) voraussetzt und damit zu einer gewollten dauerhaften Verdrängung des Berechtigten gelangt.

¹⁰ Schwierig sind die Fälle, in denen die Sache in abgenutztem oder verändertem Zustand an den Eigentümer zurückgelangen soll. Handelt es sich dort noch um dieselbe Sache? Oder ist wegen des Wertverlusts, der Abnutzung oder des Funktionsverlusts der Sache insoweit eine Enteignung zu bejahen? Näher dazu im Text unter II. 2. c).

¹¹ Vorgesehen ist vielmehr nur eine vorübergehende Aneignung, die mit der Weiterverkaufshandlung endet.

¹² Insoweit genügt *dolus eventualis*, da nicht die Enteignungs-, sondern die Aneignungskomponente bei der Zueignungsabsicht im Vordergrund steht. Der Eigentumsangriff besteht primär nicht in der Schädigung oder dem Ausschluss des Eigentümers, sondern in der Inanspruchnahme („Besetzung“) der Herrschaftsposition an der Sache. Auf letzteres muss es dem Täter ankommen; insoweit bedarf es der Absicht. Ist dem Täter die „Neubesetzung“ der Herrschaftsposition gleichgültig und kommt es ihm nur darauf an, dass der Eigentümer nicht mehr auf die Sache zugreifen kann, so fehlt die Zueignungsabsicht, vgl. bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 150 ff.

¹³ H.M., vgl. *Küper* (Fn. 8), S. 481 f. oder *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, 1. Aufl. 2003, § 242 Rn. 108; beide m.w.N.

¹⁴ Z.B.: *Androulakis*, JuS 1968, 409; *Eser*, Strafrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 1983, S. 23 ff.; *Fahl*, JA 2002, 649 (653). Vgl. auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 182 und *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 2 Rn. 61.

¹⁵ Da A das Warenhaus bereits verlassen hat, muss nicht beantwortet werden, ob er die Wegnahme schon mit dem Einstecken des Buchs vollendet hat. Wäre A hingegen von W nach dem Einstecken noch innerhalb des Warenhauses angesprochen worden und hätte A daraufhin Gewalt gegen W angewendet, so wäre der Zeitpunkt der Vollendung der Wegnahme genau zu bestimmen, um zwischen Raub (Gewalt zur Wegnahme) und räuberischem Diebstahl (Gewalt zur Beutesicherung) unterscheiden zu können.

enteignen. Liegt in dem beabsichtigten Lesen aber ein Aneignen? Und kann noch von einem Enteignungswillen gesprochen werden, wenn A das Buch nach dem Lesen zurückbringen wollte? (nach OLG Celle NJW 1967, 1921).

b) Zur Aneignungskomponente bei der Zueignungsabsicht

aa) Begriffsbestimmungen

Liegt im Beispielsfall 3 nun eine Aneignung, eine „Besetzung“ der Eigentümerposition des W vor? Regelmäßig wird die Aneignung durch die Wendung umschrieben, dass der Täter sich *wie ein Eigentümer gerieren*¹⁶ (benehmen) müsse. Damit ist jedoch kein aussagefähiges Kriterium gewonnen. Denn: In welcher Weise tritt der Eigentümer eines Buches beim Lesen desselben auf? Verhält er sich anders als ein Leser, der ein geliehenes Buch liest? Mit der Wendung „Aufreten wie ein Eigentümer“ ließe sich zudem die Vernichtung der Sache verbinden, da auch diese im Belieben des Eigentümers (§ 903 BGB) steht. Die Vernichtung der Sache ist aber keine Aneignung.¹⁷ Stellt man stattdessen (oder ergänzend) darauf ab, dass A die Eigentumsposition des W faktisch besetzen oder einnehmen müsse, so würde A zumindest durch das Lesen die von W ausgeübte Herrschaftsmacht nicht zwingend übernehmen. Denn dieser wollte das Buch nicht lesen, sondern es als neuwertiges Buch verkaufen. Mit der Rechtsprechung könnte man alternativ darauf abstellen, ob der Täter die Sache selbst oder ihren wirtschaftlichen Wert *dem eigenen Vermögen einverleiben* wollte.¹⁸ Ungeachtet der Fragen, ob die Substanz der Sache durch ihren wirtschaftlichen Wert (= Sachwert?) ersetzt werden kann und ob diese Ersetzung auf der Aneignungsseite überhaupt Relevanz beanspruchen kann,¹⁹ vermag auch diese Definition nicht zu überzeugen. Schon das Erfordernis der Einbeziehung der Sache in das Vermögen des Täters ist für die nähere Bestimmung der Merkmale eines Eigentumsdelikts eher irreführend.²⁰ Vor

allem aber hilft die Definition hier in der Sache nicht weiter, da durch bloßes Lesen eines Buches sich dieses substantiell nicht in das Vermögen des A überführen lässt. Man kann auch nicht sagen, dass A Aufwendungen aus seinem Vermögen erspart habe, die er sonst hätte vornehmen müssen, damit er das Buch lesen kann.²¹ Denn es ist nicht möglich, in zuverlässiger Weise den (zumal einmaligen) Lesewert eines Buches zu bestimmen, wenn das Buch möglicherweise auch in Leihbibliotheken unentgeltlich erhältlich ist.

bb) Aneignung als Nutzung zu eigenen Zwecken

Fragt man deshalb nach anderen aussagekräftigeren Kriterien zur Bestimmung der beabsichtigten Aneignung, so kann mit verschiedenen Stimmen aus dem Schrifttum²² im Ausgangspunkt darauf abgestellt werden, dass die Sache durch den Täter oder einen Dritten *zu eigenen Zwecken genutzt* werden soll. Demnach fehlt die Zueignungsabsicht mangels angestrebter Aneignung, wenn eine fremde Sache weggenommen wird, um sie zu vernichten oder dem Eigentümer nur vorzuhalten²³ (fehlende *Nutzung*). Gleiches gilt, wenn die weggenommene Sache zwar verwendet werden, diese Verwendung aber dem berechtigten Eigentümer zugute kommen soll²⁴ (keine *eigennützige* Nutzung). Andererseits liegt eine Nutzung zu eigenen Zwecken auch dort vor, wo die Sache nicht entsprechend ihrer typischen Bestimmung, sondern in zweckentfremdender Weise eingesetzt werden soll.²⁵

Allein das Erfordernis der beabsichtigten eigennützigen Verwendung einer Sache gewährleistet jedoch noch nicht, dass damit auch stets eine faktische Besetzung der Eigentümerposition des Berechtigten²⁶ einhergeht. Denn wer eine Sache wegnimmt, um sie sodann wie ein *Fremdbesitzer* zu nutzen, will gerade nicht die uneingeschränkte Herrschaftsmacht an der Sache einnehmen.²⁷ Er beabsichtigt mit einer

lenden Fall (Wegnahme einer Strafakte, um sie verschwinden zu lassen) klare Leitlinien aufzeigen zu können. Mit Recht kritisch dazu und zur grundlegenden Formel der Rspr.: *Lieder*, NJW 1977, 2272 f.

²¹ So aber das OLG Celle NJW 1967, 1921 (1922).

²² *Küper* (Fn. 8), S. 476 f. und *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 64: „Nutzung im eigenen Interesse“; wohl auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 141: eigennützige eigenmächtige Verfügungen. *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 130 stellt auf eine „Nutzung der Sache in wirtschaftlich sinnvoller Weise“ ab; ähnlich *Otto* (Fn. 9), § 40 Rn. 60.

²³ OLG Köln NJW 1997, 2611 m.w.N.

²⁴ Beispiele bei *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 141.

²⁵ OLG Hamburg MDR 1954, 697: Wegnahme von Damenunterwäsche.

²⁶ Berechtigt in diesem Sinne ist auch derjenige, der durch den Diebstahl bzw. nachfolgende Verwertungshandlungen rechtlich sein Eigentum verliert (zu diesen wegen § 935 Abs. 1 BGB allerdings seltenen Fällen vgl. bei *Hoyer*, in: Rudolph u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafbgesetzbuch, 57. Lieferung, Stand: August 2003, § 242 Rn. 70).

²⁷ Dies wird auch im Schrifttum verbreitet so gesehen. *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 64 verlangt deshalb für die Aneignung

¹⁶ Lateinisch: „se ut dominum gerere“. Siehe etwa bei *Lackner/Kühl*, Strafbgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 242 Rn. 21; *Ruß*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafbgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 1994, § 242 Rn. 50. Aus der Rspr. z.B. BGHSt 22, 45 (46): „selbstherrlich wie ein Eigentümer [...] verfügen“; 24, 115 (122 f.). BGH wistra 1988, 186 kennzeichnet die Klausel allerdings als unzureichend zur Bestimmung der Zueignungsabsicht. Wie hier auch kritisch *Eser* (Fn. 14), S. 26, Fall 3 A 10; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 39 a.E.; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 107.

¹⁷ H.M., vgl. BGH NJW 1985, 812; *Küper* (Fn. 8), S. 481; jew. m.w.N.

¹⁸ RGSt 61, 228 (233); BGHSt 4, 236 (238); BGH NJW 1985, 812 m.w.N.; wistra 1987, 253 und 1988, 186. Auch im Beispielsfall 3 bestimmt das OLG Celle die Zueignungsabsicht anhand dieser Definition, NJW 1967, 1921 (1922).

¹⁹ Dazu näher nachfolgend im Text unter II. 2. c) bb) (3).

²⁰ Legt die Formulierung doch die Notwendigkeit einer Vermögenmehrung nahe, die bei den Eigentumsdelikten aber nicht erforderlich ist. Dies sieht auch der BGH (NJW 1977, 1460) und meint, dass es nur auf eine „Bestandsänderung“ im Vermögen ankomme, ohne dabei jedoch für den zu beurtei-

solchen Nutzung noch keinen Angriff auf das Eigentum. Dies gilt z.B. für die eigenmächtige Inpfandnahme eines Gegenstandes, wenn dieser als Druckmittel zur Begleichung noch offener Forderungen eingesetzt werden soll²⁸ oder für den Fall, dass der Eigentümer durch die Vorenthaltung des Besitzes nur geärgert werden soll²⁹. Als eigennütziger Fremdbesitzer nutzt auch derjenige eine Sache, dem sie als Ausrüstungsgegenstand (Uniform etc.) überlassen wurde. Wer also einem anderen einen diesem überlassenen Ausrüstungsgegenstand wegnimmt (z.B. eine Dienstmütze oder die Dienststiefel), um ihn fortan als vermeintlich ihm übergebene Sache zu nutzen, besitzt den Ausrüstungsgegenstand nur in Anerkennung der übergeordneten Herrschaftsmacht des Dienstherrn.³⁰ Eine beabsichtigte *Aneignung* ist deshalb dann zu bejahen, wenn der Täter die weggenommene Sache *zu eigenen Zwecken nutzen will, ohne dabei als Fremdbesitzer aufzutreten*.

Im Beispielfall 3 ist das von A beabsichtigte Lesen des Buches eine Nutzung des Kriminalromans zum Zwecke seiner eigenen Unterhaltung. A verfügt also über die erforderliche Aneignungsabsicht, weil auch keine Anhaltspunkte bestehen, dass A durch das Lesen dieses Buch nur wie ein Fremdbesitzer nutzen will. Zwar will er den Roman nach dem Lesen zurückgeben. Daraus folgt aber nicht, dass er schon während des Lesens ein fortbestehendes Herrschaftsrecht des W anerkennt. Für die Lesezeit soll W vielmehr aus seiner Herrschaftsposition verdrängt werden. Deutlich wird damit, dass mit jeder Aneignung immer auch eine Enteignung verbunden ist. Insofern korrespondieren Aneignung und Enteignung: Eine Besetzung der Herrschaftsposition des Berechtigten ist nur möglich, wenn dieser durch die Besetzung aus der Position verdrängt wird. Die Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht wird bei diesem Verständnis allerdings nicht entbehrlich. Sie setzt vielmehr den Willen zum *dauerhaften* Ausschluss des berechtigten Eigentümers voraus, was hier zu bejahen wäre, wenn A über das beabsichtigte Lesen hinaus billigend in Kauf nehmen würde, dass dem W der Roman fortan entzogen wird.³¹

eine Nutzung im Eigeninteresse unter Verdrängung des Eigentümers bzw. ein „se ut dominum gerere“ (Rn. 65 – vgl. aber auch Rn. 39). Andere stellen im Einklang mit der oben kritisierten Rechtsprechungsformel darauf ab, dass der Täter durch die Nutzung die Sache seinem Vermögen einverleiben müsse (*Ruß* [Fn. 16], § 242 Rn. 50).

²⁸ BGH StV 1983, 329 (330); BGH NStZ-RR 1998, 235 (236) mit zust. Anm. *Otto*, JK 99, StGB § 242/19; *Rudolphi*, GA 1965, 33 (41).

²⁹ BGH MDR 1982 (bei *Holtz*), 810 (Fangenspielen mit der studentischen Verbindungsmütze); BayObLG JR 1992, 346 f. (Wegtragen eines verschlossenen Fahrrades); *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 65.

³⁰ *Eser*, JuS 1964, 477, 479 f. unter 2. b) bb) sowie 481 f. unter 3. c) gegen OLG Hamm NJW 1964, 1427 ff.; ebenso BGHSt 19, 387 (388): Der Angeklagte habe den Ausrüstungsgegenstand nicht in sein Vermögen überführen wollen.

³¹ Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass die Enteignung *nur* in der Aneignung liegen könne (z.B. *Hoyer*

c) *Zur Enteignungskomponente bei der Zueignungsabsicht*

aa) *Enteignung durch Entzug des Neuverkaufswertes?*

Im Beispielfall 3 will A das Buch jedoch zurückbringen, nachdem er es gelesen hat. Er will deshalb den W nicht dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung an dem Buch verdrängen. Handelt es sich bei der geplanten Rückgabe aber noch um *das* Buch, welches A ursprünglich weggenommen hatte? Oder wäre dem Buch durch die beabsichtigte Aneignung etwas entzogen worden, was bei der geplanten Rückgabe im Buch nicht mehr enthalten ist, so dass W nicht mehr dieselbe Sache zurück erhält – ihm die ursprüngliche also dauerhaft vorenthalten wird? Dahin geht die Argumentation des OLG Celle. Es definiert die Zueignungsabsicht zunächst als beabsichtigte Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters und führt dann aus:

„Dieser Begriff [gemeint ist die Definition] bedarf dann der Ergänzung, wenn er – wie hier – der Abgrenzung zwischen Gebrauch und (teilweisem) Verbrauch bedarf. Das RG hat hierzu ausgeführt (RGSt 44, 335 [336 f.]), ein Verbrauch liege dann vor, wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im Wesentlichen nicht mehr erfüllen könne, wenn sie deshalb im Verkehrssinne eine andere Sache geworden sei. Ein solcher Verbrauch sei jedoch dann nicht gegeben, wenn die Sache trotz Gebrauchs, wirtschaftlich gesehen, weiterbestehe, so daß sie noch als dieselbe gelte wie vorher, wenn auch mit gewissen Abnutzungsmängeln behaftet. Tatbestandsmäßige Zueignung liegt danach nur vor, wenn die Sache für ihre Zweckbestimmung unbenutzbar geworden ist [...] oder [...]“³² wenn eine solche Benutzung erfolgt ist, die der Sache ihre Funktionsfähigkeit in einer bestimmten Richtung endgültig entzieht. Nach Auffassung des *Senats* kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß neuwertige Sachen, die vom Eigentümer wirtschaftlich für den Verkauf als neue Sachen zum Verkauf bereitgestellt werden, infolge des Gebrauchs aber nicht mehr als neuwertig angesehen werden können, ihre ursprüngliche wirtschaftliche Funktion – und zwar für dauernd – nicht mehr erfüllen kön-

[Fn. 26], § 242 Rn. 84; *Schmitz* [Fn. 13], § 242 Rn. 133; jew. m.w.N.). Deshalb soll (entgegen der h.M.) die Entwendung und beabsichtigte Nutzung eines Kfz, welches nach dem Gebrauch so abgestellt werden soll, dass es möglicherweise nicht mehr an den Berechtigten zurückgelangt, mangels Zueignungsabsicht nicht nach § 242 StGB strafbar sein, weil zwischen Aneignung (Gebrauch des Fahrzeugs) und Enteignung (Abstellen des Fahrzeugs) kein Korrespondenzverhältnis besteht. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt der Unwertgehalt der Zueignungsabsicht jedoch in der beabsichtigten zumindest vorübergehenden Aneignung durch den Gebrauch des Fahrzeugs (dem insoweit zwangsläufig als Besetzung der Herrschaftsposition enteignender Charakter zukommt) und dem darüber hinausreichenden Willen, den Berechtigten auf Dauer von der Herrschaftsmacht auszuschließen (gewolltes Abstellen); wie hier: *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 47; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 146 („Aneignung plus Enteignung“); *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 51.

³² Im Anschluss an *Rudolphi*, GA 1965, 33 (39).

nen, weil es sich nunmehr um Gebrauchtwaren handelt [...]. Das Buch sollte von [W] – wie von jedem Buchhändler – als neues Buch verkauft werden. Als solches wird es zum Verkauf angeboten [...]. Das Buch wäre in einem für den Verkäufer wesentlichen Wert gemindert, wenn der Angeklagte es gelesen hätte.“³³

Das OLG Celle bejaht damit im Beispielsfall 3 den Willen zur Enteignung, weil A durch das Lesen dem Buch seinen Wert als Neuverkaufsware dauerhaft entzogen hätte. Damit sei es im Verkehrssinne eine andere Sache geworden. Lässt sich aber von einem dauerhaften Ausschluss der Herrschaftsposition über eine Sache sprechen, wenn die Sache nur einen Wertverlust erleidet? Kann bei einem Gegenstand also zwischen der stofflichen *Substanz* (die zurückgelangen soll) und dem *Wert der Sache* (der entzogen wird) unterschieden werden? Und welches sind die Faktoren, die den Verlust des Sachwertes festlegen: Entscheidet der Verkehrswert oder die Funktionstauglichkeit³⁴ der Sache?

bb) Zum Objekt der beabsichtigten Zueignung

(1) Substanz und auch Sachwert (Vereinigungstheorie)

Die Einbeziehung des Sachwertes als Objekt der beabsichtigten Zueignung geht auf die Rechtsprechung des RG zur Entwendung von Biermarken³⁵ zurück. Hatte das RG im Jahre 1893 in einem ersten Fall mit knappen Worten noch einen Eingriff in das Eigentum abgelehnt³⁶, so entschied das RG im Jahre 1907 anders:

„Das für den Begriff der Zueignung Wesentliche ist [...] darin zu finden, daß der Täter die Sache ihrem Sach(Substanz)werte nach für sich ausnutzen will [...] [d.h. sie] für eigene Rechnung [...] verwerten [will].“³⁷ Hier hatten die Marken „vermöge ihrer tatsächlichen Verwertbarkeit einen über den Stoffwert hinausgehenden besonderen Sachwert [...]“. Die Zueignungsabsicht sei zu Recht bejaht worden, da „die Absicht des Angeklagten dahin [ging], mit den weggenommenen Marken das von ihm entnommene Bier zu

bezahlen, den den Marken zukommenden Sach(Substanz)wert also für sich auszunutzen, d.h. die Marken insoweit für eigene Rechnung zu verwerten“.

Um die vor allem aus kriminalpolitischen Gründen³⁸ vom RG aufgestellte These, dass als Objekt der beabsichtigten Zueignung auch³⁹ der Wert der Sache in Betracht komme, wird seit langem gestritten. Die meist als Vereinigungstheorie bezeichnete These des RG wird im Ausgangspunkt (also: sowohl Substanz als auch Sachwert) von der Rechtsprechung und der wohl noch h.M. im Schrifttum vertreten. In Abgrenzung zur herrschenden *Vereinigungstheorie* werden aber auch andere Theorien⁴⁰ vertreten, so dass von einem schon klassischen Streit um die Einbeziehung des Sachwerts als Zueignungsobjekt gesprochen werden kann.

(2) In welchen Fällen ist der Sachwert als Objekt der Zueignung bedeutsam?

Das Verständnis des Streits um die Einbeziehung des Sachwerts als Zueignungsobjekt wird jedoch dadurch erschwert, dass bei der Diskussion um die Einbeziehung des Sachwertes nicht geklärt ist, ob insoweit die Aneignungs- oder die Enteignungskomponente betroffen ist. Überdies werden zur Verdeutlichung der Problematik Beispielsfälle angeführt, die untereinander jedoch nicht beliebig austauschbar sind. So stimmen die Beispiele zwar darin überein, dass eine Sache weggenommen wird, die nach der Vorstellung des Täters nach Gebrauch an den Eigentümer zurückgelangen soll. Gleichwohl lassen sich drei Beispielsgruppen unterscheiden: Bei der ersten Gruppe dient die Sache als *Guthabenträger* (Biermarken, Eintrittskarten, Sparbuch, Geldzahlkarten zum Telefonieren oder Kopieren); die zweite Gruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass die Sache übermäßig lange gebraucht werden soll (Abgrenzung zum *Verbrauch*, so etwa bei der Tageszeitung, dem Fahrzeug oder anderen Gegenständen, die sich durch Gebrauch abnutzen, oder Artikel wie ein Cam-

³³ OLG Celle NJW 1967, 1921 (1922) – die Hervorhebungen sind im Original enthalten.

³⁴ Und: Welche Funktion ist dafür maßgeblich und ist eine funktionsuntaugliche Sache tatsächlich eine andere als die weggenommene Sache?

³⁵ Dabei bildeten die Biermarken die Grundlage für die Abrechnung zwischen Wirt und Kellner. Der Kellner erhielt zu Beginn seiner Tätigkeit eine bestimmte Anzahl an Wertmarken (die dem Wirt gehörten) und musste für jedes an der Theke abgeholte Bier eine Marke an den Wirt zurückgeben. Bevor bei Dienstende die verbliebenen Marken an den Wirt zurückgegeben wurden, hatte der Kellner die Differenz zwischen ausgegebenen und verbliebenen Marken aus dem eingenommenen Geld zu bezahlen. In den vom RG zu entscheidenden Fällen hatte der Kellner jeweils zusätzliche Biermarken weggenommen, um bei der Abrechnung eingenommenes Geld einzubehalten (beabsichtigter Betrug).

³⁶ RGSt 24, 22 (23).

³⁷ RGSt 40, 10 (12), die nachfolgenden Zitate finden sich auf S. 14.

³⁸ Da der Angeklagte wegen schweren Diebstahls (Zuchtstrafe) verurteilt worden war (er hatte bei der Wegnahme einen falschen Schlüssel eingesetzt), hätte die von ihm mit der Revision angestrebte Verurteilung nur wegen Betruges (Gefängnisstrafe) nicht nur zu einer milderen Bestrafung geführt, sondern auch die Wegnahmehandlungen als Vorbereitungstaten straflos gelassen. Diese Konsequenzen zeigt auch das RG auf und meint: „Es bedarf keiner Ausführung, daß dies mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und den öffentlichen Interessen unvereinbar wäre“, RGSt 40, 10 (14).

³⁹ Die Einbeziehung des Sachwertes *neben* der Substanz als Zueignungsobjekt wurde besonders deutlich durch eine Formulierung in RGSt 61, 228 (233): „Das Wesen der Zueignung besteht darin, daß die Sache selbst, oder doch der in ihr verkörperte Sachwert, vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird“. Dieser Vereinigungsformel hat sich der BGH angeschlossen (vgl. oben Fn. 18 und zur Entwicklung der Rspr. bei Küper [Fn. 8], S. 478 ff.).

⁴⁰ Die klassische (strenge) und die modifizierte Substanztheorie sowie die Sachwerttheorie mit weitem oder engem (restriktivem) Sachwertbegriff; vgl. z.B. bei Hoyer (Fn. 26), § 242 Rn. 72 ff.

pingzelt, die nur zu bestimmten Zeiten sinnvoll nutzbar sind); die dritte Gruppe ist der geplante *Rückverkauf* der Sache an den Berechtigten.

(3) Einbeziehung des Sachwerts auf der Enteignungsseite

Die angeführten Beispielfälle machen deutlich, dass die Diskussion um die *Einbeziehung des Sachwertes primär auf der Enteignungsseite* zu führen ist. Denn in all diesen Beispielfällen soll der Eigentümer (nach dem Willen des Täters) die Sache selbst zurückbekommen; die Sache soll dem Berechtigten in ihrer stofflichen Substanz also nicht auf Dauer vorenthalten werden. Das heißt: Nicht der beabsichtigte eigentümerähnliche Gebrauch der Sache steht hier in Frage (das Sparbuch, die Batterie etc. soll ja zu eigenen Zwecken genutzt werden, ohne dass der Täter zugleich wie ein Fremdbesitzer auftritt), sondern der Enteignungswille.⁴¹ Dazu ein Beispiel: Wer eine Kopierkarte wegnimmt (die als Bargeldersatz fungiert und ein bestimmtes „Kopierguthaben“ verkörpert), um sie nach Verbrauch des Guthabens dem Berechtigten zurückzugeben, verwendet die Karte selbst – die beabsichtigte Aneignung kann also unschwer bejaht werden. Anders liegt es beim Enteignungswillen, da die Karte nach Verbrauch des Guthabens an den Berechtigten zurückgelangen soll. Insoweit lässt sich die Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht nur bejahen, wenn das durch die Karte verkörperte Guthaben als Zueignungsobjekt betrachtet wird. Korrespondierend damit kann die Aneignungsabsicht auch auf das verkörperte Guthaben bezogen werden – dies ist dann aber nur eine Konsequenz der Erweiterung des Zueignungsobjekts, die zuvor auf Enteignungsseite vorgenommen wurde!⁴²

(4) Übereinstimmungen und Unterschiede beim Streit um den Sachwert

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Theorien, die in der Diskussion um den Sachwert als Zueignungsobjekt vertreten werden, so ist festzustellen, dass im Ergebnis ein breiter Konsens besteht: Soll die Sache durch den Gebrauch ihre wesentlichen Funktionen verlieren und deshalb erst als funktionsloser bzw. wertloser Gegenstand (und damit als andere Sache) an den Berechtigten zurückgelangen, so will sich der Täter die weggenommene Sache auch zueignen.

Einig ist man sich auch noch in der Kritik des sog. weiten Sachwertbegriffs: Wer in jeder Beeinträchtigung des Verkehrswertes⁴³ der Sache bereits eine Zueignung sehe,⁴⁴ stelle

⁴¹ Küper (Fn. 8), S. 483 f.

⁴² So auch Rengier (Fn. 14), § 2 Rn. 47 a.E. Also nochmals: Die Diskussion um die Einbeziehung eines Sachwerts ist zuerst auf der Enteignungsseite zu führen.

⁴³ Der Wert, der mit der wirtschaftlichen Verwertung der Sache erzielt werden kann (= *lucrum ex negotio cum re*).

⁴⁴ Eine Ansicht, die in dieser Form (Sachwert = wirtschaftlicher Wert) allerdings auch nicht vertreten wird. Jedoch wird trotz eines im Ausgangspunkt restriktiven Verständnisses, das als Sachwert nur den der Sache innewohnenden Wert erfassen will (= *lucrum ex re*), mitunter auch der wirtschaftli-

für die beabsichtigte Zueignung nicht mehr auf die Nutzung der Sache unter Ausschluss des Berechtigten ab; entscheidend wäre dann nur noch eine wirtschaftliche Entwertung der Sache durch Übergang des Sachwertes auf den Täter. Damit werde der Diebstahl aber von einem Eigentumsdelikt zu einem Vermögensverschiebungsdelikt umfunktioniert.⁴⁵

Unterschiede bestehen allerdings in den Konsequenzen, die aus dieser Kritik gezogen werden. Zum einen wird daraus die Notwendigkeit abgeleitet, den *Sachwertbegriff restriktiv* aufzufassen: So soll als Sachwert nicht schon „jegliche Verwendungsmöglichkeit der Sache“ in Betracht kommen, sondern nur „ihr spezifischer, d.h. der nach Art und Funktion mit ihr verknüpfte Wert“⁴⁶. Zum anderen werden im Ergebnis zwar ähnliche Kriterien angeführt, die Einbeziehung des Sachwerts als Zueignungsobjekt wird aber grundsätzlich abgelehnt⁴⁷ und stattdessen mit einer *modifizierten*⁴⁸ *Substanztheorie* gearbeitet: Für eine Zueignung genüge es, „wenn der Täter die Sache oder eine ihr typischerweise innewohnende Funktion bzw. Gebrauchsmöglichkeit dem Eigentümer auf Dauer entziehen will.“⁴⁹

(5) Stellungnahme

Liegt ein Eigentumsentzug darin, dass dem Eigentümer die Sache in ihrer stofflichen Substanz dauernd vorenthalten wird, er somit die Sache in keiner Form mehr nutzen kann, so ist nicht einsichtig, weshalb anderes gelten soll, wenn der Eigentümer die Sache zwar in ihrer stofflichen Substanz zurückerhält, sie aber nutzlos geworden ist. Auch dann kann der Eigentümer die Sache (so wie sie ihm weggenommen wurde) nicht mehr nutzen. Die Schwierigkeit liegt jedoch darin, ein Kriterium zu bestimmen, welches die Nutz- oder Funktionslosigkeit der Sache definiert: Muss die Sache nur

che Wertverlust als maßgeblich für die Zueignung angesehen: so etwa *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 159 zum „Rückverkaufsfall“ oder *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 53 a.E. zu den „Verbrauchsfällen“ (zu den Fallgruppen siehe oben im Text unter II. 2. c) bb) (2). Dass der Sachwertbegriff in diesen Fällen eine andere Funktion als in den „Guthabenträgerfällen“ erfüllt (so *Wessels/Hillenkamp* [Fn. 12], Rn. 148 mit Fn. 232), mag richtig sein, die Frage ist aber, ob er diese Funktion ausfüllen kann, ohne sich selbst dadurch in seinen Konturen aufzulösen.

⁴⁵ *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 49; *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 79; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 117; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 33 Rn. 46.

⁴⁶ *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 49; ähnlich auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 135 und Rn. 148.

⁴⁷ Wert und Substanz seien keine austauschbaren Größen mit der Folge, dass man bei Bedarf anstelle der Substanz auf den Sachwert abstellen könne; so etwa bei: *Otto* (Fn. 9), § 40 Rn. 53 f.; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 118.

⁴⁸ Die Substanz der Sache wird „modifiziert“, weil zur Substanz auch die an der Sache bestehenden Herrschaftsbefugnisse zählen (*Rudolphi*, GA 1965, 33 [39]; *Schmitz* [Fn. 13], § 242 Rn. 113).

⁴⁹ *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 113.

irgendeine oder gerade ihre typische Funktionsweise verlieren?

Sollen die Funktionsmöglichkeiten der Sache die Herrschaftsposition des Eigentümers ausdrücken, so kann es nur auf eine typische, also auf die *bestimmungsgemäße Funktionsweise* der Sache ankommen. Zwar kann der Eigentümer nach § 903 S. 1 BGB nach Belieben mit der ihm gehörenden Sache *verfahren*. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht den Eigentümer nun auch vor jedem beliebigen Funktionsverlust schützen will.⁵⁰ Denn wenn das Zivilrecht als Kern des Eigentumsrechts nur den Schutz solcher Befugnisse ausweist, die gerade mit dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache zusammenhängen (§§ 987 ff., 99 Abs. 1, 100 BGB), so kann für den strafrechtlichen Schutz nichts anderes gelten. Legt man daher jeweils die bestimmungsgemäße Funktion der Sache zugrunde, so liegt diese für ein Fahrzeug in der Fortbewegung, für einen Guthabenträger (Sparbuch, Telefongeld- oder Kopiergeldkarten) in der stofflichen Verkörperung eines konkret bezifferten Auszahlungsanspruchs oder Einlösungsguthabens, und der Zweck einer Tageszeitung besteht in der Vermittlung aktueller Informationen.

Eine andere Frage ist es, wie dann der Verlust der bestimmungsgemäßen Funktion festzustellen ist. Da die bestimmungsgemäße Funktion einer Sache in der Regel auch *die* maßgebliche Größe ist, die den wirtschaftlichen Wert bestimmt, erscheint es naheliegend, für den Funktionsverlust auf den Verlust des *Sachwerts* abzustellen. Überzeugend ist dies jedoch nicht. Denn zum einen gelingt eine solche Feststellung nicht bei wirtschaftlich wertlosen Sachen, zum anderen besteht die Gefahr, mit der Wertbeeinträchtigung den eigentlich maßgeblichen Gesichtspunkt des Funktionsverlusts aus den Augen zu verlieren.⁵¹ Dieser haftet vielmehr der Sache unmittelbar selbst an und ist zu bejahen, wenn die Sache nach Rückkehr an den Eigentümer ihre bestimmungsgemäße Funktion nicht mehr erfüllen kann. Insoweit liegt die Sache ähnlich wie bei der Frage nach der Abgrenzung des Gebrauchs vom enteignenden Verbrauch der Sache. Letzterer ist zu bejahen, wenn „die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im Wesentlichen nicht mehr erfüllen kann, wenn sie deshalb im Verkehrssinn eine andere Sache geworden ist.“⁵²

Der Täter handelt also mit Enteignungswillen, wenn er dem Berechtigten die *bestimmungsgemäße Funktion der Sache dauerhaft vorenthalten* will. Dabei bleibt es sich gleich, ob er dafür dem Eigentümer den Zugriff auf die Sache verwehrt oder der Sache die bestimmungsgemäße Funktion dauerhaft entzieht. Legt man dieses Verständnis zum Enteignungswillen zugrunde, so lassen sich die Beispiele (oben unter c) bb) (2) wie folgt lösen:

⁵⁰ In dieser Richtung aber *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 80. Wie hier *Rudolphi*, GA 1965, 33 (47).

⁵¹ Denn ein Wertverlust wäre auch schon bei bloßen Funktionsbeeinträchtigungen feststellbar. Zu Fehldeutungen des Begriffs der Sachwertzueignung vgl. die Beispiele aus der Rspr. bei *Rudolphi*, JR 1985, 252.

⁵² RGSt 44, 335 (336).

In den *Guthabenfällen* handelt der Täter mit Enteignungswillen, wenn der Guthabenträger (Sparbuch, Telefon- bzw. Kopiergeldkarte) nach Gebrauch einen Guthabenstand aufweisen soll, der hinter dem zur Zeit der Wegnahme in dem Träger verbrieften Stand zurückbleibt.⁵³ Wer hingegen eine Geldautomatenkarte wegnimmt, um über diese Geld am Geldautomaten abzuheben, bevor sie an den Eigentümer zurückgelangt, entzieht der Karte damit nicht ihre bestimmungsgemäße Funktion als Zugangsschlüssel zum Bankkonto.⁵⁴ Er setzt die Karte lediglich zu Täuschungszwecken ein.⁵⁵

In den *Verbrauchsfällen* ist eine Zueignung zu bejahen, wenn die Sache ihre bestimmungsgemäße Funktion nicht mehr wahrnehmen kann, etwa weil der abgebrannte Feuerwerkskörper nicht mehr funktioniert, die Eintrittskarte nach Ablauf der Veranstaltung keinen Zutritt zu dieser Veranstaltung mehr verschaffen oder die Tageszeitung vom Vortag nicht mehr aktuell informieren kann. Wird demgegenüber eine Campingausrüstung weggenommen, um sie nach Ende der Campingsaison an den Eigentümer zurückzugeben, so ist damit kein Funktionsverlust verbunden. Denn das Campen mit dieser Ausrüstung ist nicht allein auf diese Saison beschränkt.⁵⁶ Gleiches gilt für denjenigen, der ein Fahrzeug intensiv nutzen will⁵⁷ und dabei zwar mit deutlichen Abnut-

⁵³ *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 122 nimmt hingegen an, dass ein Sparbuch seine Funktion, einen Guthabenstand zu dokumentieren, auch noch aufweisen könne, wenn der Täter es „leergeräumt“ habe. Denn auch nach Einziehung der Forderung unter Vorlage des Sparbuchs sei das Sparbuch geeignet, den nunmehr aktuellen Stand der Forderung zu dokumentieren. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Guthabenträger (hier also das Sparbuch) ist untrennbar mit einer individuellen Forderung verknüpft und erfüllt seinen Zweck damit, dass er den status quo (etwa eine Forderung in Höhe von 1000,- €) dokumentiert. Wer den Guthabenstand verringert, macht diese zur Zeit der Wegnahme bestehende Funktion (Dokumentation dieses Guthabenstandes von 1000,- €) zunichte und gibt eine andere als die weggenommene Sache zurück. Zu demselben Ergebnis gelangt die h.M. mit einem restriktiven Sachwertbegriff (Sparbuch gelange nach Entwertung als leere Hülle zurück), vgl. bei *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 160; *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 60; jew. m.w.N.

⁵⁴ Ebenso BGHSt 35, 152 (156). Siehe dazu auch bei *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 163 ff.; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 54.

⁵⁵ Ebenso liegt es bei anderen Täuschungsfällen, etwa bei der Rückgabe entwendeter Dienstausrüstung bei der Kleiderkammer als die angeblich dem Täter überlassene Ausrüstung (hier fehlt zudem die Aneignungskomponente, vgl. oben im Text unter II. 2. b) bb). Zu den Inkassofällen bei Aushändigung eines Warenpakets vgl. die Darstellung bei *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 58.

⁵⁶ *Rudolphi*, GA 1965, 33 (47 f.). Im Ergebnis ebenso *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 181.

⁵⁷ Anders die Rechtsprechung, die allein auf einen wirtschaftlichen Wertverlust der Sache abstellt, vgl. BGHSt 34, 309 (312), zustimmend aus dem Schrifttum z.B. *Wessels/Hillen-*

zungerscheinungen rechnet, einen Verlust der Fahrtauglichkeit aber nicht in Kauf nimmt. Soweit im Schrifttum eine Zueignung durch übermäßigen Gebrauch dann angenommen wird, wenn der berechtigte Eigentümer eine Ersatzanschaffung vorgenommen hat,⁵⁸ überzeugt dies nicht. Zum einen trägt der Gedanke des Zwangs zur Ersatzanschaffung allenfalls bei Gegenständen des täglichen Gebrauchs, nicht aber bei Luxusartikeln. Vor allem aber führt eine Ersatzbeschaffung nur dazu, dass die wiedererlangte Sache für den Berechtigten *nutzlos* geworden ist, ändert aber nichts daran, dass sie für ihn tatsächlich ihrer Funktion entsprechend noch nutzbar ist.⁵⁹

In dem *Rückverkaufsfall* ist danach zu differenzieren, ob dem Berechtigten die Sache als ihm gehörig verschafft werden soll (etwa im Zusammenhang mit einer Erpressung) oder ob der Berechtigte unerkannt auf die ihm gehörende Sache zugreifen soll (der Täter die Sache also betrügerisch an den Eigentümer verkaufen will). Nur in dem zuletzt genannten Fall lässt sich die Zueignungsabsicht – speziell der Enteignungswille des Täters – bejahen.⁶⁰ Maßgeblich ist hierbei allerdings nicht der Verlust der bestimmungsgemäßen Funktion, da die in Unkenntnis des schon bestehenden Eigentumsrechts erworbene Sache uneingeschränkt funktionsfähig ist. Entscheidend ist vielmehr, dass dem Berechtigten verborgen bleibt, dass er die verloren gegangenen Funktionsmöglichkeiten an der weggenommenen Sache vollumfänglich wieder ausüben kann, da sich seine Vorstellung auf die Wahrnehmung von Herrschaftsrechten an einer anderen Sache bezieht. Damit entzieht der Täter dem Berechtigten die ursprünglich an der Sache bestehenden Herrschaftsrechte aber auf Dauer.⁶¹ Demzufolge handelt auch derjenige mit Enteignungswillen, der eine Sache wegnimmt, um sie dem Eigentümer als andere Sache zurückzuverkaufen, wenn er billigend in Kauf nimmt, dass dem Berechtigten verborgen bleibt, dass es sich um die weggenommene Sache handelt.

kamp (Fn. 12), Rn. 148; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 50; *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 54 a.E.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 45), § 33 Rn. 40; *Fricke*, MDR 1988, 538 (540) geht dabei von einem Wertverlust von 50% aus, da dann von einer beginnenden Wertauflösung auszugehen sei.

⁵⁸ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 148 a.E.; *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 126.

⁵⁹ In diesen Fällen bleibt es also beim zivilrechtlichen Schadensersatz.

⁶⁰ Wer die Sache hingegen in dem Bewusstsein zurückerlangt, dass es sich dabei um die ihm weggenommene handelt, kann an dieser auch die für die Dauer der Wegnahme entzogenen Herrschaftsrechte wieder ausüben; die Wegnahme ist dann nur eine Vorbereitungshandlung für die beabsichtigte Erpressung.

⁶¹ Anders *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 95: Der Berechtigte erhalte Nutzungsmöglichkeiten vollumfänglich zurück; im Ergebnis wie hier (allerdings mit Wertgesichtspunkten arbeitend): RGSt 40, 10 (12); BGHSt 24, 115 (119); *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 50 a.E.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 159; s. aber auch *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 62.

cc) Neuverkaufswert als bestimmungsgemäße Funktion der Sache?

Wendet man sich nach diesen abstrakten Betrachtungen zur Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht und der Diskussion um Sachsubstanz und Sachwert wieder der Lösung des oben angeführten Beispielsfalles 3 zu, so ist festzuhalten, dass das OLG Celle (im Ansatz wie hier) auf die zweckbestimmte Nutzbarkeit der Sache bzw. auf den Verlust der Funktionsfähigkeit abstellt.⁶² Würde man dem OLG Celle weiter folgen und die bestimmungsgemäße Funktion des Taschenbuches in dem Verkauf als neuwertiges Buch sehen, so müsste es in tatsächlicher Sicht darauf ankommen, wie sorgsam A mit dem Buch umgehen wollte.⁶³

Demgegenüber will ein Teil des Schrifttums die Zueignungsabsicht auch verneinen, wenn vom Täter eine unsorgfältige Behandlung gewollt war, die den Neuverkaufswert zunichte machen würde. Zwar sei in diesem Fall der Enteignungswille hinsichtlich des Neuverkaufswerts (bzw. der Funktion, als neues Buch verkauft werden zu können) zu bejahen, doch fehle die erforderliche Korrespondenz zwischen Enteignung (Entzug des Neuverkaufswertes) und Aneignung. Dem Täter komme es ja nicht entscheidend darauf an, gerade ein neues Buch zu nutzen.⁶⁴ Bei dieser Argumentation überzeugt aber bereits das Verständnis einer Korrespondenz zwischen Enteignung und Aneignung nicht. Die gewollte Enteignung muss sich nämlich nicht vollumfänglich in der beabsichtigten Aneignung widerspiegeln. Wäre dem so, müsste sich die dauerhafte Verdrängung des berechtigten Eigentümers gerade auch in einer dauerhaften Nutzung durch den Täter (oder den Dritten) niederschlagen.⁶⁵ Spiegelbildlich muss die Enteignung vielmehr nur insoweit sein, wie die Aneignung reicht,⁶⁶ d.h. die Aneignung muss enteignenden Charakter haben. Demgegenüber kann der dauerhafte Ausschluss des Berechtigten auf Umständen beruhen, die sich nicht zugleich in der Aneignung widerspiegeln müssen.⁶⁷

Einem Buch kommt jedoch, wenn es sich wie im Beispielsfall 3 im Eigentum eines Verkäufers befindet, der ausschließlich neuwertige Bücher verkauft, ohnehin *nicht* die bestimmungsgemäße Funktion zu, *als Neuverkaufsware* zu dienen.⁶⁸ Eine solche Eigenschaft kann einer Sache bestimmungsgemäß nur dann zukommen, wenn gerade und allein der Neuwert dauerhaft mit der Sache verknüpft sein soll (etwa als

⁶² Vgl. oben II. 2. c) aa).

⁶³ So *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 53; *ders.* (Fn. 14), S. 31, Fall 3 A 35b; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 114; *Otto* (Fn. 9) § 40 Rn. 62; *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 61; *Ruß* (Fn. 16), § 242 Rn. 54; wohl auch *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 120 und *Schroeder*, JR 1967, 390 (391).

⁶⁴ So *Eser* (Fn. 14), S. 31, Fall 3 A 37; *Androulakis*, JuS 1968, 409 (413); *Deubner*, NJW 1967, 1921 (1922); ähnlich auch *Rotsch*, JA 2004, 532 (536).

⁶⁵ Eine dauerhafte Aneignung ist aber ja auch nicht erforderlich.

⁶⁶ Vgl. oben im Text unter II. 2. b) bb) a.E.

⁶⁷ *Hoyer* (Fn. 26), § 242 Rn. 83 m.w.N.

⁶⁸ Im Ergebnis ebenso *Fahl*, JA 2002, 649 (653); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 182.

Unikat unter Sammlern). Dies lässt sich für eine Verkaufsware nicht behaupten. Diese mag mal als neue Sache, mal als antiquarische Sache einen gewissen Wert haben. Die flüchtige Eigenschaft, als neu verkauft werden zu können, ist keine typische, der Sache zukommende Funktion und damit keine wesentliche Nutzungsbefugnis, die gerade dem Eigentümer zukommt.⁶⁹ Wäre dem so, so ist bei der Ingebrauchnahme neuer Kraftfahrzeuge Diebstahl gegeben, bei der Verwendung gebrauchter Fahrzeuge nur § 248b StGB verwirklicht. Diese Differenzierung lässt sich dem Wortlaut des § 248b Abs. 1 StGB (der auch neue Fahrzeuge erfasst) jedoch nicht entnehmen.⁷⁰ Die bestimmungsgemäße Funktion eines Buches liegt darin, gelesen zu werden, sie erlischt erst, wenn das Buch nicht mehr lesbar ist. Im Beispielsfall 3 ist deshalb die Zueignungsabsicht zu verneinen, weil A dem W nicht dauerhaft das Buch bzw. seine bestimmungsgemäße Funktion vorenthalten will.

d) Zur Drittzueignungsabsicht

Die Absicht, die Sache einem Dritten zuzueignen, betrifft allein die Aneignungskomponente. Nicht der Täter, sondern ein Dritter soll die Sache zu eigenen Zwecken nutzen können, ohne dabei als Fremdbesitzer aufzutreten. Noch nicht abschließend geklärt ist die Antwort auf die Frage, inwiefern der Täter die Aneignung durch den Dritten bewirken muss, damit eine Drittzueignung bejaht werden kann. Außer Frage steht, dass die Nutzung der Sache nur der Dritte selbst vornehmen kann. Damit ist auch klargestellt, dass eine Drittzueignung (§ 246 StGB) ebenso wie die Drittzueignungsabsicht ausscheidet, wenn aus Sicht des Täters nicht mit einer Nutzung durch den Dritten zu rechnen ist (der Dritte wird die Sache zerstören etc.). Damit aber von einer (beabsichtigten) *Drittzueignung* durch den Täter gesprochen werden kann, muss dieser zumindest⁷¹ täterschaftlich bewirken, dass die von ihm beabsichtigte Nutzung dem Dritten ermöglicht wird.⁷² Das ist zu bejahen, wenn der Täter den Zugriff auf die Sache bzw. die Verwendung der Sache gerade für den Dritten erleichtert (indem er sie nur ihm zur Verfügung stellt etc.). Eine *Abgrenzung* zur Selbstzueignungsabsicht ist dort möglich, wo der Täter eine Sache wegnimmt, um sie weiter zu verkaufen oder zu verschenken.⁷³ Bei § 242 StGB ist diese Abgrenzung aber letztlich nicht entscheidend, da der Täter bei der Wegnahme die Sache entweder sich oder einem Drit-

ten aneignen wollte und damit auf jeden Fall⁷⁴ mit Zueignungsabsicht handelte.

Mit Einfügung der Drittzueignungsabsicht im Jahre 1998 ist auch jegliche Notwendigkeit entfallen, auch auf Aneignungsseite mit einem Sachwertbegriff zu arbeiten. Soweit die Rechtsprechung früher (etwa für den Fall des beabsichtigten Weiterverkaufs) auch auf Aneignungsseite mit dem Sachwert argumentiert hat (ein Sichzueignen liege auch noch vor, wenn der Täter die Sache veräußere und sich damit zumindest den mittelbaren Nutzen oder Vorteil der Sache aneigne)⁷⁵, ist nunmehr dieser ohnehin anfechtbaren Argumentation⁷⁶ im Hinblick auf die Drittzueignungsabsicht nicht mehr zu folgen.⁷⁷

3. Strafantragserfordernis (§ 248a StGB)

Sofern es sich bei dem Diebstahlsubjekt um eine geringwertige Sache (derzeit bis 50,- €)⁷⁸ handelt, bedarf es nach § 248a StGB eines Strafantrags, es sei denn die Staatsanwaltschaft hält wegen des besonderen öffentlichen Interesses ein Einschreiten von Amts wegen für geboten (so etwa bei Serien- und Rückfalltätern). Im Rahmen einer Handlungseinheit sind für die Beurteilung der Geringwertigkeit die Beträge der einzelnen Objekte nicht isoliert zu betrachten, sondern zu *addieren*. Gleiches gilt für die Beute mehrerer Tatbeteiligter: Auch hier entscheidet der Gesamtwert. Bleibt der Diebstahl im Versuch stecken, so ist der Wert der anvisierten Sache maßgeblich.

Strittig ist die Anwendbarkeit des § 248a StGB, wenn der Täter zunächst eine höherwertige Sache mitnehmen will, stattdessen (ohne den Wegnahmevorsatz aufzugeben) aber eine geringwertige wegnimmt (Vorsatzwechsel). Die h.M.⁷⁹ wendet hier § 248a StGB mit dem Argument an, dass letztlich der Wert des mitgenommenen Objekts maßgeblich sei. Dem tritt eine Ansicht im Schrifttum entgegen⁸⁰, um Diskrepanzen zu den Fällen des fehlgeschlagenen Diebstahlsver-

⁶⁹ Ebenso *Widmann*, MDR 1969, 529 (530).

⁷⁰ *Widmann*, MDR 1969, 529 (530).

⁷¹ Enger *Schmitz* (Fn. 13), § 242 Rn. 136: Täter müsse den Aneignungserfolg (also bereits den Nutzungseffekt) beim Dritten herbeiführen.

⁷² So die wohl h.M., vgl. z.B. bei: *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 69 f. („Herstellung einer sachenrechtsähnlichen Herrschaftsbeziehung des Dritten“); *Küper* (Fn. 8), S. 485: dem Dritten muss die Möglichkeit verschafft werden, die Sache für dessen Vermögenszwecke zu nutzen; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 12), Rn. 153 („eines die Sachherrschaft täterschaftlich verändernden Verhaltens zu Gunsten des Dritten“).

⁷³ Vgl. dazu die Fallgruppen bei *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 71-72a.

⁷⁴ Bedeutsam kann die Frage bei der Unterschlagung werden, da eine Selbstzueignung (durch Auftreten als Verkäufer, Schenker etc.) zeitlich gesehen früher eintritt als die Drittzueignung (durch Übergabe der Sache an den Dritten).

⁷⁵ Zusammenstellung der Rechtsprechung bei *Küper* (Fn. 8), S. 479 f.

⁷⁶ Wer eine Sache veräußern will, beabsichtigt die Nutzung der Sachsubstanz zu eigenen Zwecken; ein Ausweichen auf den Sachwert ist hier nicht erforderlich, vgl. auch *Küper* (Fn. 8), S. 483 f.

⁷⁷ *Rengier* (Fn. 14), § 2 Rn. 76.

⁷⁸ OLG Hamm NJW 2003, 3145; *Lackner/Kühl* (Fn. 16), § 248a Rn. 3; anders (nur 30,- €): OLG Oldenburg NSTZ-RR 2005, 111; *Fischer* (Fn. 6), § 248a Rn. 3; zur Wertgrenze eingehend *Henseler*, StV 2007, 323 ff. Zur Geringwertigkeit vgl. auch nachfolgend im Text unter III. 3.

⁷⁹ *Schmitz* (Fn. 13), § 248a Rn. 13.

⁸⁰ *Eser* (Fn. 8), § 248a Rn. 17.

suchs⁸¹ zu vermeiden, in denen die Anwendbarkeit des § 248a StGB abgelehnt wird.

Anders als beim Strafantragserfordernis aus § 247 StGB, das den „Diebstahl“ schlechthin (also auch §§ 244, 244a StGB) erfasst, bezieht sich das Antragserfordernis in § 248a StGB nur auf den einfachen Diebstahl („Diebstahl in dem Fall des § 242 StGB“).

⁸¹ Der Täter wollte etwas Hochwertiges wegnehmen, setzt dazu auch an, kann dann aber (mangels Objekt) gar nichts wegnehmen.

„Si tacuisses ...“

Eine methodische Darstellung der Aussagedelikte

Von Wiss. Mitarbeiterinnen **Ruth Katzenberger** und **Tamara Pitz**, Augsburg*

Die Aussagedelikte sollen die Rechtspflege effektiv vor falschen Entscheidungen – wie sie aus der Verwertung wahrheitswidriger Aussagen resultieren können – schützen. Wie wichtig dieser Schutz dem Gesetzgeber seit jeher ist, zeigen die drakonischen Strafen, die den Täter eines Aussagedelikts erwarten: So hatte der Delinquent früher¹ das Abhacken der Schwurfinger oder Herausreißen der Zunge zu befürchten und muss heute mit empfindlichen Freiheitsstrafen rechnen – denn eine Geldstrafe sieht das Gesetz zumeist nicht vor.

Obwohl die Aussagedelikte regelmäßig nicht zu den beliebten Themengebieten bei Studenten gehören, sollte auch im Studium ihre Bedeutung nicht unterschätzt werden. Der folgende Beitrag beschäftigt sich daher mit den prüfungsrelevanten Problemkreisen im Rahmen der Aussagedelikte.

A. Einführung

I. Schutzgut

Die in den §§ 153 ff. StGB normierten Aussagedelikte bezwecken, die Beweistauglichkeit menschlicher Aussagen und ihrer eidlichen Bestätigung für bestimmte amtliche Verfahren zu stärken, dadurch die Ermittlung der Wahrheit zu gewährleisten und so das Vertrauen in die Gerechtigkeit der staatlichen Rechtspflege zu erhalten.²

Ausgehend hiervon ist Schutzgut der §§ 153 ff. StGB das öffentliche Interesse an einer wahrheitsgemäßen Tatsachenfeststellung im – zumeist gerichtlichen – Beweisverfahren.³

II. Deliktsnatur

Die Tatbestände der §§ 153 ff. StGB verlangen keinen Erfolg in Gestalt einer – aufgrund der falschen Angaben getroffenen – unrichtigen Tatsachenfeststellung oder Fehlentscheidung. Vielmehr genügt schon das bloße Tätigen der falschen Aussage, so dass es sich bei den Aussagedelikten nur um Tätig-

keitsdelikte und damit um abstrakte Gefährdungsdelikte handeln kann.⁴

Zugleich sind die Aussagedelikte eigenhändige Delikte: Die Tatbestände setzen die unmittelbar eigenhändige Vornahme der Tathandlung voraus, weil der besondere Verhaltensunwert des betreffenden Delikts nur auf diese Weise zu realisieren ist. Daher kann, wer die Ausführungshandlung nicht persönlich vornimmt, grundsätzlich nur Teilnehmer sein.⁵ Diese Lücke, die durch die fehlende Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft entsteht, wird durch § 160 StGB in Form einer Ergänzung des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB geschlossen (vgl. dazu unten B. VII.)

III. Falschheit der Aussage

1. „Falschheit“ der Aussage

Über die Auslegung des Begriffs der Falschheit einer Aussage wird heftig gestritten. Gemeinsamer Ausgangspunkt aller Theorien ist, dass „falsch“ eine Aussage dann ist, wenn sich ihr Inhalt („was ausgesagt wird“) mit ihrem Gegenstand („worüber ausgesagt wird“) nicht deckt.⁶ Zu diskutieren ist damit der Gegenstand der Aussage.

Fall 1: X hat am Heiligen Abend seine Oma O mit einer vergifteten Weihnachtsgans getötet. Dabei hat ihn sein Nachbar und Sandkastenfreund N beobachtet. Als N die Zeugenladung zum Mordprozess erhält, geht er davon aus, dass sich der Mord am 1. Weihnachtsfeiertag zugetragen hat. Um X zu schützen, sagt N – seiner Meinung nach wahrheitswidrig – aus, dass er X am Heiligen Abend in der Küche der O gesehen hat, definitiv aber nicht am 1. Weihnachtstag. Ist die Aussage des N falsch i.S.d. § 153 StGB?

a) Objektive Theorie

Die überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung geht von einem objektiven Ansatz aus. Danach sei eine Aussage falsch, wenn ihr Inhalt und das wirkliche Geschehen nicht übereinstimmen, also ein Widerspruch zwischen Wort

* Die Autorinnen sind Wissenschaftliche Mitarbeiterinnen an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht von Prof. Dr. Thomas Rotsch, dem sie für seine hilfreichen Anmerkungen herzlich danken.

¹ Für rechtshistorisch Interessierte findet sich eine detaillierte Darstellung der Entwicklung der Aussagedelikte bis 1870 mit umfangreichen Nachweisen bei H. E. Müller, *Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre*, 2000, S. 8-45. Der Zeitraum ab 1870 wird umfassend von Vormbaum, *Eid, Meineid und Falschaussage*, 1990, S. 7 ff., behandelt.

² BGHSt 10, 142 (143) mit Hinweis auf BGHSt 3, 248; 5, 11; RGSt 73, 144 (147), BGHSt 8, 301 (309).

³ A.A. H. E. Müller, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2005, Bd. 2/2, Vor §§ 153 ff. Rn. 9, der das öffentliche Interesse durch eine Falschaussage nicht angetastet sieht. Geschützt sei vielmehr der Gegenstand dieses Interesses.

⁴ Vgl. statt vieler Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor §§ 153 ff. Rn. 1; A.A. Vormbaum, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, Vor §§ 153 ff. Rn. 19 m.w.N., der in einem erwartungswidrigen Verhalten – in Form der falschen Aussage – eines Verfahrensbeteiligten eine konkrete Gefährdung für die korrekte Tatsachenermittlung sieht.

⁵ Wessels/Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 38. Aufl. 2008, Rn. 40.

⁶ Küper, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. 2008, S. 32.

und Wirklichkeit besteht. Auf die Vorstellung des Aussagenden von dem Sachverhalt komme es dabei nicht an.⁷

In *Fall 1* glaubt N zwar, den Sachverhalt unrichtig darzustellen, tut dies in Wirklichkeit aber nicht. Nach der objektiven Theorie liegt eine Falschaussage nicht vor.

b) Subjektive Theorie

Die Vertreter der subjektiven Theorie stellen auf das Vorstellungsbild des Aussagenden ab. Eine Aussage sei dann falsch, wenn eine Diskrepanz zwischen Aussageinhalt und Wissen des Täters bestehe. Diese Ansicht orientiert sich an der Beweisrolle des Aussagenden, welcher zur Wahrheitsfindung beitragen soll, indem er das wiedergibt, was er aus eigenem Erleben über das Beweisthema weiß.⁸

Nach dieser Theorie sagt N in *Fall 1* falsch aus: Er selbst geht davon aus, dass sein Gesagtes dem tatsächlichen Geschehen widerspricht.

c) Pflichtentheorie

Die Anhänger der sog. Pflichtentheorie halten eine Aussage dann für falsch, wenn sie nicht das Wissen wiedergibt, das der Aussagende hat oder bei prozessordnungsgemäßem Verhalten (sorgfältig-kritischer Prüfung seines Erinnerungs- oder Wahrnehmungsvermögens) reproduzieren könnte.⁹

Auch hiernach ist in *Fall 1* die Aussage des N falsch.

d) Stellungnahme

aa) Wortlaut

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „falsch“ „der Realität nicht entsprechend“. Demnach leuchtet es nicht ein, dass eine Aussage nur deshalb nicht falsch sein soll, weil sie der Vorstellung des Aussagenden entspricht – obwohl das geschilderte Geschehen der Realität widerspricht.

bb) Systematik

Die auf subjektive Elemente abstellenden Ansätze sind mit der Systematik des Gesetzes nur schwerlich vereinbar: Das Gesetz unterscheidet die objektive „falsche“ Aussage von dem darauf bezogenen Vorsatz bzw. der Fahrlässigkeit (§ 162 StGB) und kennt auch den Versuch des Meineids. Damit differenziert das Gesetz zwischen der objektiven Komponente – der Falschheit der Aussage – und der diesbezüglichen subjektiven Vorwerfbarkeit – dem Vorsatz und der Fahrläs-

sigkeit. Würde man mit der rein subjektiven Theorie ein Wissen bzgl. der Falschheit verlangen, wäre der Tatbestand der fahrlässigen Falschaussage quasi überflüssig: Der Täter würde nahezu immer wissentlich und damit vorsätzlich handeln.

Auch lässt sich der Tatbestand des § 160 StGB, der die Verleitung Gutgläubiger zur „falschen Aussage“ betrifft, nur unter Zuhilfenahme der objektiven Lehre sinnvoll erklären.¹⁰

Darüber hinaus hat die Pflichtentheorie im Rahmen des § 163 StGB eine Gleichstellung von „falscher“ und „sorgfaltspflichtwidriger“ Aussage zur Folge. Durch die Schaffung des Fahrlässigkeitstatbestandes des § 163 StGB, in dem zwischen beiden Merkmalen unterscheiden wird, bringt der Gesetzgeber gerade zum Ausdruck, dass eine solche Auslegung nicht seinem Willen entspricht.¹¹

cc) Telos

Wie *Fall 1* plakativ darstellt, geht regelmäßig nur von einer objektiv unwahren Aussage eine Gefahr für das Schutzgut der staatlichen Rechtspflege aus. Abgesichert werden soll eine wahrheitsgemäße Tatsachenfeststellung: Eine richtige Entscheidungsgrundlage ist immer dann gewährleistet, wenn Wort und Wirklichkeit übereinstimmen.

Die Aussage des N in *Fall 1* ist daher nicht falsch.

2. Gegenstand der Aussage und Umfang der Wahrheitspflicht

a) Aussagegegenstand

Aussage ist die sprachliche Wiedergabe von Tatsachen, d.h. – in Abgrenzung zu Schlussfolgerungen und Wertungen – von vergangenen oder gegenwärtigen Ereignissen oder Zuständen in der Außenwelt oder im Inneren von Menschen.¹² Neben dieser Erfassung von äußeren und inneren Tatsachen treten beim Sachverständigen Werturteile hinzu.¹³

b) Umfang der Wahrheitspflicht

Der Wahrheitspflicht unterliegen alle, aber auch nur die Angaben, die Gegenstand der Vernehmung sind, vgl. §§ 69 StPO, 396 ZPO.¹⁴ Was Gegenstand der Vernehmung ist, definieren die jeweiligen Prozessordnungen. Im Strafverfahren wird gem. § 69 Abs. 1 S. 2 StPO dem Zeugen vor seiner Vernehmung der Vernehmungsgegenstand formlos bekannt gegeben, wohingegen im Zivilprozess i.d.R. ein förmlicher Beweisbeschluss gem. §§ 358, 359 ZPO ergeht. Beide Verfahrensordnungen ermöglichen es, den Vernehmungsgegenstand darüber hinaus durch Fragen zu erweitern, vgl. §§ 68 Abs. 4, 69 Abs. 2, 240 StPO, 396 Abs. 2, 3, 397 ZPO.

⁷ Vgl. statt vieler *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 153 Rn. 4 m.w.N.; BGHSt 7, 147 (148).

⁸ *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 275 ff.; *ders.* in GA 1957, 315; *Willms*, in: Jescheck/Ruß/*ders.* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 10. Aufl. 1988, Vor § 153 Rn. 9 ff.

⁹ *Otto*, JuS 1984, 162; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 97 Rn. 7 mit Hinweis auf *Schmidhäuser*, in: Georg-August-Universität zu Göttingen (Hrsg.), Festschrift zum 250jährigem Bestehen des OLG Celle, 1961, S. 207 ff.; im Ergebnis zustimmend *Vormbaum* (Fn. 4), § 153 Rn. 79 ff.

¹⁰ Vgl. statt vieler *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2008, § 49 Rn. 8.

¹¹ Vgl. statt vieler *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 153 ff. Rn. 6.

¹² *Fischer* (Fn. 7), § 153 Rn. 3.

¹³ *Rengier* (Fn. 10), § 49 Rn. 10.

¹⁴ *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 746.

Dass die Bestimmung des Umfangs der Wahrheitspflicht durchaus Schwierigkeiten aufwerfen kann, zeigen die folgenden prüfungsrelevanten Fälle.

aa) Angaben zur Person

Fall 2: Die beiden alternden Schönheiten A und B müssen im Strafverfahren vor Gericht aussagen, wobei A als Zeugin und B als Sachverständige gehört wird. Da es beiden unangenehm ist, ihr wahres Alter zu offenbaren, machen sich beide in der jeweiligen uneidlichen Vernehmung zur Person um 10 Jahre jünger. Liegt jeweils eine falsche Aussage i.S.d. § 153 StGB vor?

(1) Beim Zeugen

Bei Zeugen gehören die Angaben zur Person zum Vernehmungsgegenstand, § 68 StPO (bzw. § 395 ZPO). Wer, wie A, unrichtige Angaben hinsichtlich seines Alters macht, sagt falsch aus.

(2) Beim Sachverständigen

Da beim Sachverständigen der Vernehmungsgegenstand durch die Formulierung des Gutachtauftrages definiert werde, unterfielen Angaben zur Person nach einer Ansicht nicht der Aussage als Sachverständiger. Das Gericht könne aber den Sachverständigen als Zeugen vernehmen, wenn es die Aussage des Sachverständigen auch auf die persönlichen Verhältnisse erstrecken will.¹⁵

Nach anderer Ansicht seien Angaben zur Person sehr wohl Teil seiner Vernehmung als Sachverständiger.¹⁶

Relevant für die richtige Tatsachenfeststellung ist im Rahmen der Sachverständigenvernehmung grundsätzlich nur dessen Gutachten, nicht aber die persönlichen Verhältnisse des Gutachters. Daher erscheint es nicht schlüssig, Angaben zur Person als Teil des Gegenstandes der Vernehmung als Sachverständiger mit einzubeziehen. Nachdem B als Sachverständige, nicht aber als Zeugin vernommen wird, sind die falschen Angaben über ihr Alter strafrechtlich nicht relevant.

bb) Verschweigen und Ausschmücken von Tatsachen

Inwieweit das Verschweigen von Tatsachen und das Ausschmücken eines im Kern zutreffenden Sachverhalts zur Unwahrheit der Aussage führt, zeigt

Fall 3: A sagt im Strafverfahren vor Gericht als Zeuge aus, er habe beobachtet, wie der Angeklagte T „wie eine Furie“ auf den Geschädigten O losgegangen sei und brutal auf ihn eingeschlagen habe. Dabei verschweigt A jedoch, dass O zuvor T geschlagen und mit dem Leben bedroht hat. Zudem übertreibt A bei seiner Aussage schamlos, denn in Wahrheit hat T den O lediglich geohrfeigt. Hat A falsch ausgesagt?

¹⁵ RGSt 20, 235, *Vormbaum* (Fn. 4), § 153 Rn. 13 f.; *Ruß*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, *Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 153 Rn. 3.

¹⁶ *Lenckner* (Fn. 11), Vor §§ 153 ff. Rn. 13, § 153 Rn. 4.

Auch das Verschweigen von Tatsachen kann das Merkmal der falschen Aussage erfüllen, wobei es sich nicht um einen Fall des Unterlassens i.S.d. § 13 StGB handelt. Vielmehr folgt aus der prozessualen Aussage- und Wahrheitspflicht, dass der Zeuge auch ungefragt alle Tatsachen angeben muss, die erkennbar mit dem Gegenstand der Vernehmung zusammenhängen und entscheidungserheblich sind.¹⁷ Daher sagt falsch aus, wer zu erkennen gibt, seine in Wahrheit unvollständige Aussage sei vollständig. Wer hingegen erkennbar die Aussage verweigert¹⁸ oder deutlich erklärt, nichts mehr weiter sagen zu wollen,¹⁹ macht keine unrichtigen Angaben.

In *Fall 3* hat A den entscheidungserheblichen Umstand der Notwehrhandlung seitens des T verschwiegen.

Darüber hinaus ist die Aussage des A auch im Hinblick auf die übertriebene Darstellung des Geschehens falsch. Im Falle eines Schuldspruchs sind die für die Strafzumessung relevanten Tatsachen entscheidend, so dass sich die Wahrheitspflicht auch hierauf erstreckt: Wenn ein Zeuge wahrheitswidrig die Begleitumstände einer Straftat durch Ausschmückungen dramatisiert, können diese Auswirkungen auf die Höhe der zu verhängenden Strafe haben.²⁰

cc) Spontanäußerungen

Wie Spontanäußerungen zu behandeln sind, zeigt

Fall 4: Zeuge Z wird in einem Zivilverfahren über den Inhalt von Kaufverhandlungen zwischen seinem Arbeitgeber A und dessen Kunden K befragt. Um die Glaubwürdigkeit von Z zu überprüfen, fragt der Anwalt des K nach, ob Z auch in anderen Zivilverfahren seines Arbeitgebers als Zeuge ausgesagt habe. Z bestätigt dies und erwähnt dabei ungefragt, er habe auch in diesen Fällen wahrheitsgemäß ausgesagt und seine Aussagen seien jeweils von weiteren sieben Zeugen bestätigt worden. Letzteres entspricht nicht der Wahrheit. Ist die Aussage des Z falsch?

Im vorliegenden Fall sah der BGH keinen Verstoß gegen die Wahrheitspflicht, da die Angabe über die den Z bestätigenden Zeugen nicht Gegenstand seiner Vernehmung gewesen sei.²¹ Dieser bestimmt sich, wie bereits ausgeführt, nach den Regeln der jeweiligen Verfahrensordnung. In einem bürgerlichen Rechtsstreit sollen dazu auch Tatsachen, die der Zeuge außerhalb des durch den Beweisbeschluss festgelegten Beweisthemas auf Fragen des Gerichts oder anderer Verfahrensbeteiligter bekundet gehören; auf ihre Erheblichkeit für das betreffende Verfahren komme es insoweit nicht an.²² Spontane Äußerungen, die diesen Rahmen überschreiten,

¹⁷ BGHSt 3, 221 (223); *Rengier* (Fn. 10), § 49 Rn. 13; *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 116. Lieferung, Stand: November 2008, Vor § 153 Rn. 26.

¹⁸ OLG Zweibrücken StV 1993, 423.

¹⁹ *H. E. Müller* (Fn. 3), § 153 Rn. 57 mit Hinweis auf *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, 4. Aufl. 2002, Rn. 1098 m.w.N.

²⁰ OLG München, Beschl. v. 4.3.2009 – 5 StR 38/09.

²¹ BGH NSTZ 1982, 464.

²² KG JR 1978, 77 m. Anm. *Willms*.

fielen nur unter die Wahrheitspflicht, wenn sie auf nachträgliche Erweiterung des Beweisthemas durch den vernehmenden Richter hin bestätigt worden sind.²³

Eine andere Ansicht stimmt dem BGH nur in denjenigen Fällen zu, in denen die Spontanäußerung lediglich entscheidungserhebliche Tatsachen betrifft. Entscheidungserhebliche Äußerungen sollen dann zur Falschheit der Aussage führen, wenn sie nach den Regeln des jeweiligen Verfahrens von dem Gericht bei der Entscheidungsfindung verwertet werden dürfen.²⁴

Da spontane unrichtige Angaben im Falle ihrer Entscheidungserheblichkeit ebenfalls eine Gefahr für die Wahrheitsfindung darstellen, kann dem BGH nicht gefolgt werden.

Die Aussage des Z in *Fall 4* ist damit falsch.

IV. Auswirkungen von Verfahrensverstößen

Ein gerichtliches Verfahren hat prozessordnungsgemäß abzu- laufen. Insbesondere sind die wesentlichen Förmlichkeiten (§§ 64-67 StPO, 481 ff. ZPO) zu wahren. Ein Verstoß gegen Verfahrensregeln kann ggf. sogar die Unverwertbarkeit einer Aussage zur Folge haben.

Welche Auswirkungen die Verletzung prozessualer Vorschriften beim Zustandekommen der Aussage hat, ist umstritten. Unproblematisch sind diejenigen Konstellationen, in denen die Aussageperson nicht in der Rolle eines Zeugen oder Sachverständigen vernommen wird oder es an der Zuständigkeit der vernehmenden Stelle zur eidlichen Vernehmung fehlt: Hier ist bereits der gesetzliche Tatbestand nicht erfüllt.²⁵

Der folgende Fall verdeutlicht eine der umstrittenen Fallvarianten.

Fall 5: Zeuge Z, der Bruder des Angeklagten A, wird im Rahmen eines Diebstahlsprozesses gegen A uneidlich vernommen, dabei aber nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO belehrt. Z gibt wahrheitswidrig an, zur Tatzeit mit A Schafkopf gespielt zu haben. Liegt das Tatbestandsmerkmal der falschen Aussage bei Z vor?

Strafprozessuale Konsequenz der fehlenden Belehrung gem. § 52 StPO ist die Unverwertbarkeit der so gewonnenen Aussage.²⁶

Nach h.M. in Literatur und Rechtsprechung wirken sich Verfahrensverstöße – bei Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten (§§ 64-67 StPO und 481 ff. ZPO) – grundsätzlich nicht auf die Tatbestandsmäßigkeit der Aussagedelikte aus. Berücksichtigung finden diese aber im Rahmen der Strafzumessung in Form einer Strafmilderung.²⁷

Allerdings dienen einzelne Verfahrensnormen auch dem Schutz des Aussagenden vor einer Strafbarkeit gem. §§ 153 ff. StGB, so dass die bloße Strafmilderung diesem Zweck nicht gerecht würde.²⁸ Daher wird teilweise die Tatbestandsmäßigkeit verneint, wenn nach erfolgter Einzelfallbeurteilung feststeht, dass aufgrund der Verfahrensverstöße nicht mehr von einer freien Mitteilung eigenen Wissens, wie sie zum Wesen der Aussage gehört, gesprochen werden kann (insbesondere bei Verstößen gegen § 136a StPO und grober Missachtung der Regeln der §§ 69 StPO, 396 ZPO).²⁹

Nach anderer Ansicht sei eine Aussage nur dann tatbestandsmäßig i.S.d. §§ 153 ff. StGB, wenn sie prozessual verwertbar ist.³⁰ Argumentiert wird mit der Einheitlichkeit der Rechtsordnung: Um Wertungswidersprüche zwischen Prozessrecht und materiellem Recht zu vermeiden, sei das Strafrecht hier an die Wertungen des Prozessrechts gebunden.

Für letzte Ansicht spricht, dass im Fall der Unwahrheit der unverwertbaren Aussage die Rechtspflege nicht gefährdet werden kann, weil die Berücksichtigung dieser Aussage bei der Wahrheitsfindung der Rechtspflege widerspricht.³¹ Es kann nicht sein, dass die zum Schutze des Aussagenden bestehenden Verfahrensvorschriften durch eine spätere Bestrafung aufgrund der Aussagedelikte konterkariert werden. Denn um nichts anderes handelt es sich, wenn einerseits Verfahrensfehler zur Unverwertbarkeit der Aussage führen, gleichzeitig diese Aussage aber eine Strafbarkeit des Aussagenden begründen kann.

Diese Argumentation lässt aber unberücksichtigt, dass die Unverwertbarkeit der Aussage die Aussageperson nicht von der Wahrheitspflicht befreien kann, wenn sie denn aussagt.³² Parallel zu den Zeugnisverweigerungsrechten – die nur ein Recht zu schweigen begründen, nicht aber ein Recht zu lügen – kann auch hier der Schutz des Aussagenden nicht allumfassend gewährt werden. Zudem wird jeder Aussagende vor seiner Aussage über seine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Angaben belehrt. Schließlich wird der Aussagende auch nach der h.M. in Extremfällen vor einer Strafbarkeit geschützt.

Nach der h.M. liegt eine tatbestandsmäßige Falschaussage vor; Z wird jedoch im Rahmen der Strafzumessung privilegiert werden.

²⁸ So auch *Vormbaum* (Fn. 4), § 153 Rn. 26.

²⁹ OLG Köln NJW 1988, 2485 (2487); RGSt 65, 273; *Ruß* (Fn. 15), Vor § 153 Rn. 29 m.w.N. *H. E. Müller* (Fn. 3), § 153 Rn. 30 differenziert nach dem jeweiligen Schutzzweck der Verfahrensnorm. Nicht bestraft werden soll der Falschaussagende, wenn die verletzte Norm den Aussagenden vor Falschaussagen bewahren sollte. „Nicht vorentschieden ist damit, ob in jedem Fall einen entsprechende Einschränkung schon auf Tatbestandsebene erfolgen muss (Reduktion des Merkmals ‚aussagen‘) oder ob ein sonstiger Strafausschluss erfolgen muss.“

³⁰ *Rudolphi* (Fn. 17), Vor § 153 Rn. 34.

³¹ *Rudolphi* (Fn. 17), Vor § 153 Rn. 34.

³² *Lenckner* (Fn. 11), Vor §§ 153 ff. Rn. 23.

²³ BGHSt 25, 244 (246).

²⁴ *Rudolphi* (Fn. 17), Vor § 153 Rn. 25 m.w.N.

²⁵ *Vormbaum* (Fn. 4), § 153 Rn. 27.

²⁶ BGHSt 14, 159 (160); *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 461 m.w.N.

²⁷ BGHSt 10, 142 (144); 16, 232 (235); OLG Karlsruhe StV 2003, 505; *Fischer* (Fn. 7), § 153 Rn. 12.

V. Vorsatz

Der Täter muss das Bewusstsein haben, etwas Unwahres auszusagen oder eine beweisenerhebliche, zum Vernehmungsgegenstand gehörende Tatsache zu verschweigen.³³ Ferner muss sich der Vorsatz auf die Zuständigkeit der vernehmenden Stelle beziehen. Bedingter Vorsatz genügt. Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit regelt § 163 StGB, der sich ausschließlich auf den fahrlässigen Falscheid und die fahrlässige falsche Versicherung an Eides Statt bezieht. Die fahrlässige uneidliche Falschaussage ist straflos.

VI. Täterschaft und Teilnahme

1. Allgemeines

Die Aussagedelikte sind als eigenhändige Delikte konzipiert. Konsequenz einer solche Ausgestaltung ist die Unmöglichkeit eines täterschaftlichen Zusammenwirkens: Eine Begehung in Mittäterschaft oder mittelbarer Täterschaft scheidet aus. Nur derjenige kann sich als Täter wegen einer falschen uneidlichen Aussage oder eines Meineids strafbar machen, der selbst falsch aussagt oder falsch schwört. Konzeptionelle Ausnahme hierzu ist § 160 StGB, der mit der Ahndung der Verleitung zur Falschaussage diese Lücke schließt, indem er die Fälle der mittelbaren Täterschaft bezogen auf die Aussagedelikte gem. §§ 153 ff. StGB erfasst.

Demgegenüber kommt eine Teilnahme nach den allgemeinen Grundsätzen in Betracht. Hierbei ist relevant, ob es sich bei den Aussagedelikten um Sonderdelikte handelt und damit § 28 StGB Anwendung finden muss. Persönliche Merkmale sind all diejenigen, die einen Bezug zur Person des Täters haben. Darunter fallen alle Merkmale, die persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände des Beteiligten betreffen.³⁴

Eine Ansicht sieht in der Stellung als Zeuge oder Sachverständiger ein solches besonderes persönliches Merkmal³⁵: Insbesondere lasse sich der geringe Strafrahmen des § 160 StGB nur dadurch erklären, dass der Zeuge in § 153 StGB einer im Strafrahmen berücksichtigten besonderen Pflicht unterliege.³⁶

Dem kann mit der Gegenansicht, die in der aus der Zeugen- oder Sachverständigenstellung resultierenden Wahrheitspflicht kein besonderes persönliches Merkmal sieht, nicht zugestimmt werden: Die persönlich zu erfüllende prozessuale Wahrheitspflicht umschreibt nur die Grenzen der Angriffsmöglichkeiten auf die Rechtspflege, nicht aber eine pflichtbegründende Sonderposition des Aussagenden gegenüber Dritten.³⁷

Dieser Streit wirkt sich letztlich erst im Rahmen der Strafzumessung aus. Schon aufgrund der Ausgestaltung der

Aussagedelikte als eigenhändige Delikte ist eine Mittäterschaft bzw. mittelbare Täterschaft ausgeschlossen.

2. Teilnahme durch aktives Tun

Eine Teilnahme ist sowohl durch außerprozessuales Handeln als auch durch ein Verhalten im Prozess denkbar. Uneinigkeit herrscht darüber, ob und inwieweit Äußerungen im Prozess und Prozesshandlungen eine strafbare Teilnahme darstellen können.

a) Prozessordnungsgemäße Äußerungen und Prozesshandlungen

Fall 6: Angeklagter A legt gegen einen Strafbefehl wegen Trunkenheit im Verkehr Einspruch ein. Dabei beabsichtigt er, dass sein Beifahrer B in der nun nötigen Hauptverhandlung (§ 411 Abs. 1 S. 2 StPO) wahrheitswidrig angibt, A habe am Tatabend nur Wasser getrunken. Liegt in der Einspruchserhebung durch A eine Teilnahmehandlung vor?

Prozessordnungsgemäße Äußerungen und Prozesshandlungen eines Prozessbeteiligten können sowohl im Straf- als auch im Zivilprozess eine Strafbarkeit nicht begründen: Nach materiellem Recht können Verhaltensweisen mit Strafe nicht bedroht werden, die die entsprechende Prozessordnung ausdrücklich erlaubt.³⁸

b) Prozessordnungswidrige Äußerungen und Prozesshandlungen

aa) Im Strafprozess

Ausgangspunkt jeglicher Überlegungen muss der nemo-tenetur-Grundsatz sein: Niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten. Demnach darf der Angeklagte oder Beschuldigte schweigen oder die ihm zur Last gelegte Tat leugnen. Ihn trifft weder eine Mitwirkungs- noch Wahrheitspflicht. Hierzu

Fall 7: Zeugin Z gibt dem Angeklagten A in ihrer Aussage in der Hauptverhandlung ein falsches Alibi. Als der Richter zwischenzeitlich A zu den Einlassungen der Z befragt, verweigert dieser jegliche Äußerungen. Anschließend wird Z vereidigt. Der Staatsanwalt ist der Ansicht, A habe Z dadurch in ihrer Falschaussage bekräftigt. Liegt tatsächlich eine Beihilfe des A zur Falschaussage der Z vor?

Der BGH hat in dieser Fallkonstellation eine Beihilfe durch tätige Förderung angenommen. Z konnte ihre Aussage „[...] nur dann ohne Besorgnis, sofort des Meineides überführt zu werden, beschwören, wenn sie damit rechnen konnte, daß der Angeklagte ihren Bekundungen nicht entgegen treten werde [...]. Unter diesen Umständen wurde das Vorhaben der [Z], einen Meineid zu leisten, durch jedes Verhalten gefördert, durch das ihr der Angeklagte zu verstehen gab, daß er sie nicht Lügen strafen werde.“³⁹

³³ BGHSt 2, 90 (92).

³⁴ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 28 Rn. 11 m.w.N.

³⁵ Vormbaum (Fn. 4), § 153 Rn. 111.

³⁶ Herzberg, ZStW 88 (1976), 68 (103) m.w.N.

³⁷ Otto, JuS 1984, 161 (166); Lenckner (Fn. 11), Vor §§ 153 ff. Rn. 42 m.w.N.

³⁸ Otto, JuS 1984, 161 (169); Heinrich, JuS 1995, 1115 (1116); Lenckner (Fn. 11), Vor §§ 153 ff. Rn. 36; Rudolphi (Fn. 17), Vor § 153 Rn. 48. Anders BGH NJW 1958, 956.

³⁹ BGH NJW 1958, 956; vgl. auch BGH MDR 1974, 14.

Dem kann nicht gefolgt, denn A hat lediglich sein Recht aus § 257 StPO in Anspruch genommen.⁴⁰ Wenn man mit dem BGH von einer Beihilfesträfbarekeit des A ausgeht, würde A – unter Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz (vgl. § 136 StPO) – unter Strafdrohung zur Preisgabe der Wahrheit verpflichtet.

Insofern lässt sich schon nicht von einem prozesswidrigen Verhalten des A sprechen.

bb) Im Zivilprozess

Anders als der Angeklagte im Strafprozess unterliegen die Prozessparteien im Zivilprozess gem. § 138 ZPO der Wahrheitspflicht.

Fall 8: Kläger K behauptet im Zivilverfahren wider besseres Wissen einen Anspruch auf Zahlung von 1.000,- € aus einem Kaufvertrag mit dem Beklagten B zu haben. Zum Beweis des Kaufvertragsschlusses benennt K den Zeugen Z. Ohne dies vorher mit K abgesprochen zu haben, bestätigt Z der Wahrheit zuwider den Abschluss des Kaufvertrages. Ist K durch die Benennung des Z als Zeugen Teilnehmer an dessen un-
eidlicher Falschaussage?

Dies wird von einer Ansicht mit dem Hinweis auf den Verstoß gegen die Wahrheitspflicht gem. § 138 ZPO bejaht, wobei teilweise von einer Anstiftung⁴¹, teilweise von einer tätigen Beihilfe⁴² ausgegangen wird.

Dabei wird übersehen, dass sich hier der wahrheitswidrig aussagende Zeuge aus freien Stücken zur Falschaussage entscheidet. Die Wahrheitspflicht des § 138 ZPO begründet für denjenigen, der sich prozessordnungswidrig verhält, nicht die Verantwortung für das strafbare Verhalten eines Anderen, der eine falsche Aussage macht. Durch dieses prozessuale Verhalten der Partei wird lediglich die Möglichkeit der Vernehmung des Zeugen geschaffen. Die Entscheidung zur Falschaussage trifft alleine Z.⁴³ Demnach liegt keine Teilnahmehandlung seitens des K vor.

Dagegen läge eine Beihilfe durch tätiges Handeln vor, wenn der Vorsatz des K dahin ginge, seine wahrheitswidrigen Erklärungen sollten auch zur Kenntnis des Zeugen gelangen und diesen im Sinne einer falschen Aussage beeinflussen.⁴⁴

3. Teilnahme durch Unterlassen

a) Anstiftung durch Unterlassen

Nach überwiegender Ansicht ist eine Anstiftung durch Unterlassen nicht möglich.⁴⁵ Hält man eine solche jedoch für denkbar, ist sie in der Regel ausgeschlossen, weil Untätigkeit nur in Ausnahmefällen zum Fassen eines Tatentschlusses

motiviert.⁴⁶ Nachdem diese Problematik Gegenstand des Allgemeinen Teils ist, soll auf sie an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.⁴⁷

b) Beihilfe durch Unterlassen

aa) Allgemeines

Die Möglichkeit einer Beihilfe durch Unterlassen besteht immer – aber auch nur – dann, wenn eine Anstiftung oder Beihilfe durch aktives Tun ausscheidet. Ist Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit ein aktives Tun, kommt es auf ein etwaiges Unterlassen nicht mehr an. „Mit dieser Regel hat es die Judikatur nicht immer genau genommen.“⁴⁸ Nimmt man die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen konsequent vor, verliert die Beihilfe durch Unterlassen im Rahmen der Aussagedelikte an praktischer Bedeutung.

bb) Problem der Benennung eines Zeugen

(1) Garantenstellung im Falle der Annahme eines Unterlassens im Zivilprozess

Verdeutlicht werden soll dies wieder am eben ausgeführten Beispiel.

Fall 9 wie Fall 8

Die Rechtsprechung stellt bei der Benennung eines Zeugen in diversen Entscheidungen auf eine Beihilfe durch Unterlassen ab und verlangt von der (benennenden) Prozesspartei die Verhinderung der falschen Zeugenaussage.⁴⁹ Die Benennung ist nunmehr nicht Anknüpfungspunkt für ein aktives Tun, sondern für die Begründung einer Garantenstellung im Rahmen des Unterlassens. Vorliegend kommt allein eine Garantenstellung der Prozesspartei aus Ingerenz in Betracht. Dabei ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche begründet werden kann.

Eine ältere Ansicht in Literatur und Rechtsprechung gelangte schon über die bloße Benennung eines Zeugen in Verbindung mit der Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO zu einer Garantenstellung. Diese erkennbar zu weit gehende Auffassung wird heute nicht mehr vertreten, denn § 138 ZPO begründet keine Verantwortung für die Wahrhaftigkeit einer Zeugenaussage.⁵⁰

Demgegenüber lehnt eine zu restriktive Ansicht eine Verpflichtung zur Verhinderung einer Falschaussage eines mündigen Zeugen generell ab.⁵¹ Diese Ansicht verkennt, dass durchaus Konstellationen denkbar sind, in denen eine Prozesspartei aufgrund ihres (Vor-)Verhaltens strafrechtlich für die Falschaussage eines Zeugen einstehen soll.

⁴⁰ Ruß (Fn. 15), § 154 Rn. 16 m.w.N.

⁴¹ Lenckner (Fn. 11), Vor §§ 153 ff. Rn. 37.

⁴² BGH NJW 1954, 1818. Nicht nach der Teilnahmeform differenzierend Ruß (Fn. 15), § 154 Rn. 16a.

⁴³ So auch Otto, JuS 1984, 161 (169) m.w.N.

⁴⁴ Ruß (Fn. 15), § 154 Rn. 16a mit Hinweis auf BGH NJW 1954, 1818.

⁴⁵ Heinrich, JuS 1995, 1115 (1116) m.w.N.

⁴⁶ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 26 Rn. 3.

⁴⁷ Ausführlich zum Streitstand Bloy, JA 1987, 490.

⁴⁸ Bockelmann, NJW 1954, 697 (699).

⁴⁹ Vgl. beispielhaft BGHSt 1, 21 (22); 3, 18; 4, 217 (218 f.); 17, 321 (323 f.).

⁵⁰ Vgl. bereits Bockelmann, NJW 1954, 697 (700) und oben B. VI. 2. b) bb)

⁵¹ Vgl. etwa Kelker, Jura 1996, 89 (98); Tenter, wistra 1994, 247.

Daher differenziert eine Mehrheit in Literatur und Rechtsprechung danach, ob mit der Benennung des Zeugen eine „prozessunangemessene besondere Gefahr der Falschaussage“ begründet worden ist.⁵² Wann eine solche Unangemessenheit besteht, bleibt unklar und unterliegt der Einzelfallprüfung.

Schließlich lassen einige Vertreter dieser Auffassung allein die Unangemessenheit nicht genügen, sondern verlangen darüber hinaus ein pflichtwidriges Vorverhalten gerade in Bezug auf die spätere Falschaussage.⁵³

In *Fall 9* besteht mangels Vorliegens besonderer Umstände eine Garantenstellung des K nicht.

(2) Garantenstellung im Falle der Annahme eines Unterlassens im Strafverfahren

Fall 10: Angeklagter A stiftet den von ihm benannten Zeugen Z an, im Mordprozess zu seinen Gunsten falsch auszusagen. A geht nicht davon aus, dass Z vereidigt wird; dennoch geschieht dies. Hat A bezogen auf den Meineid eine Garantenstellung?

Soweit es um die Benennung von Zeugen im Strafprozess geht, muss auch hier der *nemo-tenetur*-Grundsatz Ausgangspunkt aller Überlegungen sein. Den Angeklagten trifft keine Wahrheitspflicht, vielmehr darf er schweigen oder sogar lügen. Muss das Gericht aufgrund einer solchen Lüge zur Aufklärung des Sachverhalts einen Zeugen hören, kann deshalb bei einer Falschaussage des Zeugen keine Interventionspflicht seitens des Angeklagten bestehen. Dies muss auch dann gelten, wenn der Angeklagte den Zeugen formal benannt hat.⁵⁴

A ist in *Fall 10* aufgrund der Benennung des Z als Zeuge nicht Garant.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn man auf die Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage als pflichtwidriges Vorverhalten abstellt. Denn würde man von A verlangen, hier zu intervenieren, sähe er sich einer Gefahr der Strafverfolgung wegen Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage ausgesetzt. Ein Einschreiten vor dem Eid ist ihm daher nicht zumutbar.⁵⁵

(3) Abgrenzung von Tun und Unterlassen

Wie die beiden unterschiedlichen Falllösungen des *Falles 8* beispielhaft zeigen, wird häufig bei ein und demselben Sachverhalt teilweise an ein aktives Tun, teilweise an ein Unterlassen angeknüpft. Daher bedarf es einer differenzierten Auseinandersetzung mit der Frage, welches Verhalten des Prozessbeteiligten Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit sein muss.

Der BGH nimmt ein tätliches Verhalten an, wenn der Prozessbeteiligte die Begehung des Aussagedelikts des Zeugen dadurch fördert, „daß er für den zum [Aussagedelikt] entschlossenen Zeugen über ein bloßes Stillschweigen hinausgehend, äußere Umstände günstiger gestaltet oder Hindernisse aus dem Wege räumt oder fernhält. Das könnte vor allem dadurch geschehen, daß er den Zeugen vor oder bei seiner Vernehmung durch eine ausdrückliche Erklärung oder auf andere Weise wissen läßt, daß er ihn im Falle einer Falschaussage und eines Meineides nicht verraten werde.“⁵⁶ Dabei geht der BGH von einer tätlichen Beihilfe aus.

Eine andere Ansicht nimmt hingegen eine aktive Anstiftung an. Anstiftung sei nicht nur dort gegeben, wo der Haupttäter ohne die Einwirkung des Hintermanns den Entschluss zur Tat überhaupt nicht gefasst, sondern auch dort, wo er ihn nicht durchgehalten haben würde.

Aktive Beihilfe solle hingegen vorliegen, wenn der Zeuge ohnehin zum Aussagedelikt entschlossen ist und wenn die Prozesspartei das weiß oder doch für möglich hält und die Vernehmung des Zeugen in der Erwartung veranlasst, er werde wirklich das Aussagedelikt begehen.⁵⁷

Folgt man der herrschenden Schwerpunkttheorie⁵⁸ liegt in *Fall 8* der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der Benennung des Zeugen und im billigen Verhalten des Prozessbeteiligten im Beweistermin, durch das er konkludent zum Ausdruck bringt, den Zeugen nicht zu verraten; nicht aber in der bloßen Nicht-Intervention.

Grenzt man im Rahmen der Aussagedelikte eine Teilnahme durch aktives Tun konsequent von einer solchen durch Unterlassen ab, so verbleiben letztlich nur wenige Fallkonstellationen, in denen eine Beihilfe durch Unterlassen anzunehmen ist: Denkbar sind überhaupt nur Fälle, in denen der Gehilfe mit einer unrichtigen Aussage des Zeugen entweder überhaupt nicht gerechnet oder diese nicht gebilligt hat.⁵⁹ Erst dann kommt es auf das Vorliegen einer Garantenstellung an.

cc) Garantenstellung aus persönlichem Näheverhältnis

Zum ebenfalls relevanten Problem der Begründung einer Garantenstellung aus persönlichem Näheverhältnis (Ehe, nichteheliche Lebensgemeinschaft, Verwandtschaftsverhältnis)

Fall 11: Im Strafverfahren gegen den Angeklagten A sagen dessen Ehefrau E und die zwölfjährige Tochter T zu Gunsten des A falsch aus. Muss A jeweils intervenieren?

(1) Garantenstellung aus Ehe

Aus der Ehe mit E ergibt sich für A keine Garantenstellung. Er ist nicht verpflichtet, seine Ehefrau von der Verwirklichung der Aussagedelikte abzuhalten: Aus der Ehe ergibt

⁵² Vgl. u.a. BGHSt 4, 327 (329); 17, 321 (323); OLG Düsseldorf NJW 1994, 272.

⁵³ Vgl. etwa *Rudolphi* (Fn. 17), Vor § 153 Rn. 53.

⁵⁴ *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl. 2009, Vor § 153 Rn. 11.

⁵⁵ So auch *Joecks* (Fn. 54), Vor § 153 Rn. 12. A.A. BGH NSStZ 1993, 489.

⁵⁶ BGHSt 17, 321 (323) mit Verweis auf BGHSt 2, 129 (132).

⁵⁷ *Bockelmann*, NJW 1954, 697 (699).

⁵⁸ Vgl. zum Streitstand *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 73 ff.

⁵⁹ *Bockelmann*, NJW 1954, 697 (699).

sich keine Pflicht, die Rechtspflege vor Straftaten des Ehegatten zu schützen. Ebenso muss auch nicht der Ehegatte selbst vor der Begehung von Straftaten geschützt werden.⁶⁰

(2) *Garantenstellung aus Aufsichtspflicht*

Anders liegt der Fall bei T. Gem. §§ 1627, 1631 BGB trifft A eine Aufsichtspflicht über seine minderjährige Tochter: A muss als Elternteil darauf hinwirken, dass T entweder eine wahre Aussage macht oder von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch macht.⁶¹ Begrenzt wird diese Pflicht zum Einschreiten durch den Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit, wenn A die Falschaussage nur dann verhindern kann, wenn er die Wahrheit preisgibt. Eine solche Preisgabe würde sowohl dem Schweigerecht des A und dem nemo-tenetur-Grundsatz, als auch dem abschließenden Charakter des § 138 StGB widersprechen.⁶²

B. Die einzelnen Vorschriften

I. Falsche uneidliche Aussage, § 153 StGB

1. Aufbauschema

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täter Eigenschaft: Zeuge oder Sachverständiger
Problem: Sonderdelikt (Anwendung des § 28 StGB)

b) Tathandlung: Falsch aussagen
Problem: Falschheit der Aussage
→ Bestimmung der Falschheit der Aussage
→ Berichtigung der Aussage vor deren Vollendung
Problem: Umfang der Wahrheitspflicht
→ Angaben zur Person
→ Ausschmücken des tatsächlich wahren Sachverhalts
→ Verschweigen von relevanten Tatsachen
→ Spontanäußerungen

c) Tatort: Gericht oder andere zuständige Stelle

2. Subjektiver Tatbestand

Mindestens dolus eventualis bzgl. 1. a) bis c)

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafzumessung

1. Aussagenotstand, § 157 StGB

2. Berichtigung der Aussage nach deren Beendigung, § 158 StGB

2. Tatbestand

a) Täterkreis

Täter kann im Rahmen des § 153 StGB nur ein Zeuge oder Sachverständiger, nicht aber der Angeklagte oder eine Zivilpartei sein. Dabei bestimmt sich die Partei-, Beschuldigten- oder Zeugenrolle nach dem jeweiligen Verfahrensrecht.

b) Falsch aussagen

Neben den bereits oben unter A. III. erörterten Problemen tritt die Frage auf, ob § 153 StGB eine mündliche Bekundung verlangt oder eine schriftliche zur Tatbestandsverwirklichung genügen lässt.

Nach überwiegender Ansicht erfassen die §§ 153 ff. StGB grundsätzlich nur die mündliche Aussage, welche nicht durch eine schriftlich ersetzt werden kann.⁶³ Eine Ausnahme bilden freilich nach einhelliger Meinung schriftliche Aussagen von Hör- oder Sprachbehinderten (§ 186 GVG).

Eine andere Ansicht geht davon aus, dass schriftliche Äußerungen dann den Tatbestand der §§ 153 StGB erfüllen können, wenn die jeweiligen Prozessordnungen die Abgabe schriftlicher Erklärungen gestatten.⁶⁴

Letzter Auffassung kann nicht zugestimmt werden, da der Gesetzgeber bei Schaffung der Aussagedelikte eine Aussage im Rahmen einer Vernehmung vor Augen hatte. Nur bei dieser lassen sich durch Vorhalte und Rückfragen Missverständnisse und Widersprüche klären⁶⁵ und nur hier ist eine eindringliche Belehrung zur Wahrheitspflicht möglich.

c) Berichtigung der Aussage vor deren Vollendung

Fall 12: Zeuge Z gibt der Wahrheit zuwider an, der Angeklagten A habe das i-Phone nicht gestohlen, sondern käuflich erworben. Nach eindringlicher Belehrung seitens der Staatsanwaltschaft korrigiert Z seine Aussage. Liegt eine Falschaussage i.S.d. § 153 StGB vor?

Die Korrektur kann für die Tatbestandsmäßigkeit nur dann eine Rolle spielen, wenn zum Zeitpunkt ihrer Vornahme die Aussage noch nicht vollendet ist. Vollendung tritt mit Abschluss der Vernehmung ein, d.h. „wenn der Richter zu erkennen gegeben hat, daß er von dem Zeugen keine weitere Auskunft über den Vernehmungsgegenstand erwartet, und der Zeuge, daß er seinerseits nichts mehr bekunden und das bisher Bekundete als seine verantwortliche Aussage gelten lassen will“⁶⁶. Möglich ist demnach, dass sich eine Vernehmung über mehrere Termine zieht⁶⁷ oder ein Zeuge in einem Termin mehrmals abschließend gehört wird⁶⁸.

In *Fall 12* stellt Z den Sachverhalt noch vor Abschluss der Vernehmung und somit rechtzeitig richtig, so dass sein Verhalten den Tatbestand des § 153 StGB nicht erfüllt. Ein Versuch ist nicht strafbar.

Bringt der Zeuge erst nach Vollendung seiner Aussage die Wahrheit zum Ausdruck, kommt lediglich die Berichtigung gem. § 158 StGB in Betracht. Dazu unten B. V.

⁶⁰ Heinrich, JuS 1995, 1115 (1119) m.w.N. A.A. BGH NJW 1953, 591; BGHSt 6, 322 (323).

⁶¹ Heinrich, JuS 1995, 1115 (1119).

⁶² Lenckner (Fn. 11), Vor §§ 153 ff. Rn. 38; Vormbaum (Fn. 4), § 153 Rn. 115.

⁶³ Vgl. statt Vieler Ruß (Fn. 15), § 153 Rn. 4.

⁶⁴ Lenckner (Fn. 11), Vor §§ 153 ff. Rn. 22.

⁶⁵ Ruß (Fn. 15), § 153 Rn. 4.

⁶⁶ BGHSt 8, 302 (314).

⁶⁷ BGH NSTZ 1984, 418.

⁶⁸ BGHSt 4, 172 (177).

d) Zuständige Stelle

Dem Tatbestandsmerkmal „Gericht“ lassen sich das Disziplinargericht und der Untersuchungsausschuss (vgl. § 162 Abs. 2 StGB), nicht aber das Schiedsgericht subsumieren.⁶⁹

3. Zusammentreffen mit anderen Tatbeständen

Wird der Zeuge auf seine Aussage beeidigt, geht § 154 StGB dem § 153 StGB vor.

Verwirklicht der Täter den Tatbestand des § 153 StGB, ist insbesondere an die Prüfung der §§ 145d, 164, 258 und 263 StGB zu denken, wobei ggf. Tateinheit vorliegt.

Realkonkurrenz liegt dann vor, wenn mehrere uneidliche Aussagen in einem Verfahren in verschiedenen Instanzen gemacht werden. Dagegen ist von Idealkonkurrenz auszugehen, wenn in derselben Instanz mehrfach falsch ausgesagt wird.⁷⁰

II. Meineid, § 154 StGB

§ 154 StGB stellt bezogen auf Zeugen und Sachverständige eine Qualifikation des § 153 StGB dar. Hinsichtlich der Bestrafung von Dolmetschern und Prozessparteien bildet er einen selbständigen Tatbestand.

1. Aufbauschema

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tätereigenschaft: Zeuge, Sachverständiger, Dolmetscher und Zivilpartei

b) Tathandlung: Falsch schwören

c) Tatort: Gericht oder andere zuständige Stelle

2. Subjektiver Tatbestand

Mindestens *dolus eventualis* bzgl. 1. a) bis c)

Problem: Vorsatz bzgl. der Zuständigkeit der den Eid abnehmenden Stelle

Problem: Fahrlässiger Falscheid, § 163 StGB

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafzumessung

1. Aussagenotstand, § 157 StGB

2. Berichtigung der Aussage nach deren Beendigung, § 158 StGB

*2. Tatbestand**a) Täterkreis*

Im Verhältnis zu § 153 StGB ist der Täterkreis erweitert. Täter können neben Zeugen und Sachverständigen auch Dolmetscher und Zivilparteien sein.

Problematisch sind Konstellationen, in denen dem Aussagenden nach der jeweiligen Prozessordnung kein Eid abgenommen werden darf.

Zur Frage der Strafbarkeit eines Eidesunmündigen

Fall 13: Der 15-jährige Zeuge Z gibt bei seinen Angaben zur Person an, er sei bereits 17 Jahre alt. Er wird darauf vereidigt. Ist Z tauglicher Täter eines Meineids?

Die h.M. sieht auch in eidesunmündigen Personen unter 16 Jahren (§§ 60 Nr. 1 StPO, 393 ZPO) taugliche Täter.⁷¹ Wenn sich ein eidesunmündiger Täter wegen falscher Aussage strafbar machen kann, müsse von ihm verlangt werden, die Wahrheitspflicht vor Gericht anzuerkennen. Daher sei nicht einzusehen, warum er nicht auch begreifen können sollte, dass eine förmliche Bekräftigung seiner Wahrheitspflichtverletzung schwerer wiegt.⁷²

Nach richtiger Ansicht ist dem zu widersprechen, denn in der gesetzlichen Altersgrenze liegt eine unwiderlegliche Vermutung dafür begründet, dass Jugendlichen unter 16 Jahren die erforderliche Einsicht in den besonderen Unrechtsgehalt eines Eidesdeliktes fehlt.⁷³ Dieser Schutz des Eidesunmündigen darf insbesondere nicht durch die beim Meineid erhöhte Strafandrohung ausgehöhlt werden.

Demnach ist Z nicht tauglicher Täter eines Meineids.

b) Falsch schwören

Falsch schwören ist das Beschwören – d.h. die besondere Beteuerung der Wahrheit in der gesetzlich feierlichen Form – einer falschen Aussage.⁷⁴ Ein Eid i.S.d. § 154 setzt die Beachtung der wesentlichen äußeren Formen der Eidesleistung voraus.⁷⁵ Gem. § 155 StGB werden die den Eid ersetzenden Bekräftigungen und die Berufung auf einen früheren Eid oder auf eine frühere Bekräftigung dem Eid gleichgesetzt.

c) Zuständige Stelle

Die Aussage und Eidesabnahme muss vor Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle erfolgen. Neben der allgemeinen Zuständigkeit zur eidlichen Vernehmung muss die jeweilige Verfahrensordnung einen solchen Eid im betreffenden Verfahren überhaupt erlauben.⁷⁶

„Vor“ der zuständigen Stelle ist der Eid nur geleistet, wenn er vor einer Person abgelegt worden ist, die zur Vertretung der Stelle bei solchen Amtsgeschäften berufen ist.⁷⁷ (Zur irrigen Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit vgl. unten *Fall 14* und *Fall 15*.)

⁷¹ BGHSt 3, 238; 10, 142 (144); 16, 234; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 154 Rn. 2.

⁷² *Ruß* (Fn. 15), § 154 Rn. 10.

⁷³ *Wessels/Hettinger* (Fn. 14), Rn. 754 m.w.N.

⁷⁴ Vgl. statt vieler *Ruß* (Fn. 15), § 154 Rn. 2.

⁷⁵ *Rudolphi* (Fn. 17), § 154 Rn. 3 m.w.N.

⁷⁶ BGHSt 3, 235; 10, 142; 12, 56.

⁷⁷ *Rudolphi* (Fn. 17), § 154 Rn. 7; *Lenckner* (Fn. 11), § 154 Rn. 12.

⁶⁹ *Wessels/Hettinger* (Fn. 14), Rn. 749 m.w.N.

⁷⁰ *Joecks* (Fn. 54), § 153 Rn. 13. Nach der bisherigen Rechtsprechung (BGHSt 8, 301 [314]) war in diesem Fall maßgeblich, ob eine fortdauernde Vernehmung vorliegt (eine Tat) oder ob die Vernehmung jedes Mal abgeschlossen ist (Realkonkurrenz oder Fortsetzungszusammenhang).

3. Versuch

a) Versuchsbeginn

Im Rahmen des Versuchs ist zwischen Vor- und Nacheid zu differenzieren. Im ersteren Fall liegt der Versuchsbeginn im unmittelbaren Ansetzen des Täters zur Falschaussage. Die Tat ist mit Abschluss der Vernehmung vollendet. Beim Nacheid ist für den Versuchsbeginn auf den Beginn der Eidesleistung, d.h. das Sprechen der Eidesworte abzustellen. Vollendung tritt hier mit dem vollständigen Leisten der gesetzlichen Eidesformel ein.⁷⁸

b) Untauglicher Versuch

aa) Allgemeines

Ein untauglicher Versuch liegt vor, wenn die Ausführung des Tatentschlusses entgegen der Vorstellung des Täters aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht zur vollständigen Verwirklichung des objektiven Unrechtstatbestandes führen kann. Das ist der Fall bei einer vom Täter nicht erkannten Untauglichkeit des Subjekts, des Tatobjekts oder der Tatmittel.⁷⁹

Ein untauglicher Versuch liegt nach einhelliger Meinung vor, wenn der Täter seine wahre Aussage für falsch hält⁸⁰ oder irrig annimmt, seine falsche Bekundung gehöre zum Gegenstand der Vernehmung und sei damit Bestandteil der Aussage⁸¹.

bb) Abgrenzung zum Wahndelikt

Abgrenzungsschwierigkeiten zum Wahndelikt ergeben sich in Konstellation der irrigen Annahme der Zuständigkeit.⁸² Hierzu

Fall 14: Der nicht zur Abnahme von Eiden befugte Rechtsreferendar R, der hinter dem Richterpult sitzt, vereidigt den falsch aussagenden Zeugen Z, der glaubt, vor einem Richter zu schwören. Liegt ein Versuch des Meineids vor?

Wäre R – wie von Z angenommen – tatsächlich Richter, so handelte es sich um eine zuständige Stelle i.S.v. § 154 StGB. Hier liegt die klassische Konstellation eines untauglichen Versuchs vor: Z stellt sich einen Tatumstand vor, dessen tatsächliches Vorliegen eine Strafbarkeit begründen würde.

Fall 15: Zeuge Z wird staatsanwaltlich vernommen. Dabei schwört er falsch vor dem Staatsanwalt und geht davon aus, dass dieser Vorgang seine Richtigkeit hat. Liegt ein Versuch des Meineids vor?

Anders als in *Fall 14* erkennt Z hier die Tatsache, dass er vor einem Staatsanwalt und nicht vor einem Richter steht. Allerdings bewertet er diese Tatsache in rechtlicher Hinsicht

falsch, indem er von der Zuständigkeit des Staatsanwalts zur Eidesabnahme ausgeht.

Nach überwiegender Ansicht wird in dieser Konstellation von einem Wahndelikt ausgegangen.⁸³ Beim Wahndelikt nimmt der Täter irrig an, sein in tatsächlicher Hinsicht richtig erkanntes Verhalten falle unter eine Verbotsnorm, die nur in seiner Einbildung existiert oder die er infolge falscher Auslegung zu seinen Ungunsten überdehnt.⁸⁴

Nach gegenteiliger Ansicht ist auch hier von einem untauglichen Versuch auszugehen.⁸⁵

Für diese Ansicht mag sprechen, dass es vom Strafgrund des Versuches her nicht berechtigt sei, den bösen Willen des Täters zum bloßen Wahn zu stempeln und ihm die Bedeutung des deliktischen Vorsatzes abzusprechen.⁸⁶ Weiter erkennt die Gegenansicht richtig, dass es sich bei der Zuständigkeit um ein Tatbestandsmerkmal handelt.

Dabei muss jedoch zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum differenziert werden, wobei Letzterer regelmäßig zum straflosen Wahndelikt führt.⁸⁷ In *Fall 15* irrt Z über die rechtliche Reichweite von Zuständigkeitsnormen, so dass er straflos bleibt.

c) Rücktritt

Handelt es sich um einen Voreid, kann der Täter strafbefreiend sowohl von § 153 StGB als auch § 154 StGB zurücktreten. Beim Nacheid kann zwar vom versuchten Meineid zurückgetreten werden, eine Bestrafung nach § 153 StGB bleibt hiervon allerdings unberührt, vgl. unten *Fall 21*.

III. Falsche Versicherung an Eides statt, § 156 StGB

1. Aufbauschema

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tätereigenschaft: Zeuge, Sachverständiger, Dolmetscher und Zivilpartei

b) Tathandlung:

aa) Falsch abgeben einer Versicherung an Eides Statt (1. Alt.)

bb) Falsch aussagen unter Berufung auf eine frühere Versicherung an Eides Statt (2. Alt.)

c) Tatumfeld: zuständige Behörde

2. Subjektiver Tatbestand

Mindestens dolus eventualis bzgl. 1. a) bis c)

Problem: Vorsatz bzgl. der Zuständigkeit der die Versicherung abnehmenden Behörde

Problem: Fahrlässiger Falscheid, § 163 StGB

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

⁷⁸ Rudolphi (Fn. 17), § 154 Rn. 11.

⁷⁹ Wessels/Beulke (Fn. 5), Rn. 619.

⁸⁰ Vgl. RGSt 50, 36.

⁸¹ Vgl. BGHSt 3, 226 m.w.N.

⁸² Eine ausführliche Darstellung des Streitstandes findet sich bei Rath, JuS 1999, 32 (33 ff.).

⁸³ Lenckner (Fn. 11), § 154 Rn. 15 m.w.N.

⁸⁴ Wessels/Beulke (Fn. 5), Rn. 621.

⁸⁵ Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 75 Rn. 53 f.; BGHSt 3, 248 (253 ff.); 5, 111 (117 f.).

⁸⁶ Herzberg, JuS 1980, 467 (476).

⁸⁷ H. E. Müller (Fn. 3), § 154 Rn. 39.

IV. Strafzumessung

1. Aussagenotstand, § 157 StGB
2. Berichtigung der Aussage nach deren Beendigung, § 158 StGB

2. Tatbestand

a) Versicherung an Eides Statt

Die Versicherung an Eides Statt ist eine selbständige, vom Eid zu unterscheidende Form der Beteuerung der Richtigkeit von Angaben. Sie setzt eine Erklärung voraus, durch die der Täter unter Verwendung der Worte „an Eides Statt“ oder gleichbedeutender Ausdrücke unmittelbar die Wahrheit seiner Angaben bekräftigt. Sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen.⁸⁸

Abgegeben ist die Versicherung, sobald sie in den Machtbereich derjenigen Behörde gelangt ist, an die sie gerichtet war; der Kenntnisnahme von ihrem Inhalt bedarf es nicht.⁸⁹ Zulässigkeit und Umfang einer Berufung auf eine frühere eidesstattliche Versicherung bestimmen sich nach den jeweiligen Verfahrensordnungen.

Hinsichtlich der Falschheit wird auf die oben unter A. III. 1. und 2. gemachten Ausführungen verwiesen. Die Grenzen der Aussage- und Wahrheitspflicht können durchaus unterschiedlich sein, denn sie bestimmen sich wiederum nach dem jeweiligen Verfahren, in dem die eidesstattliche Versicherung abgegeben wird.⁹⁰

b) Zuständige Behörde

Die Versicherung muss vor einer Behörde erfolgen, wozu gem. § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB auch die Gerichte zählen. Die Zuständigkeit setzt nach h.M. dreierlei voraus: Erstens die Befugnis der Behörde, eidesstattliche Versicherungen entgegen zu nehmen (allgemeine Zuständigkeit), zweitens die Befugnis, eine solche Versicherung in diesem Verfahren und über diesen Gegenstand abzunehmen (besondere Zuständigkeit) und drittens darf die eidesstattliche Versicherung rechtlich nicht völlig wirkungslos sein.

c) Eidesstattliche Versicherung gem. § 807 ZPO

Eine Standardkonstellation im Rahmen des § 156 StGB ist die falsche eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO, der frühere „Offenbarungseid“. Hierzu

Fall 16: Der insolvente Schuldner S gibt im Rahmen seiner eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO sein restliches Vermögen an, verschweigt jedoch die sich in seinem Geldbeutel befindlichen 5,- €. Liegt eine falsche Versicherung an Eides statt vor?

Damit § 156 StGB überhaupt zur Anwendung kommen kann, muss eine Offenbarungspflicht i.S.d. § 807 ZPO im Hinblick auf das Vermögen bestehen. Geringe Geldbeträge, die wie

hier einer Pfändung zweifelsfrei ohnehin nicht unterliegen können, müssen nicht angegeben werden.⁹¹

3. Zusammentreffen mit anderen Tatbeständen

Betrugs- und Urkundsdelikte können Tateinheitlich mit § 156 StGB verwirklicht werden.

Bei vorsätzlichen und fahrlässigen Unrichtigkeiten im Rahmen der Versicherung tritt § 161 StGB hinter § 156 StGB zurück.

IV. Aussagenotstand, § 157 StGB

1. Regelungszweck

Nach § 157 StGB ist es dem Gericht in bestimmten Fällen möglich, die Strafe zu mildern oder ganz von ihr abzusehen. Das Gericht hat § 157 StGB von Amts wegen zu prüfen. Bei Zweifeln ist in dubio pro reo zu entscheiden.

Zweck der Regelung in Abs. 1 ist es, die Härten des Aussagezwangs abzuschwächen und der damit verbundenen Konfliktsituation für Zeugen oder Sachverständige Rechnung zu tragen.⁹² Nach h.M. beruht diese Milderung auf einer § 35 StGB ergänzenden speziellen Notstandsregelung.⁹³ Die Vorschrift des § 157 Abs. 1 StGB geht über diejenige des § 35 StGB dadurch hinaus, dass sie auch ein Absehen von Strafe ermöglicht und dass sie außer dem Motiv, die Gefahr der Bestrafung von sich oder einem Angehörigen abzuwenden, keine weiteren Bedingungen aufstellt. Enger ist § 157 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Kreises derjenigen Personen, welche durch die Falschaussage vor Strafe bewahrt werden sollen.⁹⁴

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Dem Wortlaut nach bezieht sich § 157 Abs. 1 StGB auf Zeugen und Sachverständige, also den Täterkreis des § 153 StGB. Nicht erfasst sind nach h.M. Parteien im Zivilprozess, da sich diese durch Aussage- oder Eidesverweigerung der oben genannten Konfliktsituation entziehen können.⁹⁵ Ebenso unterfällt derjenige, der einen anderen zu einer Falschaussage verleitet (§ 160 StGB) nicht dem Anwendungsbereich des § 157 Abs. 1 StGB.

a) Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Teilnehmer

Strittig ist, ob die Begriffe des „Zeugen“ und „Sachverständigen“ nur Täter i.S.d. § 25 Abs. 1 StGB meinen oder hiervon auch Teilnehmer erfasst sind. Hierzu

Fall 17: Angeklagter A stiftet Zeugen Z an, ihm ein falsches Alibi zu geben. Kann gem. § 157 Abs. 1 StGB die Strafe von A gemildert oder von ihr abgesehen werden?

⁹¹ Joecks (Fn. 54), § 156 Rn. 11 m.w.N.

⁹² BGHSt 7, 2 (5).

⁹³ H. E. Müller (Fn. 3), § 157 Rn. 2 m.w.N.; A.A. Heusel JR 1991, 521 (522), der auf das Selbst- bzw. Angehörigenprivileg abstellt.

⁹⁴ Vormbaum (Fn. 4), § 157 Rn. 7.

⁹⁵ Lenckner (Fn. 11), § 157 Rn. 3 m.w.N.

⁸⁸ Vgl. statt Vieler Rudolphi (Fn. 17), § 156 Rn. 3.

⁸⁹ RGSt 49, 47; 70, 130; BGHSt 45, 16.

⁹⁰ BGH NSTZ 1990, 123.

Nach einer Meinung sollen von § 157 Abs. 1 StGB auch Teilnehmer erfasst werden, die sich selbst oder einen Angehörigen durch die angestiftete oder unterstützte Tat begünstigen wollen. Einerseits wird argumentiert, die Milde des § 157 Abs. 1 StGB sei in diesen Fällen gerechtfertigt, weil der Täter unabhängig von einer Verpflichtung zur Aussage die Gefahr der Bestrafung allein durch die Falschaussage abwenden könne: Eine solche Situation könne auch insbesondere den Angeklagten treffen. Dennoch führe diese Ansicht nicht zu einem Freibrief für den Angeklagten, Entlastungszeugen anzuwerben, da die Strafmilderung nur fakultativ vorgesehen sei.⁹⁶ Andererseits wird die ratio legis des § 157 Abs. 1 StGB in Anlehnung an § 258 Abs. 5 und 6 StGB im Angehörigen- und Selbstbegünstigungsprinzip gesehen. Grund hierfür sei die Parallelität von Strafvereitelung und Falschaussage.⁹⁷

Gegen letztes Argument spricht, dass die Aussagetatbestände nicht allein die Strafrechtspflege schützen, sondern auch die Tatsachenfeststellung in anderen Prozessarten. Außerdem ist in § 258 Abs. 5 und 6 StGB der Strafausschluss zwingend, wogegen die Strafmilderung im Rahmen des § 157 Abs. 1 StGB lediglich fakultativ ist.⁹⁸ Auch erste Argumentation kann nicht überzeugen: Soll § 157 Abs. 1 StGB bei jedem Anwendung finden, der sich durch die Falschaussage vor befürchteter Verfolgung schützen will, wäre – entgegen der Gesetzesüberschrift „Aussagenotstand“ – nicht mehr eine Notstandslage der Ausgangspunkt, sondern eine reine Selbstbegünstigung.⁹⁹ § 157 Abs. 1 StGB trägt aber gerade nicht einer (Selbst-)Begünstigungstendenz, sondern einer Zwangslage des Aussagenden Rechnung. Daher ist mit der h.M.¹⁰⁰ davon auszugehen, dass nur Täter i.S.d. § 25 Abs. 1 StGB unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 157 Abs. 1 StGB fallen.

A wird in *Fall 17* nicht durch § 157 Abs. 1 StGB privilegiert.

b) Berücksichtigung von Aussageverweigerungsrechten

Die Anwendbarkeit des § 157 Abs. 1 StGB ist nach ganz h.M. nicht davon abhängig, ob tatsächlich ein Aussage- oder Eideszwang besteht. Vielmehr ist § 157 Abs. 1 StGB auch dann anwendbar, wenn dem Zeugen oder Sachverständigen über die §§ 55 StPO, 384 Nr. 2 ZPO hinaus generell ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, weil der Angeklagte oder die Partei ein Angehöriger von ihnen ist. Eine andere Ansicht lässt sich mit dem Wortlaut des § 157 Abs. 1 StGB nicht vereinbaren.

Jedoch wird der Richter bei der fakultativen Milderungsmöglichkeit berücksichtigen, dass sich der Aussagende aufgrund des ihm zustehenden Aussageverweigerungsrechts in keiner ausweglosen Zwangslage befand.¹⁰¹

⁹⁶ *Bemmann*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Festschrift für Helmut Mayer zum 70. Geburtstag, S. 483 ff. (S. 488, 492 ff.).

⁹⁷ *Heusel* JR 1991, 521 (522).

⁹⁸ *H. E. Müller* (Fn. 2), S. 364 f.

⁹⁹ *H. E. Müller* (Fn. 2), S. 364.

¹⁰⁰ *Lenckner* (Fn. 11), § 157 Rn. 4 m.w.N.

¹⁰¹ *Rudolphi* (Fn. 17), § 157 Rn. 2.

c) Verschuldeter Aussagenotstand

Zweifelhaft ist, ob § 157 Abs. 1 StGB auch dann gilt, wenn der Täter den Aussagenotstand schuldhaft herbeigeführt hat. Dieses Problem behandelt

Fall 18: Zeugin Z sagt in erster Instanz zugunsten des Angeklagten A falsch aus. In der Berufungsverhandlung wiederholt sie ihre falsche Aussage, um nicht der Lüge überführt zu werden. Hilft Z die Regelung des § 157 Abs. 1 StGB?

Nach h.M. hindert die verschuldet herbeigeführte Aussagenotstandslage die Anwendung des § 157 Abs. 1 StGB nicht. Bei vorhergehenden Straftaten sei regelmäßig ein Verschulden der Notstandslage anzunehmen, so dass verschuldete Zwangslagen mangels Anhaltspunkten im Normtext nicht generell von § 157 Abs. 1 StGB ausgenommen werden könnten.¹⁰²

Nach anderer Ansicht ist dem Aussagenden dann das Privileg des § 157 Abs. 1 StGB zu versagen, wenn er „in spezifischer Weise die aktuelle Gefahr schafft, falsch aussagen oder schwören zu müssen“.¹⁰³

Diese Meinung übersieht jedoch, dass der Umstand der Provokation der Zwangslage im Rahmen des gerichtlichen Ermessens bei der fakultativen Strafmilderung durchaus Berücksichtigung findet.

Z fällt in den Anwendungsbereich des § 157 Abs. 1 StGB. Ob allerdings tatsächlich eine Strafmilderung oder ein Strafausschluss vorgenommen wird, liegt im Ermessen des Richters.

Anders liegt der Fall, wenn der Zeuge in derselben Instanz seine falsche Aussage wiederholt. Dann liegt wie bereits oben unter B. I. 3. dargestellt nur *eine* Falschaussage vor. Voraussetzung für die Anwendung des § 157 Abs. 1 StGB ist aber, dass sich die Gefahr der Bestrafung aus einem Verhalten ergibt, das *vor* der Aussage liegt.¹⁰⁴

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Erfasst sind nur Taten nach §§ 153, 154 StGB.

Werden in einer Aussage mehrere unrichtige Angaben gemacht, die nicht alle dem Ziel der Abwendung von Strafe dienen, ist § 157 StGB nur dann anwendbar, wenn zwischen ihnen ein Zusammenhang besteht. Andernfalls ist eine Strafmilderung nur nach allgemeinen Regeln denkbar.¹⁰⁵

4. Gefahrabwendungsabsicht

a) Absicht

§ 157 Abs. 1 StGB verlangt absichtliches Handeln seitens des Täters, wobei Absicht im technischen Sinne des *dolus directus* 1. Grades zu verstehen ist. Die Zielsetzung der Gefahrabwendung muss – wie stets bei *dolus directus* 1. Grades – weder das einzige noch das Endziel sein, vielmehr genügt es,

¹⁰² *H. E. Müller* (Fn. 3), § 157 Rn. 25; *Ruß* (Fn. 15) § 157 Rn. 5 m.w.N.; BGHSt 7, 332; 8, 301 (318).

¹⁰³ *Lenckner* (Fn. 11), § 157 Rn. 11.

¹⁰⁴ BGHSt 8, 301 (318 ff.).

¹⁰⁵ *Lenckner* (Fn. 11), § 157 Rn. 5.

wenn diese Zielsetzung als eine unter mehreren für das Täterhandeln wirksam geworden ist.¹⁰⁶

b) Angehöriger

Die Legaldefinition des Begriffes „Angehöriger“ findet sich in § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Ob über die in § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Personen auch sonstige dem Täter nahestehende Personen in den Anwendungsbereich des § 157 Abs. 1 StGB fallen, ist umstritten. Hierzu

Fall 19: Zeugin Z sagt zugunsten ihres langjährigen Lebensgefährten, dem Angeklagten A, falsch aus, um ihn vor einer Verurteilung zu bewahren. Kann Z gem. § 157 Abs. 1 StGB privilegiert werden?

Eine Ansicht wendet auf nahestehende Personen i.S.d. § 35 StGB die Vorschrift des § 157 Abs. 1 StGB analog an. Grund für diese Analogie sei, dass dem historischen Gesetzgeber die praktische und rechtliche Relevanz nichtehelicher Lebensgemeinschaften nicht geläufig gewesen sei: Gerade Nichtangehörige – die ja nicht über ein Zeugnisverweigerungsrecht verfügen – könnten der durch die Zeugenpflicht ausgelösten Konfliktlage nicht entkommen.¹⁰⁷

Trotz dieser durchaus schlüssigen Argumentation ist die analoge Anwendung des § 157 StGB abzulehnen. Der Gesetzgeber hat durch die Nichtnennung der „nahestehenden Personen“ das Gesetz, ebenso wie in § 258 Abs. 6 StGB, bewusst beschränkt. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs ist daher Sache des Gesetzgebers.¹⁰⁸

c) Abwendung der drohenden Gefahr

Da § 157 Abs. 1 StGB allein auf die Absicht des Aussagenden abstellt, muss nach seiner Vorstellung die Verhängung einer der im Gesetzestext ausdrücklich aufgeführten strafrechtlichen Sanktionen nicht völlig fernliegend sein.¹⁰⁹ § 157 Abs. 1 StGB ist daher auch anwendbar, wenn der Täter sich die Gefahr einer Strafverfolgung lediglich einbildet, nicht aber, wenn er eine objektiv gegebene Gefahr nicht erkennt.

„Abwenden“ wird weit verstanden und erfasst auch die Fälle, in denen der Täter durch seine Aussage eine mildere Bestrafung zu erreichen versucht.¹¹⁰

Die Gefahr muss aus der wahrheitsgemäßen Aussage resultieren. Hierzu

Fall 20: Zeuge Z meldet sich vor Gericht und gibt seinem Bruder, dem Angeklagten A, ein falsches Alibi. Ist § 157 Abs. 1 StGB auf Z anwendbar?

Der Zeuge muss gerade aufgrund des Widerstreits zwischen Zeugniszwang und drohender Selbst- oder Fremdbezichtigung falsch aussagen.¹¹¹ § 157 Abs. 1 StGB findet keine Anwendung, wenn der Täter, ohne sich bzw. den Angehörigen durch eine wahrheitsgemäße Aussage belasten zu müssen, falsch aussagt, um eine Entlastung zu bezwecken.¹¹²

Demnach erfüllt Z nicht die Voraussetzungen des § 157 Abs. 1 StGB.

V. Berichtigung einer falschen Angabe, § 158 StGB

1. Regelungszweck

Die Vorschrift des § 158 StGB entspricht dem Gedanken der tätigen Reue, indem sie eine „Rücktrittsmöglichkeit vom vollendeten Delikt“ eröffnet. Die Berichtigung falscher Aussagen soll gefördert werden. Daher wird die Norm weit ausgelegt, so dass sie – anders als § 157 StGB – nicht nur auf Zeugen und Sachverständige, sondern auch auf Parteien, eidesstattliche Versicherungen und Teilnehmer anzuwenden ist.¹¹³

2. Berichtigung

Der Täter muss die falsche durch die wahrheitsgemäße Darstellung ersetzen. Ein bloßer Widerruf genügt grundsätzlich nicht, vielmehr muss der Täter die falsche Aussage zurücknehmen und sie durch eine richtige ersetzen. Eine Ausnahme gilt nur für aussageverweigerungsberechtigte Personen, die sich darauf beschränken können, ihre bisherige Aussage als falsch zu bezeichnen und anschließend von ihrem Schweigerecht Gebrauch zu machen.¹¹⁴

Die Berichtigung muss einer der in Abs. 3 genannten Stellen rechtzeitig i.S.d. Abs. 2 zugehen.

Ist nicht zu klären, ob die Berichtigung der Wahrheit entspricht, gilt der Grundsatz in dubio pro reo.

3. Verhältnis zu den Rücktrittsregeln

Die allgemeinen Rücktrittsregeln sind neben § 158 StGB anwendbar. Im Gegensatz zu § 24 StGB setzt § 158 StGB kein freiwilliges Handeln voraus.

Zum Verhältnis von Rücktritt und Berichtigung

Fall 21: Zeuge Z setzt zum Beenden seiner falschen Aussage an. Nachdem er die ersten Worte der Eidesformel gesprochen hat, überdenkt er sein Verhalten und bricht den Schwur ab, um anschließend wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Wie wirkt sich die Berichtigung seiner Angaben auf die Strafbarkeit von Z aus?

¹⁰⁶ BGHSt 2, 380; 8, 301 (317); Vormbaum (Fn. 4), § 157 Rn. 14 m.w.N.

¹⁰⁷ H. E. Müller (Fn. 3), § 157 Rn. 20; Vormbaum (Fn. 4), § 157 Rn. 15.

¹⁰⁸ Lenckner (Fn. 11), § 157 Rn. 5; Rengier (Fn. 10), § 49 Rn. 43.

¹⁰⁹ Vgl. statt Vieler Vormbaum (Fn. 4), § 157 Rn. 16 f.; BGHSt 8, 301 (317).

¹¹⁰ BGHSt 29, 298.

¹¹¹ BGHSt 7, 2 (5).

¹¹² Lenckner (Fn. 11), § 157 Rn. 9.

¹¹³ Rengier (Fn. 10), § 49 Rn. 48.

¹¹⁴ H. E. Müller (Fn. 3), § 158 Rn. 9.

Nachdem die falsche uneidliche Aussage gem. § 153 StGB bereits mit dem Beginn der Eidesleistung vollendet ist, kann die Berichtigung an der Strafbarkeit nichts ändern. Es kommt lediglich eine Strafmilderung oder das Absehen von Strafe gem. § 158 StGB in Betracht.

Dagegen ist die Rechtslage hinsichtlich des Meineids eine andere: Da dieser noch nicht vollendet ist, kann Z strafbefreiend zurücktreten.

VI. Versuch der Anstiftung zur Falschaussage, § 159 StGB

1. Aufbauschema

I. Feststellung der Erfolglosigkeit der Anstiftung

Problem: Teleologische Reduktion

II. Tatbestand

1. Tatentschluss

Vorsatz bzgl.

a) Vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat eines anderen: falsche uneidliche Aussage oder falsche Versicherung an Eides statt

b) Bestimmen zu einer falschen uneidlichen Aussage oder einer falschen Versicherung an Eides statt

2. Unmittelbares Ansetzen zur Willensbeeinflussung des Haupttäters

III. Rechtswidrigkeit, Schuld

IV. Rücktritt gem. § 159 i.V.m. § 31 StGB

2. Erfolglosigkeit der Anstiftung

Umstritten ist, ob § 159 StGB auch dann Anwendung findet, wenn es sich bei der vom Anstifter ins Auge gefassten Haupttat lediglich um eine (straflose) versuchte Tat nach § 153 oder § 156 StGB handelt.¹¹⁵ Hierzu

Fall 22: Anstifter A überredet seinen Freund T, ihm bei dessen Vernehmung

a) vor dem Rechtsreferendar R, den beide für einen Richter halten,

b) vor dem Polizeibeamten P, den beide für zuständig halten, ein falsches Alibi zu geben. Hat sich A wegen des Versuchs der Anstiftung zur Falschaussage gem. § 159 StGB strafbar gemacht?

a) Straflose Haupttat aufgrund untauglichen Versuchs

In *Fall 22 a)* begeht T nach ganz h.M. einen untauglichen Versuch der falschen uneidlichen Aussage. Ein Versuch der uneidlichen Falschaussage ist nicht strafbar.

Während T straflos bleibt, stellt sich die Frage, ob sich für A eine Strafbarkeit aus § 159 StGB ergeben kann. Geht man hiervon aus, bedeutet dies nichts anderes als ein Nebeneinander von strafbarem Anstiftungsversuch und straflosem Haupttatversuch.

aa) Akzessorietätslösung

Nach der sog. Akzessorietätslösung wird § 159 StGB sehr eng ausgelegt. Die Strafbarkeit beziehe sich nur auf den erfolglosen Versuch der Anstiftung, nicht aber auf die „erfolgreiche“ Anstiftung, die lediglich zum (tauglichen oder untauglichen) Versuch der falschen uneidlichen Aussage oder der falschen Versicherung an Eides statt geführt hat. Sobald der Angestiftete zur Aussage angesetzt habe und damit eine „Haupttat“ vorliege, richte sich die Bestrafung nach Akzessorietätsregeln: Die Strafbarkeit des Anstifters zum Versuch entfalle, weil der Versuch – wie hier – straflos sei.¹¹⁶

bb) Differenzierung nach der Tauglichkeit der Haupttat

Der BGH differenziert nach der Tauglichkeit der Haupttat: § 159 StGB erfasse grundsätzlich die erfolgreiche Anstiftung zum Versuch der Haupttat. Jedoch sei ein Anstiftungsversuch zu einer Handlung, die von vornherein nicht zur Deliktverwirklichung, sondern nur zu einem untauglichen Versuch hätte führen können, straflos. Dies gelte sowohl für die Fälle, in denen ein untauglicher Versuch nur in Betracht kommt als auch in den Fällen, in denen es bereits zu einem solchen gekommen ist.¹¹⁷

cc) Versuchslösung

Gegen beide Ansichten spricht der Gesetzeswortlaut, der solche Einschränkungen an keiner Stelle vornimmt. Diese Entscheidung des Gesetzgebers, den Anstiftungsversuch in jedem Fall zu bestrafen, muss respektiert werden.¹¹⁸

Weiterhin ist gegen eine Differenzierung nach der Tauglichkeit einzuwenden, dass eine solche in der Versuchslehre keine Rolle spielt.¹¹⁹

Daher ist mit der Versuchslösung davon auszugehen, dass die versuchte Anstiftung – unabhängig davon, woran die Vollendung der Haupttat gescheitert ist – strafbar ist. Wenn schon derjenige bestraft wird, dessen Beeinflussung vom Zeugen von vornherein zurückgewiesen wird, muss konsequenterweise auch der bestraft werden, dessen Beeinflussung sogar insoweit erfolgreich ist, als der Zeuge einen Versuch der Falschaussage unternommen hat. Für eine teleologische Reduktion besteht kein Anlass, da ein hinreichender Schutz der Rechtspflege nur durch eine Ahndung jedes Versuchs der Beeinflussung eines Zeugen erreicht wird.¹²⁰

Folglich hat sich A in *Fall 22 a)* gem. § 159 StGB strafbar gemacht.

b) Straflose Haupttat aufgrund Wahndelikts

In *Fall 22 b)* stellt nach der hier vertretenen Ansicht (oben unter B. II. 3. b) bb) das Handeln des T ein – strafloses – Wahndelikt dar.

¹¹⁵ Vgl. ausführlich zum Streitstand H. E. Müller (Fn. 2), S. 370 ff.; Vormbaum, GA 1986, 353 (359 ff.).

¹¹⁶ Vormbaum, GA 1986, 353 (367); Maurach/ Schröder/Maiwald (Fn. 85), § 75 Rn. 89.

¹¹⁷ BGHSt 24, 38 (39 f.).

¹¹⁸ Lenckner (Fn. 11), § 157 Rn. 4 m.w.N.

¹¹⁹ Ruß (Fn. 15), § 159 Rn. 1a.

¹²⁰ Lenckner (Fn. 11), § 157 Rn. 4.

Da hier schon kein Rechtsgutsangriff in Betracht kommt, muss eine Strafbarkeit des A nach § 159 StGB ausscheiden.

VII. Verleitung zur Falschaussage, § 160 StGB

1. Aufbauschema

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Taterfolg: Objektiv falsche Aussage (§§ 153, 156, 154 StGB) durch den Verleiteten

Problem: Irrtum über die Tatherrschaft

→ Vermeintlich gutgläubige Beweisperson

→ Vermeintlich bögläubige Beweisperson

b) Tathandlung: Verleiten

c) Kausalität zwischen a) und b)

2. Subjektiver Tatbestand

a) Mindestens dolus eventualis bzgl. 1. a) bis c)

b) Vorsatz bzgl. unvorsätzlichem Handeln der Beweisperson

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

2. Regelungszweck

§ 160 StGB schließt die Lücke im Bereich der mittelbaren Täterschaft, die sich aus der Eigenhändigkeit der Aussagedelikte ergibt. Darüber hinaus stellt die Verleitung zur Falschaussage nicht nur die Begehung in mittelbarer Täterschaft dar, sondern erfasst auch die spezifische Art der Beweismittelfälschung, d.h. der „Zeugenfälschung“: Dem Täter des § 160 StGB geht es nicht darum, „durch einen anderen“ falsch auszusagen, damit er selbst im Hintergrund bleiben kann, sondern er nutzt den Zeugen dazu aus, dem Gericht eine falsche Darstellung glaubhaft zu machen. Diese Konstruktion ist vergleichbar mit dem Gebrauchmachen einer falschen Urkunde.¹²¹

Da § 160 StGB im Verhältnis zu §§ 153 ff. i.V.m. §§ 26, 30, 159 StGB einen wesentlich geringeren Strafrahmen aufweist, kann er nur Ergänzungsfunktion haben und muss daher subsidiär zu diesen Tatbeständen sein. § 160 StGB kann nur dort zum Tragen kommen, wo nach allgemeinen Regeln weder Anstiftung noch versuchte Anstiftung vorliegen: Der Hintermann muss die Beweisperson für gutgläubig halten. Dies gilt auch in solchen Fällen, in denen konstruktiv mittelbare Täterschaft gegeben wäre.¹²²

3. Tatbestand

a) Verleiten

Verleiten ist jede Einwirkung auf den Willen der Beweisperson, die diese dazu bestimmt, die vom Täter gewollte Tat zu verwirklichen.¹²³ Die Einwirkung kann durch beliebige Mittel, z.B. auch durch Täuschung erfolgen.

b) Taterfolg

Die Beweisperson muss den objektiven Tatbestand des Meineids (§ 154 StGB), der falschen Versicherung an Eides Statt (§ 156 StGB) oder der uneidlichen Falschaussage (§ 153 StGB) erfüllt haben.

Umstritten ist, ob die Beweisperson zusätzlich unvorsätzlich handeln muss und wie sich ein Irrtum des Hintermanns über den Vorsatz der Beweisperson auswirkt.

aa) Verleiten eines vermeintlich Gutgläubigen

Fall 23: A ist angeklagt, den Porsche ihres Exfreundes E in Brand gesetzt zu haben. A wendet sich an ihre beste Freundin B und „ruft ihr in Erinnerung“, dass sie zur Tatzeit doch gemeinsam im Nagelstudio waren. A geht davon aus, dass B infolge eines Erinnerungsfehlers gutgläubig aussagen werde. Tatsächlich hat B ihren Terminkalender überprüft und gibt A dennoch wider besseres Wissen ein Alibi. Hat sich A wegen Verleitung zur Falschaussage strafbar gemacht?

Eine Meinung nimmt hier eine Versuchsstrafbarkeit an. Eine vollendete Verleitung zur Falschaussage sei nur möglich, wenn die Beweisperson entsprechend der Erwartung des Hintermanns unvorsätzlich handelte. Ein vorsätzliches Handeln stelle einen Exzess des Vordermanns dar, der diesem als eigenes Werk zuzurechnen sei. Damit könne nicht mehr von einer – bei mittelbarer Täterschaft grundsätzlich vorausgesetzten – Tatherrschaft des Hintermanns gesprochen werden. Die vorsätzliche Haupttat stelle im Verhältnis zur vom Hintermann beabsichtigten unvorsätzlichen ein aliud bzw. ein „Weniger“ dar.¹²⁴

Der BHG und der Großteil der Literatur gehen von einer vollendeten Verleitung zur Falschaussage aus.¹²⁵ Dem ist zuzustimmen, denn Aufgabe des § 160 Abs. 1 StGB ist allein, diejenigen Fälle einer „Anstiftung“ zu pönalisieren, die entweder mangels vorsätzlicher Haupttat oder mangels Vorsatz bzgl. der Begehung einer solchen durch einen anderen nicht mehr als Anstiftung bestraft werden können. Hingegen soll § 160 StGB nicht alle nach allgemeinen Täterkriterien bestimmten Fälle der mittelbaren Täterschaft erfassen.¹²⁶

Außerdem ist der Strafgrund der Aussagedelikte – die Gefährdung der Rechtspflege – zu berücksichtigen: Diese Gefährdung tritt – unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Aussagenden – durch die vom Hintermann gewollte Falschaussage ein.¹²⁷

A hat sich in *Fall 23* wegen vollendeter Verleitung zur Falschaussage gem. § 160 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

¹²¹ Ausführlich hierzu *H. E. Müller* (Fn. 2), S. 149 f.

¹²² *H. E. Müller* (Fn. 3), § 160 Rn. 3; *Lenckner* (Fn. 11), § 160 Rn. 1 m.w.N.

¹²³ *Joeks* (Fn. 54), § 160 Rn. 3 m.w.N.

¹²⁴ *H. E. Müller* (Fn. 3), § 160 Rn. 16; *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Examenkandidaten, 3. Aufl. 2006, Rn. 521 m.w.N.

¹²⁵ BGHSt 21, 116; *Lenckner* (Fn. 11), § 160 Rn. 9; *Rudolphi* (Fn. 17), § 160 Rn. 4 m.w.N.

¹²⁶ *Rudolphi* (Fn. 17), § 160 Rn. 4.

¹²⁷ BGHSt 21, 116 (117 f.).

bb) Verleiten eines vermeintlich Bösgläubigen

Fall 24: Nach einem feucht-fröhlichen Abend fährt der alkoholisierte A nach Hause. Dabei rammt er den Ferrari des Polizeipräsidenten und flüchtet. Nachdem A nun u.a. wegen unerlaubtem Entfernen vom Unfallort angeklagt wurde, bittet er seinen Fußballfreund F auszusagen, die beiden hätten zur Tatzeit gemeinsam das Lokalderby geschaut. Dabei geht A davon aus, dass F vorsätzlich falsch aussagen wird. In Wahrheit irrt sich F im Datum und macht seine Aussage daher im guten Glauben. Hat sich A nach § 160 StGB strafbar gemacht?

Da F § 153 StGB nicht vorsätzlich verwirklicht hat, kommt eine vollendete Anstiftung durch A nicht in Betracht: Es fehlt an einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat. Jedoch liegt eine versuchte Anstiftung zur Falschaussage gem. §§ 153, 159, 30 Abs. 1 StGB vor.

Die Ergänzungsfunktion des § 160 StGB muss nicht in Anspruch genommen werden.

c) Subjektiver Tatbestand

Eventualvorsatz genügt auch hier. Allerdings muss der Verleitende zusätzlich davon ausgehen, dass die Beweisperson in Bezug auf den Wahrheitsgehalt ihrer Aussage unvorsätzlich handelt. Objektiver und subjektiver Tatbestand sind nach der von der h.M. vertretenen Ansicht nicht in vollem Umfang deckungsgleich.¹²⁸

4. Versuch

§ 160 Abs. 2 StGB regelt die Versuchsstrafbarkeit. Erfasst werden diejenigen Fälle, in denen entweder die Einwirkung schon erfolglos geblieben ist oder das Aussagedelikt nicht vollendet wurde. Auch im Rahmen des § 160 Abs. 2 ergibt sich ein Wertungswiderspruch zwischen der Strafbarkeit der versuchten mittelbaren Täterschaft und der Strafflosigkeit der versuchten unmittelbaren Täterschaft nach §§ 153, 156 StGB, vgl. hierzu die parallele Problematik oben unter B. VI. 2.

VIII. Fahrlässige Begehung, § 161 StGB

§ 161 StGB bestraft die fahrlässige Begehung von Taten nach den §§ 154 bis 156 StGB, nicht aber die fahrlässige uneidliche Falschaussage.

Die Fahrlässigkeit kann sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen und kommt daher insbesondere bei Irrtümern über die Zuständigkeit und die Reichweite der Wahrheitspflicht sowie Unkenntnis der Unwahrheit der Aussage in Betracht.

Zu letztgenanntem Problem

Fall 25: Die Zeugin Z ist aufgrund des gutaussehenden Staatsanwalts S bei ihrer Aussage sehr nervös und konzentriert sich primär darauf, attraktiv und intelligent zu wirken. Infolgedessen verwechselt sie den Wochentag, an dem sie den wegen Diebstahls angeklagten A aus dem Supermarkt kommen sah und gibt ihm damit ungewollt ein Alibi. S leitet

sofort ein Verfahren wegen fahrlässigen Meineids ein. Zu Recht?

Entscheidend ist, welche Sorgfaltspflichten einen Zeugen in einem gerichtlichen Verfahren treffen. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf kann sich namentlich dadurch ergeben, „dass der Zeuge aus Nachlässigkeit sein Erinnerungsbild nicht so wiedergibt, wie es noch in seinem Gedächtnis besteht oder dass er etwas Unwahres als sicheres Erinnerungsbild hinstellt, obwohl er es wegen mangelnder Gedächtnisanspannung nicht als sicheres Wissen ausgeben darf oder dass er es schuldhaft unterlässt, tatsächliche Anhaltspunkte oder äußere Hilfsmittel zu benutzen, die sich ihm während der Vernehmung darbieten und die geeignet sind, bei ihm mindestens Zweifel an der Richtigkeit seines Erinnerungsbildes zu wecken.“¹²⁹

Im Strafprozess ist der Zeuge daher grundsätzlich nur zur Konzentration in der Vernehmungssituation, nicht aber zur Vorbereitung auf die Vernehmung verpflichtet. Etwas anderes gilt für Zeugen, die über Wahrnehmungen berichten, die sie in amtlicher Eigenschaft gemacht haben, für Sachverständige und für die Fälle der eidesstattlichen Versicherung. Auch im Zivilprozess wird sowohl vom Zeugen als auch der Partei eine Vorbereitung verlangt.¹³⁰

Da sich Z in ihrer Vernehmung nicht ausreichend auf ihre Aussage konzentriert hat, handelte sie fahrlässig. S hat das Verfahren zu Recht eingeleitet.

C. Internationaler Bezug, § 162 Abs. 1 StGB

§ 162 Abs. 1 StGB erweitert den Schutzbereich der §§ 153 ff. StGB, die grundsätzlich nur die innerstaatliche Rechtspflege schützen¹³¹. Es werden alle internationalen Gerichte einbezogen, die durch einen für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Rechtsakt errichtet worden sind. Die Schutzbereichserweiterung durch § 162 Abs. 1 StGB vermag nicht die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Ausland herzustellen. Diese Aufgabe erfüllt das Strafanwendungsrecht, das in den §§ 3 ff. StGB geregelt ist. Eine Darstellung der Wechselwirkungen zwischen Schutzbereichserweiterung und Strafanwendungsrecht und den sich daraus ergebenden Problemen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.¹³²

¹²⁹ OLG Köln MDR 1980, 421.

¹³⁰ Rengier (Fn. 10), § 49 Rn. 74 f. m.w.N.

¹³¹ Vgl. statt Vieler Lackner/Kühl (Fn. 4), Vor § 153 Rn. 2.

¹³² Mit diesem – insbesondere für den (international-)strafrechtlichen Schwerpunkt relevanten – Problembereich beschäftigt sich ausführlich Sinn, NJW 2008, 3526.

¹²⁸ Rudolphi (Fn. 17), § 160 Rn. 7.

Übungsfall: „Amsel, Drossel, Fink und Star ...“

Von Prof. Dr. **Hinnerk Wißmann**, Akad. Rat Dr. jur. **Thomas Holzner** (Dipl. sc. pol. Univ.) und Richter **Robert Steiniger**, Bayreuth*

Der nachfolgende Fall widmet sich in der Konstellation eines Planfeststellungsbeschlusses in materieller Hinsicht Problemen des Naturschutzrechts – einem typischen „Aufhänger“ aus dem besonderen Verwaltungsrecht. Als weitere Besonderheit handelt es sich um einen länderübergreifenden Sachverhalt. Prozessual sind insbesondere Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes und der Antragsbefugnis von Naturschutzvereinen im Rahmen der „altruistischen“ Verbandsklage zu bearbeiten.¹

Sachverhalt

Aufgrund der Expansionswünsche eines in der kreisfreien Stadt S (Baden-Württemberg) ansässigen Industriebetriebes erlässt die zuständige Behörde im Jahr 2007 einen Planfeststellungsbeschluss, in dem sie das X-Gebiet im Gebiet der S als zukünftiges Industriegebiet ausweist. Das X-Gebiet ist bislang als Naturschutzgebiet unter Schutz gestellt. In ihm haben verschiedene Brutvogelpopulationen ihre Heimat gefunden, wie etwa das Tümpelsumpfhuhn und der Wachtelkönig. Beides sind Brutvogelarten, die im Anhang I der Richtlinie 79/409/EWG des Rates (Vogelschutzrichtlinie) als besonders schützenswert angeführt sind.

Da kein geeignetes Gebiet in Baden-Württemberg zur Verfügung steht, um für das überplante X-Gebiet einen Ausgleich oder Kompensation zu schaffen, im direkt an S angrenzenden Bayern hingegen das Y-Gebiet hierfür in Frage kommt, schließt das Land Baden-Württemberg mit dem Freistaat Bayern im Jahr 2008 einen Staatsvertrag, in dessen Art. 3 geregelt wird, dass baden-württembergische Behörden über Ausgleichsmaßnahmen auf bayerischem Gebiet entscheiden sollen, hierbei jedoch bayerisches Naturschutzrecht und bayerisches Verfahrensrecht zur Anwendung kommen soll. Aufgrund dieses im Anschluss ratifizierten Staatsvertrages setzt die nun zuständige baden-württembergische Behörde das in Bayern gelegene und in staatlichem Eigentum stehende Y-Gebiet als Ersatzfläche für das X-Gebiet fest und erlässt hierzu am 4.12.2009 einen Planfeststellungsbeschluss, den sie mit einer ausreichenden gesonderten Begründung für sofort vollziehbar erklärt.

* Der hier geschilderte Fall war Gegenstand einer Ferienhausarbeit im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene an der Universität Bayreuth. Prof. Wißmann ist dort Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht, Kultur- und Religionsverfassungsrecht. Herr Steiniger war wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl. Herr Dr. Holzner ist Akademischer Rat am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte der Universität Bayreuth bei Prof. Dr. Markus Möstl.

¹ Die rechtlichen Fragen des Sachverhalts haben die Verwaltungsgerichtsbarkeit beschäftigt, vgl. abschließend BVerwG, Beschl. v. 28.1.2009 – 7 B 45/08,

<http://www.bundesverwaltungsgericht.de/media/archive/7166.pdf>, (abgerufen am 3.9.2009, 9.50 Uhr).

Das Y-Gebiet ist bisher ein nachgewiesenes Rückzugsgebiet für verschiedenste Brutvogelpopulationen, die im Anhang I der Vogelschutz-RL angeführt werden und die in diesem Gebiet brüten. Hierzu zählen der Säbelschnabler, der Zwergsäger und das Blaukehlchen. Für diese Arten kommt ihm eine sehr hohe Bedeutung zu. Auch ist das Gebiet bedeutende Raststelle für durchziehende Vogelpopulationen nach dem Anhang der Vogelschutz-RL. Aus diesem Grunde ist das Y-Gebiet als Vogelschutzgebiet gemeldet und ausgewiesen, sowie als Naturschutzgebiet unter Schutz gestellt und als Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung nach der Richtlinie 92/43/EWG des Rates (FFH-Richtlinie) vorgeschlagen. Würden die im Planfeststellungsbeschluss vom 4.12.2009 festgesetzten baulichen Maßnahmen durchgeführt, so würde sich durch die nachfolgende Veränderung der Vegetation die Artenpopulation dahingehend verändern, dass nun dort zwar das Tümpelsumpfhuhn und der Wachtelkönig brüteten, jedoch der Säbelschnabler und der Zwergsäger in der gesamten Region keinen geeigneten Lebensraum mehr hätten.

Der A-Verein, der in S seinen Sitz hat und nach § 67 NatSchG Baden-Württemberg als Naturschutzverein anerkannt ist, sowie der B-Verein, der in Bayern nach Art. 42 BayNatSchG anerkannt ist, wollen gegen die sofortige Vollziehung des Planfeststellungsbeschlusses vom 4.12.2009 gerichtlich vorgehen. Hierzu führen sie aus, dass schon der Planfeststellungsbeschluss vom 1.7.2007 rechtswidrig sei. So hätten sie damals – was zutrifft – keine Unterlagen erhalten und sich deshalb nicht am Verfahren beteiligen können. Darüber hinaus sei die dort verfolgte Trennung von Eingriffs- und Ausgleichsplanung fehlerhaft. Eine Planrechtfertigung, insbesondere eine Kompensationsmöglichkeit bestehe für diesen ursprünglichen Eingriff nicht. Vor allem aber sei der Planfeststellungsbeschluss vom 4.12.2009 auch für sich genommen schon rechtswidrig, da es ihm an der Planrechtfertigung fehle. Das Y-Gebiet sei als Naturschutzgebiet ausgewiesen und weder aufwertungsfähig noch aufwertungsbedürftig. Die Planfeststellungsbehörde hat hierzu im Vorfeld angeführt, dass die geplanten Maßnahmen zu einer ökologischen Aufwertung des Y-Gebiets führen würden. Außerdem hat sie zutreffend darauf hingewiesen, dass keine andere Möglichkeit besteht, ein anderes Gebiet für die Ersatzmaßnahme zu beplanen. Zudem legt sie ein Sachverständigengutachten vor, aus dem hervorgeht, dass seit geraumer Zeit Rastvögel aus dem Y-Gebiet auswandern und auch das Blaukehlchen, jedenfalls bis zum Abschluss eines gerichtlichen Hauptsacheverfahrens, aufgrund natürlicher Entwicklungen von dort abgewandert sein wird. Beide Vereine hätten im Übrigen schon keine Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels.

Prüfen Sie gutachterlich die Erfolgsaussichten der Anträge, die der A-Verein und der B-Verein bei dem örtlich und instanzial zuständigen Gericht am 6.12.2009 stellen. Regelungen des Wasserrechts und zur Umweltverträglichkeitsprüfung einschließlich des Umweltrechtsbehelfsgesetzes sind nicht anzuwenden.

Lösung**Teil 1: Der Antrag des A-Vereins**

Der Antrag des A-Vereins hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit²**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Der A-Verein sucht ebenso wie der B-Verein mit seinem Antrag einstweiligen Rechtsschutz. Aufgrund der Tatsache, dass der einstweilige Rechtsschutz nicht weiter gehen kann als der Hauptsacherechtsbehelf, als auch wegen der Anordnung in § 80 Abs. 5 VwGO, nach der das Gericht der Hauptsache zuständig ist, muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.³

Eine aufdrängende Rechtswegzuweisung liegt nicht vor. Damit richtet sich die Entscheidung über den Rechtsweg zunächst nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Eine Streitigkeit ist in diesem Sinn öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen solche des Öffentlichen Rechts sind. Dies ist der Fall, wenn sie einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Der vorliegende Streitgegenstand ist auf der Grundlage des BayNatSchG beziehungsweise BNatSchG zu entscheiden. Diese berechtigen und verpflichten den Freistaat Bayern und die Bundesrepublik Deutschland (Art. 2 Abs. 1 BayNatSchG, §§ 1, 4, 6 BNatSchG). Sie sind folglich dem Kernbereich des Öffentlichen Rechts zuzurechnen.⁴ Nach der Theorie der „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

Eine abdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Antragsbegehren (§ 88 VwGO analog). Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz. Dieser richtet sich grundsätzlich nach § 123 Abs. 1 VwGO. Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ist jedoch nach § 123 Abs. 5 VwGO gegenüber einem Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 (§ 80a Abs. 3) VwGO subsidiär. Welche der beiden Antragsarten zu wählen ist, richtet sich nach der in der Hauptsache statthafte Antragsart.⁵

² Teilweise wird gefordert, dass der Prüfpunkt „Zulässigkeit“ nunmehr wegen § 17a GVG als „Sachurteilsvoraussetzung“ zu bezeichnen sei. Eine Darstellung dieses Meinungsstreits sollte unterbleiben. Vgl. zu diesem *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 41 Rn. 2a; *Redeker/v. Oertzen*, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2004, § 80 Rn. 5.

³ *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 129.

⁴ Hier ist nicht auf die Normen des NatSchG Baden-Württemberg abzustellen, da dieses Recht durch Art. 3 des Staatsvertrages für unanwendbar erklärt worden ist.

⁵ *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 123 Rn. 4; *Bücken-Thielmeyer/Krönigen*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 2006, § 80 Rn. 54; *Krönigen/Wahrendorf*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 123 Rn. 3, 68; *Happ*, in: Eyer mann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2006, § 123

Da im vorliegenden Fall der Planfeststellungsbeschluss vom 4.12.2009 eine Allgemeinverfügung gem. Art. 35 S. 2 BayVwVfG ist⁶, muss der A-Verein zu dessen Beseitigung im Hauptsacheverfahren eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 i. Alt. VwGO erheben. Grundsätzlich haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO. Vorliegend ordnet jedoch die Stadt S die sofortige Vollziehung des Planfeststellungsbeschlusses an, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Um die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, ist das Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft.⁷

III. Antragsbefugnis

Da der Rechtsschutz im einstweiligen Verfahren nicht mehr gewähren kann als der Hauptsacherechtsbehelf, unterliegen beide auch den gleichen Restriktionen. Der A-Verein müsste somit antragsbefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog.

1. § 61 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 i. V. m. § 61 Abs. 2 BNatSchG⁸

Eine Verletzung des A-Vereins in eigenen, subjektiv-privatnützigen Rechten (wie etwa dem Eigentumsrecht) kommt nicht in Betracht. Daher kann für ihn eine Antragsbefugnis nur aufgrund weiterer gesetzlicher Bestimmung bestehen, wie es § 42 Abs. 2 Alt. 1 VwGO vorsieht. Eine solche Antragsbefugnis könnte sich aus § 61 Abs. 1 und 2 BNatSchG ergeben.⁹ Voraussetzung ist, dass dieser anwendbar ist und dessen Tatbestandsmerkmale gegeben sind. In Betracht kommt eine Antragsbefugnis aus § 61 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 i. V. m. § 61 Abs. 2 BNatSchG.

a) Anwendbarkeit der einschlägigen Normen

§ 61 BNatSchG ist anwendbar. Die Einschlägigkeit der Antragsbefugnis nach § 61 BNatSchG richtet sich nach § 69 Abs. 5 bis 7 BNatSchG. Vorliegend käme die Anwendbarkeit aufgrund des § 69 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG in Betracht. § 69 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG setzt voraus, dass für den Verwal-

Rn. 8; *Redeker/v. Oertzen*, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2004, § 123 Rn. 3.

⁶ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 74 Rn. 8.

⁷ Da hier die beplanten Gebiete im Eigentum des Freistaats Bayern stehen, ist keine Drittwirkung des Planfeststellungsbeschlusses gegeben, weshalb ein Antrag nach § 80a Abs. 3 VwGO ausscheidet. Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80a Rn. 2; *Schmidt*, in: Eyer mann, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2006, § 80a Rn. 4; *Bücken-Thielmeyer/Krönigen*, in: Fehling/ Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 2006, § 80a Rn. 1; *Redeker/v. Oertzen*, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2004, § 80a Rn. 1.

⁸ Eine Prüfung nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz scheidet aus Gründen der Vereinfachung nach dem Bearbeitervermerk von vornherein aus.

⁹ Zur altruistischen Verbandsklage in diesem Zusammenhang *Schmidt/Kahl*, Umweltrecht, 7. Aufl. 2006, § 6 Rn. 70 ff., insb. Rn. 73 f.; *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 64 ff.

tungsakt nach dem 3. April 2002 ein Antrag gestellt wurde. Da vorliegend die Pläneinreichung nach dem 3.4.2002 erfolgte und diese als Antragstellung i.S.v. Art. 22 BayVwVfG gilt, ist der Anwendungsbereich des § 61 BNatSchG für den vorliegenden Fall gegeben.

Der aufgestellte Planfeststellungsbeschluss betrifft Vorhaben, die mit Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden sind.

b) Insbesondere: § 61 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG

aa) Satzungsgemäßer Aufgabenbereich

Die Verbandsklagemöglichkeit ist gegeben, wenn der A-Verein durch den Planfeststellungsbeschluss in seinem satzungsgemäßen Aufgabenbereich betroffen ist. Dieser erstreckt sich jedoch entsprechend der räumlichen Beschränkung der Anerkennung des Vereins nach §§ 67 Abs. 1 Nr. 5, 66 Abs. 1 S. 3 a.E. NatSchG Baden-Württemberg nur auf das Land Baden-Württemberg.

Damit bezieht sich der satzungsgemäße Aufgabenbereich nur auf solche Planfeststellungsverfahren, die auf baden-württembergischem Boden durchgeführt werden. Da sich das geplante Gebiet in Bayern befindet, wird der vorliegende Plan nicht mehr von dem Mitwirkungsrecht des § 66 Abs. 1 S. 3 NatSchG Baden-Württemberg umfasst, sodass insoweit der satzungsgemäße Aufgabenbereich des A-Vereins nicht eröffnet ist.

bb) Erweiterung des Aufgabenbereichs aus dem Staatsvertrag

Der satzungsgemäße Aufgabenbereich könnte durch den abgeschlossenen Staatsvertrag erweitert worden sein, wenn danach das baden-württembergische Recht erweiternd ausulegen ist. Eine Befugnis der baden-württembergischen Behörden zur Auslegung oder gar Abänderung des baden-württembergischen NatSchG im Sinne einer erweiterten Beteiligungspflicht wird vom Staatsvertrag hingegen nicht normiert und kann hieraus auch nicht abgeleitet werden. So bezieht sich der Sinngehalt des Art. 3 des Staatsvertrages allein auf die Anwendung materiell-rechtlicher Vorschriften des Naturschutzrechts im Planfeststellungsverfahren und auf die Anwendung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften. Dabei kommt durch den Staatsvertrag bayerisches Landesrecht zur Anwendung. Eine Befugnis der baden-württembergischen Planfeststellungsbehörde zur Abänderung oder Auslegung baden-württembergischen Rechts besteht indes nicht, sodass es bei dem satzungsgemäßen Aufgabenbereich verbleibt.

cc) Erweiterung des Aufgabenbereichs aufgrund des sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs zwischen Eingriffs- und Ersatzmaßnahme

Der satzungsgemäße Aufgabenbereich des A-Vereins könnte dadurch erweitert sein, dass sich die Ausgleichsmaßnahme als „Kehrseite“ zu der Eingriffsmaßnahme darstellt und daher diese mit jener in sachlichem und rechtlichem Zusammenhang steht. Die Mitwirkungsbefugnis des A-Vereins dient der ideellen und nicht nur vorübergehenden vorwiegenden Förde-

rung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege, § 67 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG Baden-Württemberg. Die Anerkennung des A-Vereins gilt jedoch nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung nur für das Land, in dem die anerkennende Behörde ihren Sitz hat, mithin Baden-Württemberg. Es handelt sich daher um eine gebietsbezogene Beschränkung der formalen und materiellen Rechte des Vereins auf das Gebiet Baden-Württemberg. Eine Beteiligung an einem Verfahren, das sich auf bayerisches Gebiet bezieht, wird dadurch nicht eröffnet. Denn die Erweiterung der Antragsmöglichkeiten über die Verfolgung eigener subjektiver Rechte hinaus ist nach § 42 Abs. 1 VwGO nur durch Gesetz möglich, und eine gesetzliche Eröffnung von Antragsrechten liegt insoweit gerade nicht vor.

2. Unmittelbare Wirkung der Richtlinie

In Frage käme weiter eine Berufung auf weitergehende Beteiligungsrechte aus der dem Naturschutzrecht insoweit zugrundeliegenden Richtlinie selbst. Dafür müsste sie unmittelbare Wirkung beanspruchen können. Voraussetzung hierfür sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass die Richtlinie vertragswidrig nicht (bzw. nicht ausreichend) umgesetzt wurde, sie inhaltlich hinreichend bestimmt und unbeding ist, sodass sie aus sich selbst heraus Wirkung entfalten kann, als auch, dass sie demjenigen, der sich auf die unmittelbare Geltung berufen möchte, eine subjektive Rechtsposition verleiht.¹⁰

Die EG-RL 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 beinhaltet in Art. 3 Nr. 7 den Auftrag an die Mitgliedstaaten, dass diese im Rahmen ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften sicherstellen, dass Mitglieder der „betroffenen Öffentlichkeit“, die ein ausreichendes Interesse haben, Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht haben. Nach Art. 3 Nr. 7 der Richtlinie ist als „betroffene Öffentlichkeit“ auch eine Nichtregierungsorganisation, die sich für Umweltschutz einsetzt, wie der A-Verein, zu verstehen.

Freilich muss keine identitäre Umsetzung erfolgen. Ausreichend ist vielmehr, dass die nach der Richtlinie Begünstigten sich auf ihre Rechtspositionen im Sinne des Gemeinschaftsrechts vor nationalen Behörden und Gerichten berufen können.¹¹ So kann der Mitgliedsstaat die Geltendmachung des Rechts von weiteren Umständen abhängig machen. Hieraus ergibt sich, dass eine nach nationalem Recht bestehende Beschränkung einer Verbandsklagebefugnis auf die Betroffenheit des satzungsgemäßen Aufgabenbereichs, wie sie § 61 BNatSchG normiert, als europarechtskonform anzusehen ist, und somit ein weitergehender Anspruch aus europa- oder

¹⁰ Frenz, Handbuch Europarecht IV, 2009, Rn. 584 m.w.N.

¹¹ EuGH, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303 Rn. 18 ff. – Vergaberichtlinie. Zur unmittelbaren Anwendung der EG-RL 2003/35/EG Durner, ZUR 2005, 285. Vgl. weiter auch die – hier nicht anzuwendenden – Regelungen des Umweltrechtsbehelfsgesetzes.

völkerrechtlichen Vorschriften für den A-Verein nicht hergeleitet werden kann.¹²

IV. Zwischenergebnis

Der Antrag des A-Vereins ist nach dem anzuwendenden Recht mangels Antragsbefugnis unzulässig.

Teil 2: Der Antrag des B-Vereins

Der Antrag des B-Vereins hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Siehe hierzu die Ausführungen zum Antrag des A-Vereins, Teil 1: A.I.

II. Statthafte Antragsart

Siehe hierzu die Ausführungen zum Antrag des A-Vereins, Teil 1: A.II.

III. Antragsbefugnis

1. § 61 Abs. 1 und 2 BNatSchG

Eine solche Antragsbefugnis könnte sich für den B-Verein aus § 61 Abs. 1 und 2 BNatSchG ergeben. Voraussetzung ist, dass dieser anwendbar und dessen Tatbestandsmerkmale gegeben sind.

a) § 61 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. BNatSchG

Der aufgestellte Planfeststellungsbeschluss betrifft Vorhaben, die mit Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden sind.

Da § 61 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG nur eine Voraussetzung für Befreiungen und Verbote nach Abs. 1 Nr. 1 aufstellt, kommt es allein auf die Berührung des satzungsgemäßen Aufgabenbereichs an, soweit sich die Anerkennung des Vereins hierauf bezieht, § 61 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG. Da der B-Verein in Bayern anerkannt ist, Art. 42 Abs. 2 BayNatSchG, und der satzungsgemäße Aufgabenbereich mit dem Gebiet, in dem der Verein anerkannt wurde, grundsätzlich deckungsgleich ist, gehört die Überprüfung von Planfeststellungsverfahren in Bayern zu dem satzungsgemäßen Aufgabenbereich des B-Vereins.

b) § 61 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG

Die Voraussetzungen des § 61 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG ist ebenfalls erfüllt, da der B-Verein nach landesrechtlichen Vorschriften zur Mitwirkung berechtigt war, vgl. § 60 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG, Art. 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 BayNatSchG.

¹² Zum Problem der altruistischen Verbandsklage auf EG-Ebene *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 175 EG Rn. 68. Unter Anwendung des Prinzips des „effet utile“ erscheint es durchaus vertretbar, zu einem anderen Ergebnis zu kommen und eine Antragsbefugnis des A-Vereins zu bejahen. In diesem Fall gilt dann der gleiche Fortgang des Lösungsweges wie bei dem B-Verein (siehe unten).

Antragsbefugnis des B-Vereins liegt daher in Form der Verbandsklagebefugnis vor.

IV. Beteiligungsfähigkeit

Der B-Verein ist als Antragsteller gem. § 63 Nr. 1 VwGO verfahrensbeteiligt und gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig.¹³ Antragsgegner gem. § 63 Nr. 2 VwGO ist die kreisfreie Stadt S, die gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, Art. 1 Abs. 4 GO Baden-Württemberg beteiligungsfähig ist.

V. Prozessfähigkeit

Der B-Verein ist als Antragsteller gem. § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig, vertreten durch seinen Vorstand, § 26 Abs. 2 BGB.

Die kreisfreie Stadt S ist nach § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig, vertreten durch den Oberbürgermeister, Art. 42 Abs. 1 S. 2 GO Baden-Württemberg.

VI. Zuständigkeit des Gerichts

Vorliegend ist laut Sachverhalt von der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts auszugehen.

VII. Ordnungsgemäße Antragstellung; Form und Frist

Der Antrag ist gem. §§ 81, 82 VwGO analog schriftlich einzureichen.¹⁴ Hiervon kann mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt ausgegangen werden. Der Einhaltung einer auf den Antrag bezogenen Frist bedarf es nicht.¹⁵

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

1. Vorheriger Antrag zur Behörde

Bei einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist kein vorheriger Antrag zur Behörde erforderlich, da ein Antrag nach § 80 Abs. 4 VwGO und ein solcher nach § 80 Abs. 5 VwGO qualitativ unterschiedlich sind und daher derjenige nach Abs. 4 nicht von vornherein den schnelleren, günstigeren oder effektiveren Weg darstellt. Vielmehr trifft das Gericht im Rahmen

¹³ Eine analoge Anwendung der §§ 61 ff. VwGO erübrigt sich, da diese im 7. Abschnitt der Allgemeinen Verfahrensvorschriften stehen. Allerdings wäre unter dem Gesichtspunkt der ausdrücklichen Bezeichnung als „Kläger“ und „Beklagter“ in § 63 Nr. 1, 2 VwGO eine analoge Anwendung vertretbar.

¹⁴ *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 128; *Schmidt*, in: Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2006, § 80 Rn. 59; *Bücken-Thielmeyer/Krönigen*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 2006, § 80 Rn. 53. Für eine ausnahmsweise gestattete mündliche Einlegung sind keine Anhaltspunkte im Sachverhalt enthalten.

¹⁵ *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 141; *Schmidt*, in: Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2006, § 80 Rn. 59; *Redeker/v. Oertzen*, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2004, § 80 Rn. 55a; *Bücken-Thielmeyer/Krönigen*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 2006, § 80 Rn. 53.

seiner Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO eine eigene, originäre Ermessensentscheidung und prüft nicht die Verwaltungsentscheidung nach. Das gleiche Ergebnis folgt auch aus einem Umkehrschluss zu § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO.¹⁶

2. Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache

Nach § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO ist der Antrag schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig. Was hieraus geschlossen werden kann, ist strittig. Nach einer Ansicht ist es nicht erforderlich, dass in der Hauptsache überhaupt schon ein Rechtsbehelf vor dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO eingelegt wird, dessen aufschiebende Wirkung wieder hergestellt wird.¹⁷ Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO, der ja gerade auf eine Einlegung der Anfechtungsklage verzichtet. Überdies würde die gesetzlich festgelegte Klage- bzw. Widerspruchsfrist der §§ 70 bzw. 74 VwGO, die dem Betroffenen Bedenkzeit einräumen wollen, ausgehöhlt, da diese in Eilfällen auf nahezu Null reduziert würde.¹⁸

Nach der herrschenden Meinung setzt der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO eine Verfahrenssituation voraus, in der grundsätzlich eine aufschiebende Wirkung bestanden hat, da ansonsten eine Wiederherstellung nicht möglich wäre. Aus diesem Grunde wird gefordert, dass in den Fällen, in denen Zeit für die Einlegung des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage verbleibt, diese auch erfolgen muss.

Jedoch verzichtet keine der beiden Ansichten auf die fristgerechte Erhebung der Anfechtungsklage. Strittig ist lediglich der Zeitpunkt, wann diese erhoben werden muss. Aufgrund dieses Meinungsstreits ist es für den B-Verein ratsam, schon vor Antragstellung Anfechtungsklage zu erheben. Jedenfalls muss diese erfolgen, solange sie noch zulässig ist.

3. Keine Bestandskraft des Antragsgegenstands

Weiterhin müsste der angegriffene Planfeststellungsbeschluss noch anfechtbar, d.h. die Anfechtungsfrist nicht abgelaufen sein, da ansonsten der Verwaltungsakt bestandskräftig wird und daher auch nicht mehr durch das Hauptsacheverfahren beseitigt werden kann. In diesem Fall würde das berechtigte Interesse des B-Vereins an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und damit das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz fehlen. Es ist somit zu fragen, ob die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist:

Gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO beträgt die Anfechtungsfrist einen Monat und beginnt mit der Bekanntgabe des Planfeststellungsbeschlusses. Ein Planfeststellungsbeschluss ist den Betroffenen gemäß Art. 74 Abs. 4 f. BayVwVfG zuzustellen, dies kann frühestens am 4.12.2009 erfolgt sein. Zum

¹⁶ Vgl. hierzu auch *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 78, 138.

¹⁷ *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 139.

¹⁸ Dies bedeutet jedoch nicht, dass kein Rechtsbehelf eingelegt werden müsste, da ansonsten das Verbot bestandskräftig werden würde, vgl. dazu weiter sogleich 3.

Zeitpunkt der Antragsstellung am 6.12.2009 ist demnach die Monatsfrist keinesfalls abgelaufen, deshalb ist auch noch keine Bestandskraft eingetreten.

IX. Zwischenergebnis

Der Antrag des B-Vereins ist zulässig.

B. Begründetheit¹⁹

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 2. Alt. VwGO ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner wendet und die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist oder in der gerichtlichen Interessenabwägung das Suspensivinteresse das Vollzugsinteresse überwiegt.²⁰

I. Passivlegitimation des Antraggegners

Der Antrag ist gegen die Körperschaft zu richten, welche der Rechtsträger der handelnden Behörde ist, weil nur über das streitige Recht verfügen kann.²¹ Gehandelt hat die kreisfreie Stadt S, die als Rechtsträger nach § 1 Abs. 4 GO Baden-Württemberg selbst passivlegitimiert ist.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. Zuständigkeit

Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist die Behörde, die den Planfeststellungsbeschluss erlassen hat, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Dies war die kreisfreie Stadt S, welche damit zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist.²²

¹⁹ Zwischen den Prüfungspunkten „Zulässigkeit“ und „Begründetheit“ könnte zusätzlich noch erörtert werden, dass eine einfache Beiladung des FS Bayern, als Eigentümer des Grundstücks, erforderlich ist, gem. § 65 Abs. 1 VwGO. Die Norm gilt nach *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 65 Rn. 3 auch im einstweiligen Rechtsschutz, unterliegt aber hier den Einschränkungen des Dringlichkeitsaspekts. Falsch ist es hingegen, wenn die Beiladung im Rahmen der Zulässigkeit geprüft wird, da es sich hierbei eben gerade nicht um eine Zulässigkeitsvoraussetzung handelt.

²⁰ Der Umfang und Aufbau der Begründetheitsprüfung bei Anträgen nach § 80 Abs. 5 VwGO ist (jedenfalls in Hinblick auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) umstritten. Dazu ausführlich *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), VwGO, Bd. 1, Stand: Oktober 2008, § 80 Rn. 250 ff.

²¹ Die Einordnung des hier in der Regel herangezogenen § 78 VwGO ist umstritten. Die Vorschrift kann – nach klassischer Lesart – den Prüfungspunkt der „Passivlegitimation“ abbilden, der (unstreitig!) in die Begründetheit gehört; nach anderer Auffassung ist durch § 78 ein gesonderter Zulässigkeitsprüfungspunkt „Richtiger Klagegegner/Antragsgegner (Prozessführungsbefugnis)“ geregelt. Präzise ist insoweit noch zwischen § 78 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 zu unterscheiden, zum ganzen übersichtlich *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 12 Rn. 39 ff.

²² Hingegen ist hier noch nicht zu prüfen, ob die Behörde für den Erlass des Verwaltungsakts in der Sache zuständig war.

2. Verfahren

Eine Anhörung ist nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG nur erforderlich, wenn es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung um einen Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 BayVwVfG handelt. Dies ist nach der herrschenden Meinung nicht der Fall: Die Merkmale des Art. 35 BayVwVfG liegen zwar grundsätzlich alle vor. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann aber nicht unabhängig von dem Verwaltungsakt, mit dem sie verbunden ist, in Bestandskraft erwachsen. Da die Möglichkeit, bestandskräftig zu werden, ein weiteres Merkmal eines jeden Verwaltungsakts ist, ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung damit kein Verwaltungsakt. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung stellt damit lediglich einen unselbständigen Annex zum Verwaltungsakt dar, weshalb eine Anhörung nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG unterbleiben kann.

Da aber jedenfalls die Voraussetzungen des Art. 35 S. 2 BayVwVfG im Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehung vorliegen, stellt sich die Frage einer analogen Anwendung des Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG. Jedoch setzt eine Analogie eine Regelungslücke voraus. An dieser fehlt es vorliegend: § 80 Abs. 3 VwGO enthält eine abschließende Regelung der formellen Voraussetzungen einer Anordnung der sofortigen Vollziehung. Eine gesonderte Anhörung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist damit nicht erforderlich.

Nach einer anderen Meinung würde für die analoge Anwendung sprechen, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung eine ebenso belastende Wirkung entfaltet wie der Verwaltungsakt selbst, so dass eine vorherige Anhörung geboten gewesen wäre.²³ Die Antragstellung selbst ist hierfür nicht ausreichend. Eine solche Anhörung ist unterblieben.

Allerdings führt diese fehlende Anhörung nicht zum Erfolg des Antrags, da diese im Gerichtsverfahren nachgeholt und damit der Mangel zumindest geheilt werden kann, Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG, denn das Gericht trifft eine eigene originäre Entscheidung.²⁴

3. Form

Die Schriftform der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist eingehalten; sie wurde nach den Angaben des Sachverhalts auch ordnungsgemäß, nämlich in ausreichender Weise gesondert begründet, § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO.

III. Interessenabwägung

Das Gericht trifft nach § 80 Abs. 5 S. 1 2. Alt. VwGO eine eigenständige Ermessensentscheidung („kann“). Abzuwägen ist das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsmittels (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO) mit dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung des Planfeststellungsbeschlusses (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO). Maßgeblich ist dabei vor allem, ob sich der Planfeststellungsbeschluss bei summarischer Prüfung als rechtswidrig erweist. Denn an der sofortigen Vollziehung eines rechtswid-

rigen Planfeststellungsbeschlusses kann von vornherein kein öffentliches Interesse bestehen.²⁵ Damit ist Maßstab für die Entscheidung des Gerichts in erster Linie, ob das Hauptsacheverfahren Erfolg hätte.²⁶

1. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

Da das Hauptsacheverfahren den gleichen Restriktionen wie der einstweilige Rechtsschutz unterliegt, kann auf die Ausführungen unter A. (siehe oben) verwiesen werden. Eine Zulässigkeit der Anfechtungsklage des B-Vereins liegt damit vor.

2. Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage wäre begründet, wenn der richtige Antragsgegner gewählt wird, der Planfeststellungsbeschluss rechtswidrig und der Kläger hierdurch in seinen Rechten verletzt wäre, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Planfeststellungsbeschluss ist rechtmäßig, wenn er auf einer entsprechenden Rechtsgrundlage beruht und den formellen und materiellen Anforderungen entspricht.

a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Planfeststellungsbeschluss ist Art. 74 Abs. 1 S. 1 BayVwVfG, da nach dem Staatsvertrag bayerisches Verwaltungsrecht Anwendung findet. Der Umstand, dass durch den Staatsvertrag einer außerbayerischen Behörde eingeräumt wird, dass sie auf bayerischem Hoheitsgebiet unter Anwendung bayerischen Rechts verbindliche Entscheidungen mit Bindungswirkung auch für Dritte trifft, begegnet im Ergebnis keinen Bedenken. Die Staatspraxis kennt entsprechende Ermächtigungen sowohl auf dem Gebiet der Amtshilfe bzw. Beleihung oder etwa im Sicherheitsrecht bei der Nacheile über die Grenzen des Staatsgebiets; da sich der anzuwendende Rechtsbestand nicht ändert, tritt die „fremde“ Behörde gleichsam nur als mit staatlicher Hoheit Beliehener auf.²⁷

b) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit

Für den Planfeststellungsbeschluss bezüglich des Ausgleichsgebiets Y in Bayern ist die Stadt S sachlich und örtlich zuständig. Dies ergibt sich aus Art. 3 des Staatsvertrags.

²⁵ Die summarische Prüfung bezieht sich hierbei auf die Sachverhaltsaufklärung, bei der eine Glaubhaftmachung ausreicht, § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 294 Abs. 1 ZPO, vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 91.

²⁶ BVerwG NVwZ-RR 1997, 339 (340); VGH München NVwZ 1998, 1191 (1192); vgl. auch *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 152.

²⁷ Bekannt ist diese Praxis insbesondere bei der Planfeststellung von Autobahnabschnitten, vgl. etwa den Staatsvertrag zwischen Bremen und Niedersachsen vom 16.4.2007, ratifiziert nach NdsGVBl. 2007, 310. Zur Nacheile über Ländergrenzen hinweg *Heinrich*, NStZ 1996, 361 (364); *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 2005, S. 111 ff.; vgl. auch Art. 11 Abs. 3 BayPOG.

²³ *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rn. 82.

²⁴ BayVGH BayVBl. 1988, 370.

bb) Verfahren, insbesondere Trennung der Verfahren

Der B-Verein rügt, dass die Trennung von Eingriffs- und Ausgleichsplan rechtswidrig sei und sich hieraus eine Verletzung von Beteiligungsrechten ergebe. Es ist allerdings fraglich, ob hierin ein rügefähiger Verfahrensfehler liegt.

Grundsätzlich ist die Festsetzung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen durch ein nachfolgendes Planfeststellungsverfahren zulässig, wenn die Planung und Festsetzung der Kompensationsmaßnahmen in einem Gesamtkonzept zu einer wirksameren Durchsetzung der Belange von Natur und Landschaftsschutz führt.²⁸ Danach ist es grundsätzlich möglich, das von der Antragsgegnerin verfolgte Gesamtkonzept der Kompensation des Eingriffs in das X-Gebiet durch nachfolgende Planfeststellungsverfahren zu verwirklichen. Inwieweit dieses Gesamtkonzept den Anforderungen an die Zulässigkeit von Verfahrenstrennung entgegen steht, gehört zum Prüfungsumfang der Eingriffsmaßnahme selbst. Insoweit ist allerdings zu beachten, dass die Rügebefugnis durch die Norm des § 61 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG auf Vorhaben, die den satzungsgemäßen Aufgabenbereich des B-Vereins betreffen, mithin auf Vorhaben in Bayern, begrenzt ist. Aus diesem Grund scheidet eine Rüge der Trennung der Eingriffs- von der Ausgleichsplanung aus.²⁹

cc) Form

Hinsichtlich der Form des Planfeststellungsbeschlusses bestehen keine Bedenken, da sich keine anderweitigen Anhaltspunkte im Sachverhalt finden.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Der Planfeststellungsbeschluss ist materiell rechtmäßig, wenn die Planrechtfertigung gegeben ist, sowie die Planungsleitsätze und das Abwägungsgebot eingehalten wurden.³⁰ Problematisch ist hier die Planrechtfertigung.

Die vorliegende Maßnahme bedarf der Planrechtfertigung, wenn es sich um einen erheblichen Eingriff in den Naturhaushalt handelt, der nicht anderweitig bereits gerechtfertigt ist.

aa) Ausgangspunkt: Erheblicher Eingriff in den Naturhaushalt, Art. 6 BayNatSchG

Eingriffe in die Natur und Landschaft sind Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können, vgl. Art. 6 BayNatSchG. Die Veränderung der Gestalt oder der Nutzung

einer Fläche muss die Schutzgüter der Eingriffsregelung erheblich beeinträchtigen können.

Beeinträchtigung bedeutet die negative Veränderung der zu schützenden Güter.³¹ Dabei stellen Schutz-, Pflege- oder Entwicklungsmaßnahmen keine Beeinträchtigungen dar. Das gleiche gilt für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, denn diese greifen zwar in bestehende Strukturen ein, führen aber keinen Eingriff herbei, solange die fördernden Wirkungen der Maßnahmen bezogen auf das jeweilige Schutzgut in einer Gesamtbetrachtung die kurzfristig auftretenden, negativen Auswirkungen als unwesentlich erscheinen lassen.³² Bewirken hingegen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen erhebliche Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und des Landschaftsbilds, sind sie fachlich ungeeignet.³³ Die in der Eingriffsregelung zu berücksichtigenden möglichen Beeinträchtigungen umfassen Bau, Errichtung und Betrieb von Vorhaben und Anlagen.³⁴ Nach dieser Definition handelt es sich bei den für das Y-Gebiet geplanten Maßnahmen um einen Eingriff i.S.v. Art. 6a BayNatSchG.

Fraglich ist weiter, ob der Eingriff erheblich ist. Eine Beeinträchtigung ist immer dann als erheblich anzusehen, wenn sie erkennbar nachteilige Auswirkungen auf die einzelnen Faktoren des Naturhaushalts hat und folglich deren Funktion wesentlich stört.³⁵

Ausgangspunkt auch dieser Beurteilung ist der tatsächlich vorgefundene und rechtlich abgesicherte ökologische Zustand des betroffenen Maßnahmegebiets. Insoweit stellt sich der durch die Maßnahme bewirkte Austausch zweier sich gleichwertig gegenüberstehender ökologischer Funktionen nicht als eine Verbesserung des Naturhaushalts nach diesen rechtlichen Maßstäben dar. Insbesondere gemessen an den Zielen des Y-Gebietes, die in § 3 Abs. 2 Nr. 6 NSG-VO Bayern genannt sind, handelt es sich bei der Maßnahme um eine erhebliche Beeinträchtigung, da bereits ansässige Vogelpopulationen durch die Maßnahmen verdrängt würden.

So folgt aus der fehlenden Aufwertungsbedürftigkeit und -fähigkeit der durch die Maßnahme in Anspruch genommenen Fläche des Y-Gebiets, dass das Vorhaben gleichzeitig nach Art. 6 BayNatSchG einen erheblichen, naturschutzrechtlichen Eingriff darstellt.

²⁸ BVerwG, Beschl. v. 30.8.1994 – 4 B 105/94 = NVwZ-RR 1995, 322; BVerwG, Beschl. v. 22.5.1996 – 4 B 30/95 = NVwZ-RR 1997, 217; *Louis*, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 121.

²⁹ *Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch*, BNatSchG, 2. Aufl. 2003, § 61 Rn. 21.

³⁰ Vgl. BVerwGE 48, 56; *Bonk/Neumann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 74 Rn. 32.

³¹ *Tausch*, Bayerisches Naturschutzgesetz, 2006, Art. 6 Rn. 7.

³² *Louis*, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 15, unter Hinweis auf VGH Mannheim, Urt. v. 22.11.1996 – 8 S 1006/96 = NuR 1997, 449, sowie *Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch*, BNatSchG, 2. Aufl. 2003, § 8 Rn. 17.

³³ *Louis*, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 15.

³⁴ *Louis*, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 17.

³⁵ *Louis*, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 20, vgl. auch *Tausch*, Bayerisches Naturschutzgesetz, 2006, Art. 6 Rn. 10 f.

*bb) Planrechtfertigung**(1) Notwendigkeit einer Planrechtfertigung:*

Werden naturschutzrechtlich vorgeschriebene Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen für einen Eingriff nicht in einem einheitlichen Planfeststellungsbeschluss über den Eingriff selbst festgesetzt, sondern einem eigenständigen Ergänzungsplanfeststellungsverfahren vorbehalten, bedarf der Gegenstand einer solchen Ergänzungsplanfeststellung wie jedes andere Vorhaben auch, einer Planrechtfertigung.³⁶

(2) Rügefähigkeit der Planrechtfertigung:

Der Antragsteller ist auch nicht darauf beschränkt, naturschutzrechtliche Belange, auf die er gem. § 61 BNatSchG verwiesen ist, lediglich als Teil der fachplanerisch gebotenen Abwägung oder als Verletzung materiell-rechtlicher Normen strikten Rechts zu rügen. Vielmehr kann er auch die Planrechtfertigung beanstanden, wenn das Vorhaben seine Rechtfertigung maßgeblich in Belangen des Naturschutzes sucht.³⁷ Denn eine altruistische Verbandsklagebefugnis unterscheidet sich in diesem Punkt maßgeblich vom subjektiven Rechtsschutzsystem insoweit, als die Wahrung naturschutzrechtlicher Belange durch Naturschutzverbände an die Stelle der Geltendmachung subjektiver Rechtsverletzungen eine objektive Kontrolle der Einhaltung naturschutzrechtlicher Normen setzt. Findet ein Planvorhaben seine fachplanerische Rechtfertigung, wie hier, maßgeblich in naturschutzrechtlichen Belangen, erstreckt sich die Rügebefugnis der Verbandsklage auch auf diese das Vorhaben rechtfertigenden Belange. Das Gericht ist auch befugt, die Planrechtfertigung als Rechtsfrage vollumfänglich zu prüfen. Insbesondere steht die der Planrechtfertigung zugrunde liegende Frage, ob mit dem Vorhaben legitime, mit den fachplanerischen Zielsetzungen übereinstimmende Ziele verfolgt werden, nicht im Ermessen der Planungsbehörde.³⁸

(3) Erforderlichkeit des Planfeststellungsbeschlusses: Ersatzmaßnahme für naturschutzrechtlichen Eingriff

Erforderlich ist ein Planfeststellungsbeschluss, wenn er gemessen an den Zielen des einschlägigen Fachplanungsgesetzes vernünftigerweise geboten ist.³⁹ Geboten kann der Plan auch aus naturschutzrechtlichen Zielsetzungen heraus sein. Vorliegend handelt es sich um eine naturschutzrechtliche Maßnahme als Ausgleich des Eingriffs in das X-Gebiet in Baden-Württemberg, vgl. Art. 6a Abs. 1 S. 1 BayNatSchG. Eine Planrechtfertigung ist dabei unter anderem dann gegeben, wenn der Eingriff in sonstiger Weise kompensiert ist, so genannte Ersatzmaßnahme nach Art. 6a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BayNatSchG.

Regelmäßig werden Art und Umfang der Kompensationsmaßnahmen, die einem ergänzenden Verfahren vorbehalten

sind, im Ausgangsplanfeststellungsbeschluss nur festgesetzt und erörtert, um in dessen Abwägung darzulegen, dass eine ausreichende Kompensation dem Grunde nach möglich ist. Erst im durchzuführenden Ergänzungsplanfeststellungsverfahren wird eine Überprüfung der Eignung und der Übereinstimmung mit naturschutzrechtlichen Vorgaben ermöglicht.

(4) Aufwertungsfähigkeit und Aufwertungsbedürftigkeit der Ersatzfläche

Geeignet ist die Maßnahme als Kompensation im Sinne des Art. 6a Abs. 1 BayNatSchG jedoch nur, wenn die Ersatzflächen aufwertungsfähig und aufwertungsbedürftig sind. Voraussetzung hierbei wäre, dass das Gebiet in einen Zustand versetzt werden kann, der im Vergleich mit dem früheren Zustand als ökologisch höherwertig anzusehen ist.⁴⁰ Denn Sinn einer naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ist es, Flächen in eine ökologische Qualität zu versetzen, die in der gesamtökologischen Bilanz eine Wiedergutmachung der Eingriffsfolgen herbeiführen kann. Wäre es zulässig, Kompensationsmaßnahmen auch auf solchen Flächen zuzulassen, die bereits einen vergleichbar hohen ökologischen Wert wie die für den Eingriff in Anspruch genommenen Flächen haben, „so ließen sich eingriffsintensive Vorhaben gerade in Bereichen, die sich weiträumig durch besondere ökologische Sensibilität auszeichnen, problemlos verwirklichen, da der Vorhabensträger dort ein reichhaltiges Kompensationspotential vorfände. Bei einem solchen Verständnis würde die Eingriffsregelung geradezu in ihr Gegenteil verkehrt.“⁴¹

(a) Beurteilungsmaßstab und -zeitpunkt

Anhand des Sachverhalts wird deutlich, dass der bisherige ökologische Zustand maßgeblich verändert wird. Die Ausweisung und Meldung als besonderes Vogelschutzgebiet nach der Vogelschutzrichtlinie und als Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung nach der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie selbst ist nicht ausreichend, um die Aufwertungsbedürftigkeit des Y-Gebiets zu begründen. Maßgeblich für die Aufwertungsbedürftigkeit und -fähigkeit ist hingegen vielmehr der tatsächlich vorhandene ökologische Zustand des in Anspruch genommenen Gebiets.⁴² Es ist daher keine rein formelle, sondern eine materielle Betrachtung anzustellen.

Als aufwertungsbedürftig in diesem Sinne kann sich ein unter europarechtlichem Schutz der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie und Vogelschutzrichtlinie stehendes Gebiet nur dann erweisen, wenn es unter naturfachlichen Gesichtspunkten nicht mehr den Schutz-, Entwicklungs- und Erhaltungszielen der Unterschutzstellung entspricht.⁴³ Die naturfachli-

³⁶ *Louis*, NuR 2002, 335; a.A. OVG Lüneburg, Beschl. v. 1.6.2001 = NuR 2002, 369.

³⁷ So OVG Schleswig, Beschl. v. 18.7.2005 = NuR 2006, 63.

³⁸ BVerwGE 84, 123.

³⁹ *Lattermann/Guckelberger*, in: Ziekow (Hrsg.), Praxis des Fachplanungsrechts, 2004, Rn. 2077; BVerwGE 71, 166.

⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 23.8.1996 – 4 A 29/95 = DVBl. 1997, 68; BVerwG, Gerichtsbescheid v. 10.09.1998 = NuR 1999, 103.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 23.8.1996 – 4 A 29/95 = DVBl. 1997, 68; vgl. auch BVerwG (oben Fn. 1), Rn. 20.

⁴² VG Schleswig, Urt. v. 21.9.2006 – 12 A 162/00 = NuR 2007, 278; vgl. auch BVerwG NVwZ 1999, 532 (534).

⁴³ VG Schleswig, Urt. v. 21.9.2006 – 12 A 162/00 = NuR 2007, 278; OVG Schleswig, Urt. v. 24.6.2008 – 4 LB 15/06 = NuR 2009, 210.

che Versetzung in einen anderen, mit den Schutz- und Erhaltungszielen der Unterschutzstellung nicht konformen Zustand vermag für sich die Aufwertungsfähigkeit eines solchen Gebiets selbst dann nicht zu begründen, wenn dieser unter rein naturfachlichen Gesichtspunkten als ökologisch höherwertig anzusehen ist. Aus diesem Grunde ist zunächst der rechtlich abgesicherte naturfachliche Status zu bewerten, um anhand dessen die Aufwertungsbedürftigkeit festzustellen.

Dabei stellt sich auch die Frage, auf welchen Beurteilungszeitpunkt abzustellen ist. Nach einer Ansicht ist maßgeblicher Zeitpunkt derjenige der Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan.⁴⁴ Spätere Rechts- und Sachänderungen werden nicht berücksichtigt, da sie grundsätzlich nicht geeignet sind, „der zuvor getroffenen Abwägungsentscheidung nachträglich den Stempel der Rechtmäßigkeit oder Fehlerhaftigkeit aufzudrücken“.⁴⁵ Aus diesem Grunde ist es für die rechtliche Beurteilung des Planfeststellungsbeschlusses unbedeutend, dass sich die Vogelpopulation im Y-Gebiet nach der Planfeststellung verringert. Das Abwandern der Blaukehlchen und die Verringerung der Bedeutung des Gebiets für Rastvögel bleiben daher für die rechtliche Beurteilung außer Betracht. Nach einer anderen Ansicht ist maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Sach- und Rechtslage derjenige der letzten mündlichen Verhandlung.⁴⁶ Hiernach würden zwar das Abwandern der Blaukehlchen und die Verringerung der Bedeutung des Gebiets für Rastvögel für die rechtliche Beurteilung relevant. Jedoch vermag dies keine andere Beurteilung der Sachlage zu rechtfertigen, da durch die geplanten Maßnahmen im Y-Gebiet nicht das Blaukehlchen, sondern allein der Säbelschnabler und der Zwergsäger abwandern, mithin die Verringerung der Blaukehlchenpopulation nicht für die Beurteilung der Maßnahme bedeutsam ist. Ein Streitentscheid ist daher nicht erforderlich.

Das Y-Gebiet bietet insgesamt betrachtet Lebensraum für zahlreiche geschützte Vogelarten, was durch die Meldung als Vogelschutzgebiet im Sinne der Vogelschutzrichtlinie, die entsprechenden Unterschutzstellungen als Naturschutzgebiet sowie den Vorschlag als Fauna-Flora-Habitat-Gebiet bestätigt wird. Die geplanten landschaftlichen Veränderungen führen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des vorhandenen Lebensraums, so dass eine Verschiebung des Artenspektrums eintritt.

(b) Keine Aufwertungsbedürftigkeit des Y-Gebiets

Aufwertungsbedürftigkeit ist dann gegeben, wenn ein tatsächliches ökologisches Defizit bezogen auf die Schutz- und Entwicklungsziele, wie sie sich zum maßgeblichen Zeitpunkt des Planfeststellungsbeschlusses darstellen, besteht.

Das Schutzziel des Y-Gebiets ist gem. § 3 Abs. 2 Nr. 6 NSG-VO Bayern, die Natur in diesem Gebiet in ihrer Ge-

samtheit dauerhaft zu erhalten, insbesondere die auf diese Lebensräume spezialisierten charakteristischen Pflanzen- und Tierarten, insbesondere auch die hier brütenden und rastenden sowie durchziehenden Vogelarten.

Nach dem Sachverhalt bevölkern mehrere Populationen dieses Gebiet. So sind die im Anhang I der Vogelschutzrichtlinie aufgeführten Brutvogelarten der Säbelschnabler, Zwergsäger und Blaukehlchen in dem Gebiet in einem Ausmaß vorhanden, dass diesem für jene sehr hohe Bedeutung zukommt. Weiter ist eine Vielzahl der Arten des Anhangs I der Vogelschutzrichtlinie als Rastvögel festgestellt, so dass auch für diese das Gebiet eine sehr hohe Relevanz aufweist.

Aus diesem Grunde kann ein ökologisches Defizit in Bezug auf die maßgebliche ökologische Bedeutung als Rückzugsgebiet von Brut- und Rastvögeln geprägter Naturhaushalt für die dort vorhandenen Populationen nicht festgestellt werden.

Auch das Vorbringen der Antragsgegner, die hinzutretenden Populationen seien als Ausprägung von Fauna-Flora-Habitat-Lebensräumen und Habitaten als ökologische Aufwertung zu betrachten, kann eine andere Bewertung nicht rechtfertigen. Denn die Umwandlung eines bestehenden, gemessen an den zu Grunde zu liegenden Schutz- und Entwicklungszielen ökologisch nicht defizitären Schutzgebiets in ein anderes, ebenfalls schützenswertes Gebiet, begründet selbst dann nicht die Eignung als Ersatzmaßnahme, wenn die grundsätzliche Qualität des Maßnahmegebiets als Vogelschutzgebiet – unter Hinnahme einer unstrittig gegebenen Verschiebung des Artenspektrums – erhalten bliebe.⁴⁷

Dem steht auch nicht entgegen, dass, wie der Antragsgegner vorbringt, kein anderes Gebiet für die Ersatzmaßnahme bereit steht. Dies allein ist kein Kriterium, das eine andere Beurteilung der Sachlage rechtfertigt, da ansonsten Missbrauch Tür und Tor geöffnet wäre.⁴⁸

IV. Zwischenergebnis

Das Y-Gebiet ist weder aufwertungsfähig noch aufwertungsbedürftig. Es handelt sich bei diesem daher nicht um eine Ersatzmaßnahme für das X-Gebiet i.S.v. Art. 6a Abs. 2 S. 1 Alt. 2, S. 5 BayNatSchG. Mithin fehlt dem Plan die erforderliche Planrechtfertigung. Die Anfechtungsklage hätte damit in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg. Aus diesem Grunde überwiegt das Suspensivinteresse des B-Vereins das Vollzugsinteresse der Stadt S, womit der Antrag begründet ist.

C. Endergebnis

Der Antrag des B-Vereins ist zulässig und begründet und damit erfolgreich. Der Antrag des A-Vereins ist hingegen bereits unzulässig und hat damit keinen Erfolg.

⁴⁴ Stdg. Rspr. BVerwG, vgl. zuletzt BVerwGE 120, 276 (283); *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 113 Rn. 31 m.w.N.

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 23.8.1996 – 4 A 29/95 = DVBl. 1997, 68 sowie BVerwG, Beschl. v. 28.1.2009 (o. Fn. 1), Rn. 21.

⁴⁶ *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 113 Rn. 33 m.w.N.

⁴⁷ VG Schleswig-Holstein, Urt. v. 21.9.2006 – 12 A 162/00, S. 42.

⁴⁸ Weiterführend zur Frage der Geeignetheit der Kompensationsmaßnahme bei Bestehen weiterer Standortalternativen BVerwG, Beschl. v. 28.1.2009 (o. Fn. 1), Rn. 23, 29.

Übungsfall: Die unfreiwillige Tötung „im Namen der Ehre“

Von Prof. Dr. Ralf Krack und Wiss. Mitarbeiter Sascha Kische, LL.M., Osnabrück*

Der Sachverhalt wurde als Ferienhausarbeit begleitend zur Vorlesung „Strafrecht I“ im Wintersemester 2008/2009 am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück gestellt.¹ Die Bearbeiter wurden vor die Aufgabe gestellt, die wohl typischerweise beim sog. „Ehrenmord“ einschlägigen Vorschriften des Allgemeinen und Besonderen Teils aufzufinden und zu prüfen.

Sachverhalt

Der 23-jährige Arian (A) lebt zusammen mit seinem drei Jahre älteren Bruder Farid (F) und der sieben Jahre jüngeren Schwester Zohra (Z) sowie dem gemeinsamen Vater in Osnabrück-Schinkel. Die Eltern kamen vor 20 Jahren aus Afghanistan und waren dort in der Vergangenheit angesehene Bürgersleute. Nachdem jedoch die Gotteskrieger, die sog. Mudschahiddin, zunehmend mehr politischen Einfluss genommen hatten, waren zunächst der Vater und nach ihm die Mutter mitsamt der Söhne vor Krieg und Elend nach Deutschland geflohen. Allesamt halfen sie mit, die „Gemeinschaft Afghanisches Leben e.V.“ in OS-Schinkel auf die Beine zu stellen, in der die Traditionen wie familiärer Zusammenhalt, Ehre, Gehorsam und Unterordnung unter das Familienoberhaupt etc. vorgelebt und vermittelt werden. Seit nunmehr 12 Jahren hält der Vater, der mitsamt seiner Familie innerhalb der Gemeinschaft ein außerordentlich hohes Ansehen genießt, den Vorsitz des Vereins. 1990 wurde Z geboren, die seither die deutsche Staatsbürgerschaft hat; die Mutter starb bei der Geburt. Sowohl Kriegstraumata als auch der Verlust der Mutter machen seitdem der Familie sehr zu schaffen.

Seit 2 Jahren ringt die Familie mit vermeintlichen „Problemen“ ihrer Tochter Z: Andere Leute berichten wiederholt der Familie, dass die Tochter Umgang mit deutschen Jungs habe, sich auffällig schminke, ein Piercing trage und des Öfteren mit bauchfreien Tops und Miniröcken gesichtet werde. Auch in der Familie bleibt nicht unbemerkt, dass sie manchmal nächtelang fort bleibt, raucht und gelegentlich Alkohol trinkt. Schließlich nimmt sie auch schon mal Geld aus der Familienkasse, um ihren Lebensstil zu finanzieren und beizubehalten. Sowohl der Vater, als auch F und A fürchten um das Familienansehen, doch Z zeigt sich stur und unbeeindruckt. Allein ihren Brüdern F und A kann sie sich noch anvertrauen, die der Z – zumindest was alle außerfamiliären Angelegenheiten angeht – mit geschwisterlichem Beistand zur Seite stehen.

* Der Autor Krack ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Osnabrück, der Autor Kische ist Assessor und als wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl tätig.

¹ Unter 253 BearbeiterInnen und bei einem Notendurchschnitt von 5,8 Punkten verteilte sich die Benotung wie folgt: „sehr gut“ – 0,4%; „gut“ – 4,7%; „vollbefriedigend“ – 9,9%; „befriedigend“ – 26,5%; „ausreichend“ – 26,5%; „mangelhaft“ – 32%; „ungenügend“ – 0,0%.

Da dem Vater zusehends die Erziehung seiner Tochter Z entgleitet, ertränkt er seinen Kummer lieber im Alkohol und redet auf seinen ältesten Sohn F ein: „Du bist jetzt das Oberhaupt, du musst auf die Familie aufpassen!“ Als dem F dann von Freunden im Oktober 2008 wahrheitswidrig erzählt wird, dass Z Drogen nehme und sie sich überdies als Prostituierte betätige, kann er seinen Zorn nicht länger unterdrücken. F, der selbst bereits mehrfach straffällig (vorwiegend Raub- und Körperverletzungsdelikte) wurde, unter Freunden als besonders gewalttätig bekannt ist und „seinen Ankündigungen stets Taten folgen“ lässt, nimmt daraufhin die ihm übertragene „Erziehung“ seiner Schwester in die eigene Hand. Angesichts einer derartigen „Entehrung“ der Familie beschließt er mithilfe seines Bruders A, die Z „aus der Welt zu schaffen“, und zwar auf die folgende Weise:

F werde zunächst die Z anrufen und unter dem Vorwand eines Treffens mit Freunden zum Hasetor-Bahnhof bitten. Sobald sie sich allein bei den Gleisen befinde, soll A aus einem Versteck auf sie zurennen und sie mit seinem Taschenmesser nieder stechen. Um sicherzustellen, dass die geplante Tat auch tatsächlich ausgeführt wird, werde F selbst auf dem Bahnhof zugegen sein und zuschauen. Bei erfolgreicher Ausführung werde F dafür sorgen, dass die Wahrheit nie ans Licht komme und auch bei der Flucht helfen. Für den Fall, dass dem A jedoch Zweifel kommen oder er gänzlich von der Tat Abstand nimmt, werde F diese selbst noch vor Ort ausführen. Dann würde er jedoch die peinliche Misere dem Vater mitteilen, was letztendlich zur Konsequenz hätte, dass A damit seinerseits „entehrt“ wäre, er sich in der Familie nicht mehr blicken zu lassen bräuchte und ihn das gleiche Schicksal wie das der Z in unbestimmter Zeit treffen könne. A weiß sich gegen seinen größeren Bruder nicht anders zu wehren und willigt erschrocken in den Plan ein.

F lockt die Z am Tage der Vollstreckung zum Hasetor-Bahnhof und versteckt sich im Dunkel des Treppenaufstiegs, so dass er auch von A nicht wahrgenommen wird. Als A seine Schwester alleine an den Gleisen stehen sieht, rennt er – von Z unbemerkt – mit erhobenem Taschenmesser auf Z zu und sticht, ohne ein Wort zu sagen, wuchtig von hinten auf sie ein. Er trifft mit dem Stich in den Rücken, wobei dieser das Herz trifft. Einen tödlichen Ausgang aufgrund des Messerstichs sieht A sicher voraus. Z stirbt. Während F die Flucht gelingt, wird A noch am Tatort von der Polizei festgenommen.

In seiner Vernehmung sagt A aus, dass er davon ausgehe, mit seiner Tat der Familie etwas Gutes getan zu haben. Wenn nicht er, so hätte doch in jedem Fall der ebenfalls anwesende F die Z getötet; diese wäre also ohnehin gestorben. Weiter meint A, dass er sich angesichts der in der Gemeinschaft vermittelten Traditionen, denen er sich noch immer besonders verbunden fühle, rechtens verhalten habe. Es könne nicht angehen, dass die Z die Familienehre durch ihr Verhalten so sehr „beschmutze“ und ungestraft davonkomme. Wegen der vielfachen vorangegangenen Ehrverletzungen sei letztlich nur noch der Tod eine angemessene Reaktion gewesen. Jedenfalls müsse aber der Umstand, dass es seine „un-

freie“ Entscheidung zur Tötung war, bei A irgendwie Berücksichtigung finden. Aus Furcht vor familiärer wie auch persönlicher Entehrung könne ihm ein Schuldvorwurf letztlich nicht gemacht werden.

Beurteilen Sie die Strafbarkeit des A! Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung

A. Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB

A könnte gem. § 212 Abs. 1 StGB eines Totschlags² schuldig sein, indem er mit seinem Taschenmesser der Z in den Rücken stach.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Z ist tot. Eine taugliche Tötungshandlung liegt in dem Messerstich vor. Voraussetzung für die Bejahung des objektiven Tatbestands ist, dass A die Z in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise getötet hat.³

Kausal ist nach der sog. *conditio-sine-qua-non*-Formel jede Bedingung, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.⁴ Maßgeblich sei hiernach, dass der Erfolg auf eben diese Weise, unter den geschehenen Tat- und Begleitumständen und zu dieser genauen Zeit eingetreten ist. Denkt man sich nach dieser Maßgabe den Messerstich des A hinweg, so entfällt auch der

konkrete Erfolgseintritt bei Z und eine ursächliche Verbindung zwischen wirklich Geschehenem und Erfolg wäre ohne weiteres zu bejahen.

Fraglich ist aber, ob sich etwas dadurch ändert, dass F ankündigte, bei etwaigen Zweifeln des A die Tat selbst auszuführen. Tatsächlich ist F als gewalttätige Person bekannt, die ihren „Ankündigungen stets Taten folgen lässt“, und auch persönlich zur Tatzeit am Tatort anwesend gewesen. Es ließe sich daran zweifeln, ob die Kausalität des Erfolges entfällt, wenn auch ohne die Täterhandlung der Taterfolg in gleicher oder zumindest vergleichbarer Weise auf Grund eines hypothetischen Kausalverlaufs, namentlich durch (rechtswidriges) Handeln eines Dritten als bereitstehende Reserveursache⁵, eingetreten wäre. Die vorherrschende Ansicht verneint ausnahmslos die tatbestandliche Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe⁶ und stützt sich dabei auf die überzeugenden Argumente, dass es zum einen keinen Entzug des strafrechtlichen Schutzes geben dürfe, nur weil das Rechtsgut ohnehin in einer aussichtslosen Lage ist, und zum anderen strafrechtliches Unrecht nur in der Verursachung des Verletzungserfolges als ein wirkliches, objektiv feststehendes Ereignis bestehen könne.⁷

Nach Ansicht von *Frister*⁸ sind in den Fällen der hypothetischen Kausalität bereits Einschränkungen in der Kausalitätsdefinition vorzunehmen.⁹ *Frister* will zwar einzelne Re-

² Der „gefürchtete“ Streit, ob § 211 StGB im Verhältnis zu § 212 StGB ein eigenes Delikt (Rechtsprechung) oder eine Tatbestandsqualifikation (herrschende Ansicht in der Literatur) darstellt, kann im Rahmen dieser Anfängerhausarbeit bei nur einem präsumtiven Täter ersichtlich offen bleiben. Diesbezüglich darf ohne weitere Begründung von einem Qualifikationsverhältnis ausgegangen und die Prüfung entsprechend aufgebaut werden, vgl. *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2008, Rn. 62. Es ist zwar nicht als falsch zu bewerten, wenn mit der Prüfung des Mordtatbestandes begonnen wird. Vorzugswürdig bietet sich aber eine getrennte Darstellung von Totschlags- und Mordtatbestand an, um die Prüfung nicht zu „überfrachten“. So ist man geneigt, die Prüfung des Merkmals der „sonst niedrigen Beweggründe“ mit den von A angesprochenen Notstandselementen zu „vermischen“, ohne dass diese vorher einer eigenständigen Prüfung bei der vermeintlichen Rechtfertigung oder Entschuldigung der Tötung unterzogen werden.

³ Vereinzelt wird in studentischen Arbeiten noch die Gesetzesformulierung „ohne Mörder zu sein“ zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Anerkanntermaßen ist dieser Wortlaut aber heutzutage ohne jede sachliche Bedeutung im Tatbestand des § 212 StGB, vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 212 Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 212 Rn. 2.

⁴ Seit RGSt 1, 373 und BGHSt 1, 332 (333) in ständiger Rechtsprechung; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 7; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 156.

⁵ Auf das Erkennen dieses Sonderfalls einer bereitstehenden Reserveursache kam es an! Ob der alternative Todeseintritt durch den F vorher, gleichzeitig oder erst später eingetreten wäre – wonach in einzelnen Abhandlungen auch unterschieden wird, vgl. etwa bei *Sancinetti*, ZStW 120 (2008), 661 (676 ff.) – ist für die vorliegende Rechtsfrage irrelevant. Wie hier zu zeigen sein wird, kommen die Anhänger unterschiedlicher Sichtweisen in der hier behandelten Konstellation zu denselben Ergebnissen.

⁶ BGHSt 30, 228 (231 f.) = NJW 1982, 292 = JuS 1982, 467 m. Anm. *Puppe*, JuS 1982, 660; *Jakobs*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 53 ff.; *Krey*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 264 f.; vgl. etwa auch die Darstellung bei *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), vor § 13 Rn. 97.

⁷ Überblickartig bei *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, vor § 13 Rn. 152 und *Lenckner/Eisele* (Fn. 6), vor § 13 Rn. 97.

⁸ *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, 9/27 ff. (insbesondere Rn. 30).

⁹ Erwartungsgemäß hat überhaupt nur etwa die Hälfte aller BearbeiterInnen die Fallkonstellation des „hypothetischen Kausalverlaufs“ gesehen und sich mit einer kurzen Darstellung der h.M. begnügt; die andere Hälfte aber hat diese Besonderheit, obwohl schon der Sachverhalt eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik erwarten ließ, nicht einmal erkannt oder jedenfalls eine entsprechende Erläuterung nicht für notwendig gehalten. Auf diese Weise wurde ein Schwerpunkt dieser Anfängerhausarbeit verkannt und es gingen bereits wichtige Punkte für die Endbenotung verloren. Eine gelungene Bearbeitung zeichnete sich erst dadurch aus,

serveursachen beschränkt berücksichtigen, nicht aber die bereit stehende Reservehandlung eines Dritten, wenn der Entschluss (des Dritten) zur rechtswidrigen Reservehandlung noch nicht betätigt worden ist.¹⁰ Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass F zu einer eigenhändigen Tötung der Z noch nichts unternommen hat. Eine irgendwie geartete Betätigung seines vermeintlichen Tötungsentschlusses ist nicht festzustellen, so dass nach *Frister* keine Einschränkung der Kausalität vorzunehmen ist. Ähnlich verfährt *Hoyer*¹¹, der eine alleinige kausale Erfolgszurechnung beim Dritten wegen seiner bereit stehenden Reservehandlung nur dann als gegeben ansehen will, wenn er die Bestandschancen des betroffenen Rechtsgutsubjekts auch tatsächlich schmälert. Ein solches Tätigwerden des F, das bereits auf die eigenhändige Tötung der Z gerichtet ist, und eine Schmälerung des Lebens von Z ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, so dass auch hiernach keine kausale Erfolgzzurechnung bei F bejaht werden kann, die den A entlastet. Nach *Samson*¹² und *Rudolphi*¹³ sollen hypothetische Kausalverläufe grundsätzlich erst in der objektiven Zurechnung bei der Frage, inwieweit sich eine rechtlich missbilligte Gefahr in dem tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat,¹⁴ Berücksichtigung finden. Angesichts des von ihnen vorgebrachten Arguments, dass der Bestand und die Unversehrtheit der einzelnen tatbestandlichen Schutzobjekte niemals völlig gesichert sei, könne auch die Sinnhaftigkeit strafrechtlicher Normen, durch deren Befolgung die zu schützenden Rechtsgüter tatsächlich vor Schaden zu bewahren, jedenfalls nicht in den Fällen der gleichzeitig angelegten Erfolgsverwirklichung greifen.¹⁵ Beide nehmen jedoch auch eine Ausnahme für den Fall einer bereitstehenden Reservehandlung eines Dritten an, und zwar aus der Überlegung, dass sowohl Täter als auch Ersatztäter verpflichtet seien, die erfolgsverursachende Handlung zu unterlassen und allein der Umstand, dass neben dem Täter noch andere willens sind, die Rechtsordnung zu übertreten, eine Strafnorm für den Täter nicht suspendieren könne.¹⁶ Die dargestellten Einzelansichten berücksichtigen hiernach, ebenso wenig wie die überwiegend vertretene Ansicht, die im Tatzeitpunkt bereitstehende (rechtswidrige) Reservehandlung des F. Ein

dass sie sich mit einer oder zwei Gegenansichten auseinandergesetzt hat.

¹⁰ Die Formulierung „Betätigen“ deutet wohl darauf hin, dass der Dritte zur Tatbestandsverwirklichung zumindest unmittelbar angesetzt haben muss (§ 22 StGB).

¹¹ *Hoyer*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, S. 175 (185 f.).

¹² *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 88 ff.

¹³ *Rudolphi*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Lieferung, Stand: Juni 1997, vor § 1 Rn. 59 f.

¹⁴ Zu dieser „Grundformel“ *Kühl* (Fn. 4), § 4 Rn. 43; vgl. auch *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 179.

¹⁵ Vgl. *Samson* (Fn. 12), S. 98 ff.; *Rudolphi* (Fn. 13), vor § 1 Rn. 60.

¹⁶ *Samson* (Fn. 12), S. 137 f.; *Rudolphi* (Fn. 13), vor § 1 Rn. 60.

Streitentscheid, welche der Ansichten vorzugswürdig erscheint, ist damit entbehrlich. Die Voraussetzungen der Kausalität/objektiven Zurechnung und mithin der objektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB sind erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte in Kenntnis sämtlicher Tatumstände des § 212 Abs. 1 StGB und wusste um den tödlichen Ausgang seines Messerstichs. In diesem sicheren Wissen um die Todesfolge kommt zugleich die Überwindung einer für die Tötung erhöhten Hemmschwelle zum Ausdruck,¹⁷ so dass – über einen Körperverletzungsvorsatz hinaus – ein Tötungsvorsatz des A gegeben ist.

II. Rechtswidrigkeit

Zu prüfen ist, ob A sich auf allgemein anerkannte Rechtfertigungsgründe berufen kann.

1. Notwehr gem. § 32 StGB

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste hierfür ein Verteidigungshandeln des A vorgelegen haben, das erforderlich war, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren.¹⁸ Abweichend vom ausdrücklichen Gesetzeswortlaut muss zunächst zwingend ein *notwehrfähiges Rechtsgut* betroffen sein. Nach überwiegendem Verständnis sind hier alle rechtlich geschützten Interessen erfasst.¹⁹ Bei ehrenrührigen Angriffen ist laut Rechtsprechung regelmäßig ein beleidigungsfähiges Verhalten i.S.d. §§ 185 ff. StGB gefordert.²⁰ Diesbezüglich könnte die „Familienehre“ betroffen sein, zu dessen Wiederherstellung der A entschlossen war. Dieses Rechtsgut wird zwar von der ganz h.M.²¹ verneint und der „Familie“ insoweit die Beleidigungsfähigkeit als Institution abgesprochen, als immer nur alle Familienmitglieder angesprochen sind und daher keine Beleidigung einer Personengemeinschaft vorliege. Vorzugswürdig ist die

¹⁷ Zu diesem „Hemmschwellen“-Gedanken der Rechtsprechung vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 212 Rn. 13 ff. m.w.N.

¹⁸ Es war überflüssig, lang und breit einen möglichen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von F auf das Leben des A zu diskutieren, um anschließend nur kurz festzustellen, dass sich eine auf einer Notwehrlage basierende Handlung nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten darf (dazu lehrreich das Urteil BGHSt 39, 374 [380] = NStZ 1994, 277 m. Anm. *Spindel* = JuS 1994, 711 m. Bespr. *Schmidt*).

¹⁹ Vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 32 Rn. 2.

²⁰ BGHSt 3, 217 (218); vgl. auch BayObLGSt 1991, 45 = NStZ 1991, 433 (434) = JuS 1991, 1062 m. Bespr. *Hassmer*.

²¹ BGH NJW 1951, 531 = MDR 1951, 500 m. Anm. *Welzel*; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 24 Rn. 20; vgl. auch *Tenckhoff*, JuS 1988, 459; a.A. *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 7), vor §§ 185 ff. Rn. 5.

differenzierende Ansicht²², die bei möglichen Ehrangriffen auf einzelne Familienmitglieder eine „Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung“ annehmen will. Die Familie der Z erfüllt im vorliegenden Fall die hierfür gestellten Voraussetzungen²³ der „klaren Umgrenzung des Kreises der Betroffenen“, der „zahlenmäßigen Überschaubarkeit“ und des Erfordernisses, dass sich die Kundgabe der Nicht- oder Missachtung „auf alle beziehen“ muss. Hiernach ist ein notwehrfähiges Rechtsgut (Individualehre aller Familienmitglieder unter einer Kollektivbezeichnung) grundsätzlich gegeben.

Der von Z ausgeübte Lebensstil steht im offenen Widerspruch zu den von der Familie gelebten Traditionen und ihr innewohnenden Werten. Ihr Verhalten ist damit als Ausdruck der Missachtung der nach afghanischen Traditionen vermittelten Familienwerte zu verstehen, so dass ein *Angriff* der Z auf die für notwehrfähig anerkannte Individualehre aller Familienmitglieder vorliegt.²⁴ Dieser Angriff der Z müsste noch *gegenwärtig* i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB gewesen sein. Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, noch andauert oder nicht beendet ist.²⁵ Die durch das Verhalten der Z begründeten Angriffe liegen aber zeitlich so weit zurück und waren in sich abgeschlossen, dass im Tatzeitpunkt kein Fortdauern mehr anzunehmen ist. Soweit man einen fortdauernden Angriff der Z noch bejaht, etwa weil das von der Familie vorgeworfene und für ehrverletzend gehaltene Verhalten nicht allein durch die Fahrt zum Bahnhof „abgelegt“ wird, dann ließe sich zwar darüber streiten, ob ein Verhalten entgegen fremdländischer Kultur- und Wertvorstellungen überhaupt ein die deutsche Rechtsordnung verletzendes und mithin rechtswidriges Verhalten i.S.d. Notwehrvorschrift darstellt.²⁶ Auch wenn eine solche Beeinträchtigung der Ehre jedenfalls in anderen Konstellationen eine relevante Interessenverletzung und daher einen Angriff i.S.d. § 32 StGB dar-

stellen kann, dürfte es sich bei dem Verhalten der S um ein rechtmäßiges handeln. Es fehlt also an der Rechtswidrigkeit des Angriffs.

A kann sich somit nicht auf Notwehr gem. § 32 StGB berufen.

2. (Rechtfertigender) Notstand gem. § 34 StGB

Fraglich ist, ob die Tat des A aufgrund einer Notstandssituation gem. § 34 StGB gerechtfertigt ist. Von Bedeutung ist hierfür, ob eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für eines der in § 34 Abs. 1 StGB genannten Rechtsgüter vorlag.

Als *Gefahr* i.S.d. § 34 StGB – und zugleich weitergehend als der Angriff i.S.d. § 32 StGB – wird ein objektiver Zustand verstanden, in dem bestimmte tatsächliche Umstände nicht nur die gedankliche Möglichkeit, sondern eine erhöhte Wahrscheinlichkeit seiner Schädigung – Eintritt oder Intensivierung eines Schadens, Fortdauer einer schädigenden Einwirkung – begründen.²⁷ Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Gefahr ist das objektive Urteil eines verständigen Beobachters aus dem Verkehrskreis des Handelnden.²⁸ Das den afghanischen Familienwerten widersprechende Verhalten der Z und die durch den Sachverhalt begründete Erkenntnis, dass Z sich von ihrer Familie nicht belehren und erfolversprechend in ihrem Handeln umlenken lässt, führt zusehends eine Verstärkung der bereits in der Vergangenheit eingetretenen Ehrverletzungen herbei, so dass eine Gefahr für das Erhaltungsgut der Individualehre der einzelnen Familienmitglieder vorliegt. *Gegenwärtig* ist eine solche Gefahr nach allgemeiner Auffassung jedenfalls auch dann, wenn die schädigende Einwirkung über die Augenblicksgefahr infolge eines gefahrdrohenden Zustands von längerer Dauer jederzeit eintreten kann (sog. Dauergefahr).²⁹ Über die bereits eingetretenen Ehrverletzungen hinaus sind auch zukünftig wiederholte Ehrverletzungen durch Z zu erwarten, so dass die *Gegenwärtigkeit* i.S. eines andauernden Zustands zu bejahen ist.

Fraglich ist aber, ob die von Z ausgehende Gefahr für A nicht anders als durch die Tötung abwendbar war. Die Gesetzesfassung „*nicht anders abwendbare Gefahr*“ deutet nach h.M.³⁰ nicht etwa auf eine Einschränkung der Notwehrlage, sondern auf eine solche der *Notstandshandlung* hin. Hiernach muss die Notstandshandlung zur Abwendung der Gefahr

²² *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), vor §§ 185 ff. Rn. 4 a.E. und zuletzt ausdrücklich *Hilgendorf*, JZ 2009, 139 (142).

²³ Vgl. dazu die instruktive Entscheidungsbesprechung zu OLG Frankfurt NJW 1977, 1353 von *Wagner*, JuS 1978, 674 ff. zur Unterscheidung der Beleidigung eines Kollektivs und der Sammelbeleidigung.

²⁴ Von der sog. „Dualistischen Ehrtheorie“ der Rechtsprechung, wonach zwischen einer in der Personenwürde wurzelnden „inneren Ehre“ und einer „äußeren Ehre“, d.h. dem guten Ruf „innerhalb der mitmenschlichen Gemeinschaft“, unterschieden wird (vgl. *Schneider*, in: Dölling/Duttge/Rössner [Hrsg.], *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 1. Aufl. 2008, § 185 Rn. 3 m.w.N.), werden auch die nach ausländischen Kulturtraditionen vermittelten Familienwerte erfasst, da sie den guten Ruf der Familie innerhalb der im Inland vorhandenen Sozialgemeinschaft betreffen und mithin die „äußere Ehre“ ausmachen.

²⁵ Vgl. die lehrreichen Ausführungen bei *Kühl* (Fn. 4), § 7 Rn. 39 m.w.N.

²⁶ Dagegen *Hilgendorf*, JZ 2009, 139 (142) für vergleichbare Fälle: „[...] nach den Maßstäben der Mehrheitskultur und auch unserer Rechtsordnung ohne Einschränkungen zulässig“.

²⁷ *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 34 Rn. 12.

²⁸ *Maurach/Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 27 Rn. 15; grundlegend *Schaffstein*, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, S. 89 (106).

²⁹ Zuletzt zur „Dauergefahr“ ausführlich BGHSt 48, 255 (258) (m. Bespr. *Rotsch*, JuS 2005, 12) = NStZ 2004, 142 m. Bespr. *Rengier*, NStZ 2004, 233; vgl. auch *Zieschang*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 3, 12. Aufl. 2006, § 34 Rn. 36; *Neumann*, in: *Kindhäuser/ders./Paeffgen* (Fn. 7), § 34 Rn. 57.

³⁰ So schon OLG Stuttgart JZ 1984, 240; anstatt vieler im Schrifttum: *Zieschang* (Fn. 29), § 34 Rn. 50 m.w.N.

erforderlich und zum Schutz des Erhaltungsguts (hier Ehre der Familienmitglieder) geeignet und im Hinblick auf das Eingriffsgut (hier Leben der Z) so schonend wie möglich sein. Zu beantworten sei diese Frage nach dem relativ mildesten Mittel unter dem Aspekt eines mit diesem möglicherweise verbundenen zusätzlichen Verletzungsrisikos.³¹ Auch wenn in der Vergangenheit familiäre Versuche des Umlenkens des Verhaltens von Z und damit interne „Gefahr“-Beseitigungsmaßnahmen fehlgeschlagen sind, verbietet sich ein endgültiger und mithin unumkehrbar lebensvernichtender Eingriff. Als Argument gegen eine sofortige Tötungsmaßnahme kann jedenfalls eingewendet werden, dass vor der Tatverwirklichung die Tötung gegenüber dem Opfer zunächst als „Warnung“ hätte in Aussicht gestellt werden müssen (vgl. die Warnschuss-Fälle). Zuvörderst hätten jedoch karitative oder zumindest religiös motivierte Einrichtungen durch die Familienmitglieder eingeschaltet werden können, um den von Z ausgehenden Gefahrzustand für das Familienkollektiv auf andere Weise als durch Tötung zu beseitigen. Während in tatsächlicher Sicht die Tötung eines Familienmitglieds zum Schutz und zur Wiederherstellung der Ehre zwar grundsätzlich eine geeignete Maßnahme darstellt, fehlt es aber offensichtlich an einer möglichst schonenden Eingriffshandlung.³² Die von Z ausgehende Gefahr war für A anders abwendbar.

Allerdings ist es auch denkbar, zu Gunsten des A die von seinem Bruder F ausgehende Nötigungssituation zu berücksichtigen.³³ Die Annahme einer gegenwärtigen *Gefahr für das Leben des A* ist jedoch problematisch. Im Unterschied zur oben erwähnten Dauergefahr wäre es noch vorstellbar darauf abzustellen, dass der Eintritt des drohenden Schadens zwar in Zukunft zu erwarten wäre, es aber feststünde, dass dieser nur durch sofortiges Handeln abgewendet werden könnte.³⁴ Dass A die Z sogleich auf dem Bahnhof töten müsste, um damit einem vermeintlich gleichen Schicksal zuvorzukommen, belegt der Sachverhalt insoweit aber nicht. Danach wird lediglich deutlich, dass F eine Tötung des A nicht konkret in Aussicht gestellt hat und dem A vornehmlich für den Fall seiner Weigerung eine Entehrung innerhalb der Familie bevorstehen soll. Eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des A ist daher abzulehnen. Indem F durch seine Äußerungen auf den A nötigend einwirkt, liegt darin ersichtlich eine gegenwärtige *Gefahr für die persönliche Ehre des A* vor. Die Tötung der Z erweist sich aber nach dem oben Gesagten auch hier nicht als mildestes Mittel zur Gefahrabwendung. Auf die

von § 34 StGB geforderte Interessenabwägung kommt es daher nicht an.³⁵

Eine Rechtfertigung aufgrund der von F ausgehenden Nötigungssituation scheidet nach alledem auch aus. Die (umstrittene) Frage, ob sich A den Nötigungsnotstand berufen kann und inwieweit diesem rechtfertigender oder entschuldigender Charakter zukommt, kann hier offenbleiben.³⁶

Ein (objektiver) Rechtfertigungstatbestand ist nicht gegeben.

3. Erlaubnistatbestandsirrtum³⁷

Des Weiteren fragt sich, ob und ggf. inwieweit es sich auswirkt, dass A davon ausgeht, sich rechters verhalten zu haben. Um diese Fehlvorstellung als sog. Erlaubnistatbestandsirrtum einstufen zu können, müsste A irrig Tatsachen angenommen haben, die im Fall ihres wirklichen Gegebenseins die Tat rechtfertigen würden.³⁸ Für das Notstandsrecht gem. § 34 StGB bedeutet dies, dass bei A eine Vorstellung über einen Sachverhalt vorgelegen haben muss, der im Fall seines Vorliegens zur Annahme der Verwendung des mildesten Mittels sowie zum Überwiegen des geschützten Interesses (Ehre der Familienmitglieder) gegenüber dem beeinträchtigten Interesse (Leben der Z) geführt hätte.³⁹ A stellt sich je-

³¹ Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 1, § 34 Rn. 101; grundlegend Lenckner, in: Küper (Fn. 6), S. 98 (100 f.).

³² Soweit man auf eine eindeutig ausfallende Güterabwägung zu Gunsten des Erhaltungsguts abstellen will, ist dies gleichfalls vertretbar.

³³ Dieser Perspektivwechsel hinsichtlich der Frage der Notstandsgefahr bereitet einige Schwierigkeiten. Jedoch ist dies erfreulicherweise von den meisten BearbeiterInnen wenigstens grundlegend erkannt worden.

³⁴ Kühl (Fn. 4), § 8 Rn. 66; Neumann (Fn. 29), § 34 Rn. 57.

³⁵ Mit entsprechender Begründung ist es genauso vertretbar, bspw. auf fehlende Handlungsalternativen bei drohendem Ehrverlust abzustellen; dann kommt es bei der Interessenabwägung i.S.v. § 34 StGB auf die Frage an, ob das geschützte Interesse (hier persönliche Ehre des A) das beeinträchtigte Interesse (hier Leben der Z) überwiegt. Ungeachtet einer Fülle von Rechtsprechung und Kommentarliteratur, die – soweit ersichtlich – jedenfalls übereinstimmend bei von Menschen ausgehenden Gefährdungen zum Schutz von Leben und Leib auch erhebliche Körperverletzungen oder vereinzelt auch Tötungen rechtfertigen (vgl. die Nachweise Lenckner/Perron [Fn. 27], § 34 Rn. 31), wird man ein Überwiegen des Erhaltungsguts „Ehre“ gegenüber dem Eingriffsgut „Leben“ nicht überzeugend vertreten können. Vgl. hierzu die lehrreichen Hinweise für eine gelungene Gutachtenprüfung einer Notstandssituation bei Zieschang, JA 2007, 679.

³⁶ Zu den Grundlagen und Rechtsproblemen des Nötigungsnotstands vgl. Kühl (Fn. 4), § 8 Rn. 127 ff.; zur gelungenen Darstellung im studentischen Gutachten vgl. die Ausführungen bei Zieschang, JA 2007, 679 (683).

³⁷ Bekanntlich bereitet den Studierenden der „richtige“ Prüfungsort dieses Irrtums in einer Fallprüfung erhebliche Schwierigkeiten. Regelmäßig bestehen Unsicherheiten aber nur dann, wenn dieser Irrtum auch tatsächlich vorliegt. Ist dies – wie hier – nicht der Fall, kann die Prüfung als letzter Aspekt auf der Ebene der Rechtswidrigkeit oder vorzugsweise auch als eigener Prüfungspunkt erörtert werden. Zu Grundlagen und Meinungsstreitigkeiten sowie zur gutachtlichen Darstellung vgl. den instruktiven Lehraufsatz von Gasa, JuS 2005, 890.

³⁸ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 467.

³⁹ Eine häufige Fehlerquote in studentischen Gutachten liegt darin, dass der Theorienstreit zur Rechtsfolge des Erlaubnistatbestandsirrtums lang und breit dargestellt wird, obwohl

doch keinen abweichenden Sachverhalt vor und irrt nicht über Tatsachen, sondern stellt sich lediglich vor, die Tötung der Schwester vorrangig aus Gründen der vermeintlichen Wiederherstellung der Familienehre, zumindest aber aufgrund der von F erzwungenen Nötigungssituation vornehmen zu dürfen.

Damit irrt A nur über Rechtsansichten; ein Erlaubnisirrtum bestandsirrtum liegt nicht vor.

4. Zwischenergebnis

A handelte nach alledem rechtswidrig.

III. Schuld

Als Entschuldigungsgründe sind der (entschuldigende) Notstand gem. § 35 StGB und ein Erlaubnisirrtum nach § 17 StGB denkbar.

1. (Entschuldigender) Notstand gem. § 35 StGB

Ein entschuldigender Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB bezüglich einer vermeintlichen Gefahr für die Familienehre/persönliche Ehre scheidet schon mangels Aufzählung dieses Gutes im Gesetz aus.⁴⁰ Eine zu Gunsten des Täters zulässige Analogie, nach der auch die Ehrverletzung zu einer Tötung berechtigen soll, wird nach ganz herrschender Auffassung⁴¹ unter maßgeblicher Berufung auf den Ausnahmecharakter des § 35 StGB zu Recht abgelehnt.

2. Erlaubnisirrtum

A könnte sich jedoch über die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes (§ 34 StGB) geirrt haben und seine Schuld infolge dessen wegen eines Erlaubnisirrtums ausgeschlossen sein. A nimmt an, dass seine Tötungshandlung zur Wiederherstellung der Ehre sowie wegen des durch F ausgeübten Drucks und dem bei Weigerung drohenden Ehrverlusts angemessen und erlaubt sei. Diese Verhaltensweise ist zwar durch das Notstandsrecht (§§ 34, 35 StGB) nicht gedeckt, doch sieht A die traditionellen Überzeugungen für verbindlich an und verkennt in dieser Ausnahmesituation die Grenzen der möglichen Rechtfertigung durch den Notstand.

Die Behandlung dieses Erlaubnisirrtums richtet sich nach § 17 StGB. Eine Schuld des A entfiel daher gänzlich, wenn der Irrtum unvermeidbar war, vgl. § 17 S. 2 StGB. An die

vom Gesetz vorgesehene Unvermeidbarkeit des Irrtums stellen Rechtsprechung und Literatur jedoch hohe Anforderungen. Bekanntlich müssen etwaige Zweifel in der Bewertung des eigenen Tuns durch Nachdenken und ggf. durch Einholung von Rat beseitigt werden.⁴² Diese Erwartungshaltung richtet sich an alle Bundesbürger; speziell von Zugereisten – jedoch ungeachtet etwa fehlender Vermittlung der Strafnormen durch die in ihrem Lebenskreis gültigen Sozialnormen – wird zumindest verlangt, dass sie sich von Beginn ihres inländischen Aufenthalts an um wesentliche Kenntnisse des Kernstrafrechts bemühen.⁴³ Dazu zählt auch, sich mit Inhalt und Umfang der Rechtfertigungsgründe vertraut zu machen. Soweit anfängliche Selbstzweifel bei A noch gegeben waren, traten diese durch die Tatausführung jedoch völlig in den Hintergrund. Dass A womöglich bei vorherigem Fragen des Vaters oder bei Mitgliedern des Umfelds kein alternatives Vorgehen hätte angeraten bekommen, führt indes nicht schon zur Unvermeidbarkeit. Auf diese Ratschläge der eigenen Kulturvorstellungen verhafteten Personenkreise darf er sich als Zugereister bei – wie hier – schon langem Aufenthalt in einem anderen Rechts- und Kulturkreis gerade nicht verlassen.

Der Irrtum war somit für A vermeidbar.⁴⁴

IV. Ergebnis

Nach alledem ist A eines Totschlags an Z gemäß § 212 Abs. 1 StGB schuldig. Allerdings handelte A in einem vermeidbaren Erlaubnisirrtum, der nach § 17 S. 2 StGB eine fakultative Strafmilderung ermöglicht.

B. Mord gem. § 211 Abs. 1, 2 Var. 4 und/oder 5 StGB

A könnte durch den Messerstich in den Rücken der Z eines Mordes gemäß § 211 Abs. 1, 2 Var. 4 und/oder 5 StGB schuldig sein. Fraglich ist allein, ob A die Z heimtückisch und/oder aus sonst niedrigen Beweggründen getötet hat.⁴⁵

I. Tatbestand

1. Heimtücke gem. § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums handelt heimtückisch, wer die Arg- und die hierauf beruhende Wehrlosigkeit des Opfers zu dessen Tötung in

eine Prüfung der tatsächlichen Seite gänzlich unterbleibt und/oder die Voraussetzungen gar nicht vorliegen, vgl. auch Gasa, JuS 2005, 890.

⁴⁰ Nach hier vertretener Auffassung liegt auch keine Gefahr für das Leben des A vor. Wer – mit gewichtiger Begründung – bereits im Rahmen von § 34 StGB eine Gefährdung des Lebens des A annehmen will, hat insoweit keine Schwierigkeiten, den entschuldigenden Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB zu bejahen, da dieser ausweislich des Gesetzeswortlauts keine Interessenabwägung vorsieht. Auf einen möglichen (Erlaubnis-)Irrtum des A käme es dann nicht mehr an.

⁴¹ Vgl. OLG Frankfurt StV 1989, 107; anstatt vieler im Schrifttum: Müssig, in: Joecks/Miebach (Fn. 31), § 35 Rn. 16 m.w.N.; a.A. noch Timpe, JuS 1984, 859 (863 f.).

⁴² BGHSt 4, 236; 9, 164; 21, 18; Rudolphi (Fn. 13), § 17 Rn. 24 ff.; vgl. auch Neumann, JuS 1993, 793 mit wertvollen Hinweisen für die Fallprüfung.

⁴³ Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 17 Rn. 17.

⁴⁴ Die gegenteilige Auffassung ist mit gewichtiger Argumentation wohl vertretbar.

⁴⁵ Bekanntlich geht es im strafrechtlichen Gutachten und bei der Deliktprüfung (nur) darum, die für den konkreten Lebenssachverhalt „passenden“ Rechtssätze herauszusuchen und zu subsumieren. Als verfehlt ist es daher anzusehen, wenn – wie es überraschend doch eine Mehrzahl der Studierenden getan hat – alle neun Mordmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB geprüft werden.

feindlicher Willensrichtung bewusst ausnutzt.⁴⁶ In der hier vorliegenden Konstellation, dass das Opfer mit seinem eigenen früheren Verhalten ggf. den Hass des Täters auf sich gezogen hat und mit einer entsprechenden Reaktion rechnen musste, ist die Arglosigkeit zu bejahen, wenn der Täter das Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und es dadurch gehindert hat, sich dem Anschlag zu erwehren oder letzteren wenigstens zu erschweren.⁴⁷ Z war auf dem Bahnhofsgelände nicht in der Lage, einen konkreten Angriff durch A vorauszuahnen. Es deutet auch nichts darauf hin, dass Z einen solchen durch den gewählten Treffpunkt annehmen konnte, aufgrund dessen sie in möglichen Abwehrreaktionen nicht eingeschränkt gewesen wäre. Ein die Arglosigkeit der Z und infolgedessen auch deren darauf beruhende Wehrlosigkeit ausnutzendes Vorgehen des A ist zu bejahen. Die Rechtsprechung erfordert nach ihrer o.g. Definition das (in subjektiver Hinsicht) bewusste Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit zur Durchführung der Tötung.⁴⁸ Ein solches Ausnutzungsbewusstsein wird insbesondere bejaht, wenn der Täter – ausgehend von der Arglosigkeit des Opfers – gezielt das Überraschungsmoment gesucht hat, wobei dies nicht zwingend voraussetzt, dass der Täter die hilflose Lage des Opfers auch gezielt herbeigeführt hat. Dass also andere die hilflose Lage der Z herbeigeführt haben und A diese lediglich zu seinem Vorteil ausnutzte, spricht nicht von vornherein gegen ein Ausnutzungsbewusstsein bei A. Wesentlicher Bestandteil des Tatentschlusses des A zur Tötung war es, die Z hinterrücks zu überraschen und ihr keine Gegenwehr zu ermöglichen. Hinzu tritt die – ebenfalls subjektiv zu bestimmende⁴⁹ – „feindselige“ Absicht des A, die Z gerade nicht in ihrem vermeintlichen Interesse zu töten, so dass eine heimtückische Tötung der Z nach den Voraussetzungen der Rechtsprechung zu bejahen ist.

In Ergänzung zu dieser vorgenannten Ausnutzungsformel verlangt die überwiegende Lehre noch einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch. Hiernach kann in Einzelfällen etwa ein *Vertrauen* innerhalb der Familie infolge von Konflikten bereits aufgehoben und ein *Vertrauensbruch* sogar ganz zu verneinen sein, wenn einzig und allein das Überraschungsmoment zur Tötung ausgenutzt wird.⁵⁰ Soweit zahlreiche, sich oftmals nur in Nuancen unterscheidende Präzisierungen vorgeschlagen werden⁵¹, erscheint diejenige Ansicht vorzugswürdig, die neben der „Heimlichkeit“⁵² ein „tücki-

ches“ Vorgehen dann bejaht, wenn ein im einzelnen dargelegtes und plausibel begründetes „sozialethisches positives Verhaltensmuster“ zwischen dem Täter und dem Opfer ausgenutzt wird.⁵³ Zwar besteht vorliegend die Besonderheit, dass nicht A, sondern F die Z zum Tatort gelockt hat. Z weist aber sowohl mit A als auch F ein vertrauliches Beziehungsmuster auf, wonach sie stets noch mit ihren Brüdern intensive und persönliche Kontakte aufrechterhält. Ihr Erscheinen auf dem Bahnhofsgelände – noch dazu auf die wahrheitswidrige Vorspiegelung eines Freundestreffens – ist damit auf ein uneingeschränktes Vertrauen der Z zurückzuführen, so dass in dem Tötungsverhalten des A die notwendige „Tücke“ und wegen dieser Verschlagenheit des A auch ein *besonders* verwerflicher Vertrauensbruch zu sehen und zu bejahen ist.

Beide Ansichten gelangen hiernach zum Vorliegen einer heimtückischen Tötung der Z. Ein Streitentscheid für oder gegen das vom Schrifttum vorgeschlagene Erfordernis eines besonders verwerflichen Vertrauensbruchs kann dahingestellt bleiben.⁵⁴

2. Sonst niedrige Beweggründe gem. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB

Problematisch ist auch, ob A mit seiner Intention der Wiederherstellung der (Individual-)Ehre der Familienmitglieder „aus sonst niedrigen Beweggründen“ i.S.d. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB gehandelt hat. Nach ständiger Rechtsprechung sind hierunter alle Motive zu verstehen, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind.⁵⁵ Die besondere Motivation ist für die h.M. im Wege einer *Gesamtwürdigung* aller äußeren und inneren Faktoren, welche für die Handlungstriebkräfte des Täters maßgeblich sind, festzustellen, wobei die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters sowie seine Persönlichkeit zu berücksichtigen sind.⁵⁶

Streitig ist allerdings, nach welchen Traditions- und Wertvorstellungen die für maßgeblich erklärte Gesamtwürdigung zu erfolgen hat.

ders große Erfolgssicherheit durch Effektivierung der Tat handlung“ begründet, vgl. dazu *Schneider*, in: Joecks/ Miebach (Fn. 31), § 211 Rn. 122. Überzeugend ist das jedoch nicht.

⁵³ *Eser* (Fn. 3), § 211 Rn. 26.

⁵⁴ Eine gelungene Bearbeitung muss jedenfalls eine Auseinandersetzung mit dieser Einschränkungsmöglichkeit des Schrifttums sowie den dahinter liegenden Gedanken der Korrektur des Mordtatbestandes aufgrund der ansonsten zwingend zu verhängenden lebenslangen Freiheitsstrafe erkennen lassen.

⁵⁵ Seit BGHSt 2, 63; 3, 133 und 333 in ständiger Rspr.; dazu und zu den denkbaren Fallgruppen *Schneider* (Fn. 52); vgl. auch *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 21), § 2 Rn. 37 ff.; zu klausurrelevanten Problemen vgl. insbesondere *Köhne*, Jura 2008, 805 (808 ff.).

⁵⁶ Vgl. etwa BGH NStZ-RR 2007, 111 m.w.N.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 21), § 2 Rn. 37.

⁴⁶ BGHSt 9, 385 (390); 32, 382 (383 f.); vgl. auch *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 21), § 2 Rn. 43 ff.

⁴⁷ So ausdrücklich BGH NStZ 2006, 338.

⁴⁸ Zu diesem subjektiv geprägten Erfordernis vgl. *Geppert*, Jura 2007, 270 (274) [„deutlich gesinnungsethische(s) Merkmal“]; zustimmend auch *Köhne*, Jura 2009, 748 (751) [„subjektive Voraussetzung“].

⁴⁹ Vgl. auch dazu *Geppert*, Jura 2007, 270 (274).

⁵⁰ Vgl. *Eser* (Fn. 3), § 211 Rn. 26.

⁵¹ Zu den zahlreich vertretenen Lösungsansätzen im Schrifttum vgl. *Horn*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 13), § 211 Rn. 32 ff.

⁵² Genau genommen sieht die Rechtsprechung allein schon in dieser „Heimlichkeit“ die gegenüber dem Totschlagsunrecht gesteigerte Gefährlichkeit der Tat, soweit dies eine „beson-

Nach anfänglicher Rechtsprechung durfte die mögliche Bindung des Täters an eine fremde Kultur und besondere Ehrvorstellungen im Lebenskreis des Täters keinesfalls unberücksichtigt bleiben.⁵⁷ Eine Abkehr von der Berücksichtigung der Wertvorstellungen des jeweiligen Täterkreises hin zu den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft in der Bundesrepublik läutete der Bundesgerichtshof dann aber im Jahre 1994 ein⁵⁸, der das vorherrschende Schrifttum auch gefolgt ist.⁵⁹ Auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen bedeutet dies: Indem A die familiären und auch persönlichen Bedürfnisse nach Respekt und Achtung der Ehre über das Leben der Z stellt, liegt nach hiesigen Wertvorstellungen – die grundlegend die Achtung der Würde eines jeden Menschen und zudem die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit verfassungsrechtlich gewährleisten (Art. 1, 2 GG) – durch das Verhalten von A ein elementarer Verstoß gegen anerkannte Rechts- und Kulturgrundsätze vor. Soweit unerwünschte Verhaltensweisen von Familienmitgliedern nicht mit Besserungsgrundsätzen, sondern sogleich mit der Vernichtung des Lebens sanktioniert werden, erfolgt die Ausführung solcher Sanktionen lediglich nach patriarchisch-denkendem Gehorsam und stellt nach den Vorstellungen einer freiheitlich-demokratischen Rechtsgemeinschaft ein besonders verachtenswertes und damit auf tiefster Stufe stehendes Motiv dar.

Ein Teil des Schrifttums will die kulturellen Wertvorstellungen des Täters bei der inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Niedrigkeit seines Handlungsantriebs verstärkt berücksichtigen.⁶⁰ Diese Ansicht basiert auf der grundsätzlich richtigen Überlegung, dass nur auf diese Weise der Persönlichkeit des Täters innerhalb der Gesamtwürdigung von äußeren und inneren Faktoren (s.o.) hinreichend Rechnung getragen wird. Folgte man dieser Auffassung, dann darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass A durch seine Zugehörigkeit zum Netzwerk afghanischen Lebens e.V. nahezu sein gesamtes Leben nur die Werte der alten Heimat beigebracht bekommen hat und diesbezüglich nicht oder nur gering mit dem bundesdeutschen Rechts- und Sozialsystem in Berührung kam. Er kennt insoweit nichts anderes, als dass der Familien-

verbund im Mittelpunkt der Wertanschauungen steht und für unbedingt schützenswert erachtet wird. Denkbar ist hiernach, ein *besonders* verachtenswertes Motiv und mithin eine Tötung aus sonst niedrigen Beweggründen abzulehnen.

Wer sich für eine solche gegensätzliche Subsumtion unter die genannten Ansichten entschieden hat, muss an dieser Stelle einen Streitentscheid führen.⁶¹ Der vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kann bspw. zugute gehalten werden, dass bei der rechtlichen Bewertung der anderen Mordmerkmale in § 211 Abs. 2 StGB, aber bspw. auch den Überlegungen zu Notwehr und Notstand, bislang keine (vermeintlich) abweichenden Bewertungsmaßstäbe des jeweiligen Täterkreises berücksichtigt werden. Die Bedeutung und Bewertung der einzelnen Tatbestandsmerkmale erfolge regelmäßig durch eine sich am inländischen System ausrichtende Auslegung.⁶² Vereinzelt wird auch darauf aufmerksam gemacht, dass in Prozessen mit mehreren Angeklagten, die ggf. noch unterschiedlichen Kulturkreisen angehören, unterschiedliche Strafen für – nach inländischen Maßstäben – ein und dasselbe Tötungsunrecht verhängt würden.⁶³ Für die Minderheitsmeinung kann vorgebracht werden, dass erst die Berücksichtigung der vom Täter verhafteten Kultur- und Sozialvorstellungen eine wortwörtliche „Gesamt“-Berücksichtigung darstelle und auf diese Weise eine restriktive Auslegung des Mordmerkmals erreicht werden könne. Demgemäß wird etwa betont, dass es nicht überzeuge, den Täter für die Normen seiner heimatlichen Sozialordnung und der ihn prägenden und verhafteten Anschauungen verantwortlich zu machen.⁶⁴

⁵⁷ So noch ausdrücklich BGH NJW 1980, 537 = JuS 1980, 454 m. Bespr. *Hassemer*, der erst jüngst erneut für mildere Urteile bei sog. „Ehrenmorden“ plädiert hat und vehement die Berücksichtigung des sozialen Kontexts und der Sozialisation des Täters fordert, vgl. unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,624304,00.html> (Stand: 25.8.2009).

⁵⁸ BGH NSStZ 1995, 79; NSStZ 2002, 369 (diese Rechtsprechung erging noch für Fälle der hier nicht zugrunde liegenden, jedoch in der Motivation vergleichbaren Blutrache, vgl. dazu grundlegend *Nehm*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 419 (424 ff.). Erstmalig hatte der BGH in NSStZ 2006, 284 einen Fall des „Ehrenmordes“ im o.g. Sinne entschieden.

⁵⁹ *Eser* (Fn. 3), § 211 Rn. 19; *Schneider* (Fn. 52), § 211 Rn. 94, jeweils m.w.N.

⁶⁰ *Neumann* (Fn. 29), § 211 Rn. 30; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 4 Rn. 22; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 21), § 2 Rn. 37 a.E.

⁶¹ In einer studentischen Klausur und (wie hier: Anfänger-) Hausarbeit kann es nicht darum gehen, ein „neues Argument“ für oder gegen eine Ansicht zu finden. Gefragt ist vielmehr nach einer problemorientierten Darstellung eines Streitstands, die sich mit vorhandenen Argumenten auseinandersetzt und diese auf ihre Plausibilität und Überzeugungskraft hin untersucht, vgl. *Kerhein*, JuS 2002, 353 (354 f.). Dies kann hier auch nur beispielhaft erfolgen, da die Argumente für und wider die Berücksichtigung der Wertvorstellungen des jeweiligen Täterkreises weitestgehend ausgetauscht sind, vgl. hierzu zusammenfassend *Valerius*, JZ 2008, 912 (915 f.).

⁶² Vgl. *Valerius*, JZ 2008, 912 (916); dass sich – wie oben unter A. II. 2. ausgeführt – die Beurteilung der Rechtsgutsgefahr beim rechtfertigenden Notstand nach dem objektiven Urteil eines verständigen Beobachters „aus dem Verkehrskreis des Handelnden“ richtet, setzt sich hierzu nicht in Widerspruch. Zur Bestimmung einer „Gefahr“ ist die Prognose der weiteren tatsächlichen Geschehensentwicklung unerlässlich, während sich die Bewertung, ob dieses prognostizierte Geschehen eine (Rechtsgut-)Gefahr im rechtlichen Sinne bedeutet, weiterhin nach inländischen Beurteilungskriterien richtet.

⁶³ Weitergehend *Nehm* (Fn. 58), S. 419 (424 ff.).

⁶⁴ Vgl. *Neumann* (Fn. 29), § 211 Rn. 30; bei einer – wie im vorliegenden Fall – intensiven Verhaftung fremder soziokultureller Wertevorstellungen nimmt auch *Schneider* (Fn. 52), § 211 Rn. 95 Einschränkungen hin, während er

Unabhängig davon, ob man sich für oder gegen die Niedrigkeit des Handlungstriebes zur Wiederherstellung der Ehre aller Familienmitglieder entscheidet, fragt sich im Folgenden, wie es zu bewerten ist, dass A die Tat nicht ausschließlich zur Wiederherstellung der Ehre, sondern auch aufgrund des auf ihn ausgeübten Drucks durch F und des ihm drohenden persönlichen Ehrverlustes innerhalb der Familie begangen hat. Bei mehreren Motiven, einem sog. „Motivbündel“, ist allgemein entscheidend, welcher der den Täter veranlassende Beweggrund der Tat ihr Gepräge gibt und ob der vorherrschende Beweggrund als niedrig zu bewerten ist.⁶⁵ Die Aussagen des A in seiner Vernehmung geben zwar keine sicheren Anhaltspunkte dafür, welches der beiden denkbaren Motive wirklich tatlenkend war. Jedoch ist auch für das Handeln des A aus einer Drucksituation heraus zu bemerken, dass in der Vornahme der Tötung letztlich doch ein in freier Verantwortung vorgenommenes Handeln liegt, das die anfänglichen Selbstzweifel verdrängt und Ausdruck eines eigensüchtigen anstatt eines lediglich „ohnmächtigen“ Verhaltens ist. Hinzu kommt, dass A durch die Ausführung der Tat infolge der Erwartungshaltung von F letztlich dessen Motivation akzeptiert und sich selbst zu eigen macht. Ein solches „Zu-Eigen-Machen“ fremder Beweggründe rechtfertigt ebenso die rechtliche Einstufung als besonders verachtenswerte Motivation.⁶⁶ Will man den zur Tötung maßgeblich veranlassenden Beweggrund des A in der von F ausgehenden Drucksituation erblicken, so ist dies als sonst niedriger Beweggrund i.S.d. § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB anzuerkennen. Wer allein das Handeln des A zur Wiederherstellung der Ehre für tatdominierend erachtet, der muss – sofern die Niedrigkeit dieses Handlungstriebes mit der Minderheitsmeinung verneint wird – „in dubio pro reo“⁶⁷ eine Tötung der Z aus sonst niedrigen Beweggründen ablehnen.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig (s.o. unter A. II.)

ansonsten die Grundanschauungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik für maßgeblich erachtet.

⁶⁵ Neumann (Fn. 29), § 211 Rn. 31; Schneider (Fn. 52), § 211 Rn. 77 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; a.A. insoweit nur Eser (Fn. 3), § 211 Rn. 18, der es genügen lässt, dass einer der leitenden Beweggründe als niedrig einzu-stufen ist.

⁶⁶ Vgl. BGH NStZ 1994, 124 in einer ähnlich gelagerten Fallkonstellation des „Zu-Eigen-Machens“ fremder Beweggründe.

⁶⁷ Eine Strafbarkeit kann angesichts des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) nur bei eindeutig festgestellten Tatsachen eingreifen. Im Strafprozess mögen Zeugen- oder Sachverständigenbeweise bei Zweifelsfragen weiterhelfen; in der Falllösung ist jedenfalls auf die für den präsumtiven Täter günstigste Sachverhaltsmöglichkeit abzustellen, vgl. dazu lehrreich Stuckenberg, JA 2000, 568 (572 f.).

III. Schuld

Bei Bejahung des Handlungstriebes „Wiederherstellung der Ehre“ als sonst niedrigen Beweggrund i.S.d. § 211 Abs. 2 Var. 4 StGB ist laut Rechtsprechung weiter zu prüfen, ob „ausnahmsweise“ eine Verurteilung wegen Mordes entfällt, wenn der Täter etwa die besondere Verwerflichkeit einer Tötungsmotivation von vornherein nicht mehr zu erkennen vermochte und damit in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit eingeschränkt war.⁶⁸ Auch wenn A in seinem Aufwachsen die heimatlichen Anschauungen im und durch das soziale Umfeld afghanischen Lebens vorgelebt bekommen hat, überwiegen für ihn die Ehrvorstellungen und verdrängen den von F ausgeübten Druck und die anfänglichen Selbstzweifel. Die zutreffende Einsicht in das Unrecht der Tat und die entsprechende Ausrichtung seines Handelns nach dieser Einsicht ist bei A gegeben.⁶⁹ Soweit – wie vereinzelt⁷⁰ vorgeschlagen – eine gegenüber der Rechtsprechung adäquatere Lösung über § 17 StGB und die vermeintlich fehlende Unrechtseinsicht denkbar ist, muss ein solcher direkter Verbotsirrtum im vorliegenden Fall aus den gleichen Erwägungen ausscheiden. Einschlägig ist hier wiederum allein ein Erlaubnisirrtum (§ 17 StGB, s.o. A. III. 2.), der jedoch für A vermeidbar war.

IV. Ergebnis

A ist eines Mordes gem. § 211 Abs. 1, 2 Var. 5 StGB (und je nach vertretener Ansicht auch Var. 4) schuldig. Allerdings handelte A in einem vermeidbaren Erlaubnisirrtum, der nach § 17 S. 2 StGB eine *fakultative* Strafmilderung ermöglicht.

C. Gefährliche Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 StGB) und Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB)

Die zugleich verwirklichten Straftatbestände der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2 (Taschenmesser als Waffe) und 5 StGB (Stich hinterrücks ins Herz als lebensgefährdende Behandlung) sowie der Körperverletzung mit Todesfolge treten hinter §§ 212, 211 StGB unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.⁷¹

⁶⁸ Vgl. BGH NStZ 2002, 369 (370) für den Fall der Blutrauche. Valerius, JZ 2008, 912 (917 f.) bemerkt zu Recht, dass die Einbeziehung von kulturellen Wertvorstellungen in die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im Ergebnis ein Rückgriff auf die Vorschriften der §§ 20, 21 StGB zur verminderten Schuldfähigkeit bedeutet. Daraus erklärt sich jedenfalls für das Gutachten, dass diese Prüfung vor derjenigen zum Erlaubnisirrtum (§ 17 StGB, s. sogleich) zu erfolgen hat.

⁶⁹ Weiterführend zur Frage des Vorliegens eines Unrechtsbewusstseins bei abweichenden kulturellen Wertvorstellungen vgl. Hilgendorf, JuS 2008, 761.

⁷⁰ Valerius, JZ 2008, 912 (918).

⁷¹ Grundlegend schon BGHSt 16, 122; vgl. auch Neumann, (Fn. 29), § 212 Rn. 30 m.w.N.

D. Endergebnis

A hat sich wegen Mordes gem. §§ 212 Abs.1, 211 Abs. 1, 2 Var. 5 StGB (und je nach vertretener Ansicht auch Var. 4) strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise

Zusammenfassend beinhaltet die hier vorgestellte Anfängerhausarbeit vier Schwerpunkte, namentlich 1. die rechtliche Behandlung der „hypothetischen Kausalität“ bei bereitstehender rechtswidriger Reservehandlung Dritter, 2. das Erkennen der unterschiedlichen notstandsfähigen Rechtsgüter Familien-/persönliche Ehre in §§ 34, 35 StGB, 3. das Erfordernis eines „besonders verwerflichen Vertrauensbruchs“ bei der Heimtücke und 4. die rechtliche Einordnung kultureller (fremdländischer) Wertvorstellungen als sonstige niedrige Beweggründe. Damit die Hausarbeit als bestanden gewertet werden konnte, sollten mindestens zwei der genannten Schwerpunkte vernünftig und recht ausführlich aufgearbeitet werden. Da es sich um eine Anfängerhausarbeit handelte, war besonderes Augenmerk auf die durchgängige Einhaltung des Gutachtenstils und eine ordentliche Subsumtion zu legen. – *Merke:* Es kommt nicht auf das „richtige“ Ergebnis, sondern vielmehr auf eine problemorientierte Darstellung an, die einen im Zweifel von selbst zu einem für überzeugend empfundenen Ergebnis führt!

Übungsfall: „Verletzung mit Folgen“

Von Prof. Dr. Mark A. Zöller und Wiss. Mitarbeiter Markus Mavany, Trier*

Der Sachverhalt wurde im Sommersemester 2009 am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier in erweiterter Form als Hausarbeit in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene ausgegeben. In der vorliegenden Fassung entspricht er einer zweistündigen Übungsklausur, die sich in thematischer Hinsicht vor allem mit Fragen der Straßenverkehrsdelikte, des ärztlichen Heileingriffs sowie der damit verbundenen Rechtfertigungsproblematik unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der „hypothetischen Einwilligung“ beschäftigt.

Sachverhalt

A ist heroinabhängig. Als er eines Morgens wieder unter starken Entzugserscheinungen leidet, beschließt er, sich neuen Stoff zu verschaffen. Hierzu will er mit dem Pkw seinen Dealer am anderen Ende der Stadt aufsuchen. Obwohl A mittlerweile erkennbar zittert und sehr langsam reagiert, nimmt er auf dem Fahrersitz Platz und fährt los. Im Laufe der Fahrt verstärken sich diese Entzugserscheinungen von A, der daraufhin immer ungenauer und risikobereiter den Wagen lenkt. Als der Fußgänger C gerade eine Straße überqueren will, biegt A mit seinem Fahrzeug in diese Straße ein. Zwar erkennt A, dass C bereits die Straße betreten hat, reagiert jedoch entzugsbedingt nicht schnell genug, um dem C noch ausweichen zu können. Dennoch versucht A dies, gerät ins Schleudern und rammt dabei beinahe ein vor kurzem aus Glas und Stahl gefertigtes und von den Stadtwerken neu aufgestelltes Wartehäuschen einer Bushaltestelle. C hingegen wird vom Fahrzeug erfasst und erleidet dabei eine komplizierte offene Trümmerfraktur am linken Sprunggelenk. A erkennt, dass C nicht lebensgefährlich verletzt ist und setzt die Fahrt fort, um sich das begehrte Heroin zu besorgen. In der späteren Hauptverhandlung führt der medizinische Sachverständige aus, dass keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Schuldfähigkeit von A zum Tatzeitpunkt vorliegen.

Im Krankenhaus verfällt C infolge der ihm verabreichten Medikamente in einen Dämmerzustand, in dem er nicht mehr ansprechbar ist. Der behandelnde Arzt D röntgt das Sprunggelenk und erkennt, dass eine sofortige Notoperation erforderlich ist, um bleibende Schäden bei C zu verhindern. Ohne eine weitere Aufklärung des C, die D nicht für nötig hält, weil C – was sachlich zutrifft – in seinem Zustand die Aufklärung ohnehin nicht verstehen würde, operiert er das Bein. Zwei Wochen nach der Operation klagt C aber bei D, zu dem er mittlerweile ein vertrauensvolles Verhältnis aufgebaut hat, noch immer über starke Schmerzen. Beim Studium eines zur Kontrolle angefertigten Röntgenbildes stellt D fest, dass die Operation zwar erfolgreich verlaufen ist, aber von einer zur Operation benötigten Metallklammer ein Zacken abgebrochen und im Gelenk des C stecken geblieben ist. Aufgrund der Lage des Metallstücks war dies vorher nicht zu erkennen. D, der sich rühmt, bisher jede Operation ohne Komplikationen durchgeführt zu haben, entscheidet sich zu folgender Vorgehensweise: Er erklärt gegenüber C wahrheitswidrig,

sein Sprunggelenk würde nicht wie geplant zusammenwachsen und die Knochen würden sich wieder verschieben. Dies sei, was grundsätzlich zutrifft, eine mögliche Komplikation bei einer offenen Fraktur am Sprunggelenk. Daher sei eine neue Operation notwendig, um die Fehlstellung wieder zu korrigieren. D geht davon aus, dass C infolge des Vertrauensverhältnisses zwischen C und D auch bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage der medizinisch gebotenen, zweiten Operation zustimmen würde. C erklärt sich zu der zweiten Operation, die von D *lege artis* ausgeführt wird und erfolgreich verläuft, auch tatsächlich bereit, da er keine sinnvolle Alternative hierzu sieht.

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweis: Etwa erforderliche Strafanträge sind gestellt. Die §§ 142, 263 StGB sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Die Autofahrt und der Zusammenstoß

Strafbarkeit des A

A. Strafbarkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 StGB

A könnte sich wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den C mit seinem Wagen erfasste.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Dies setzt im objektiven Tatbestand zunächst voraus, dass A ein *Fahrzeug geführt* hat. Führer eines Fahrzeugs ist derjenige, der das Fahrzeug allein- oder mitverantwortlich in Bewegung setzt oder es unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrbewegung durch den öffentlichen Verkehr lenkt.¹ Dies trifft auf A ohne weiteres zu, der seinen Pkw im Tatzeitpunkt eigenhändig gesteuert hat.

Darüber hinaus müsste A im Tatzeitpunkt aber auch *fahruntüchtig* gewesen sein. Fahruntüchtig ist, wer sein Fahrzeug eine längere Strecke – auch bei plötzlichem Auftreten schwieriger Verkehrslagen – nicht mehr sicher zu steuern vermag.² Dass A im Tatzeitpunkt nicht (mehr) in der Lage

* Mark A. Zöller ist Ordinarius für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier, Markus Mavany ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an dieser Professur.

¹ BGHSt 13, 226 (227); 14, 185 (189); 18, 6 (8); 35, 390 (393); 36, 341 (343); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 315c Rn. 31; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 315c Rn. 3; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 984; Zöller/Fornoff/Gries, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2008, S. 342.

² BGHSt 13, 83 (90); Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 986; Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), S. 342.

war, seinen Pkw sicher zu führen, ergibt sich aus den im Sachverhalt geschilderten Entzugerscheinungen, insbesondere in Form von erkennbarem Zittern, langsamer Reaktion, unsicherer Fahrweise und erhöhter Risikobereitschaft. Klärungsbedürftig erscheint hingegen, ob dieser Zustand infolge des Genusses berauschender Mittel oder infolge geistiger oder körperlicher Mängel eingetreten ist. Fraglich ist somit, welche Alternative des § 315c Nr. 1 StGB im Falle von rauschmittelbedingten Entzugerscheinungen herangezogen werden muss. Diese Frage ist auch von praktischer Bedeutung, da bei Bejahung der ersten Alternative im Hinblick auf § 316 StGB eine Strafbarkeit des Fahrzeugführers auch dann in Betracht kommt, wenn ein konkreter Gefährterfolg nicht eintritt.

A hat unmittelbar vor der Fahrt keine berauschenden Mittel genossen. Zwar leidet er unter Entzugerscheinungen, die mittelbare Folgen seines regelmäßigen Drogenkonsums darstellen. Jedoch beruht seine Fahruntüchtigkeit nicht unmittelbar auf der berauschenden Wirkung der eingenommenen Mittel. Man könnte daher mit Blick auf den in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgrundsatz annehmen, seine körperlichen Mängel resultieren nicht aus dem Genuss, sondern aus dem *Nicht*genuss der Drogen. Demnach läge im Falle von Entzugerscheinungen lediglich ein „geistiger oder körperlicher Mangel“ gemäß § 315c Abs. 1 Nr. 1b StGB vor.³ Die Gegenauffassung⁴ sieht eine Fahrunsicherheit zumindest dann infolge des Genusses anderer berauschender Mittel als gegeben an, wenn die durch den aktuellen Drogenkonsum ausgelöste Rauschwirkung und das Entzugssyndrom untrennbar ineinander übergehen.⁵ Dies solle insbesondere bei Heroin der Fall sein, da hier bereits Sekunden nach der Einnahme eine Entzugsphase beginnt.⁶ Der Wortlaut des § 315c Abs. 1 Nr. 1a StGB verlange eine kausale Verbindung zwischen dem Genuss der berauschenden Mittel und der Fahruntüchtigkeit, nicht hingegen zwischen der Fahruntüchtigkeit und der berauschenden Wirkung des Mittels.⁷ Für die erstgenannte Auffassung spricht, dass der Begriff „Genuss“ nach seinem Wortsinn gerade eine Einnahme des Rauschmittels verlangt. Diese ist im vorliegenden Fall nicht unmittelbar vor der Fahrt von A erfolgt. Hätte A Heroin konsumiert, so wären die Entzugerscheinungen gerade nicht aufgetreten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch Entzugerscheinungen

eine Folge von Drogenkonsum darstellen, welche die Fahruntüchtigkeit einer Person beeinträchtigen kann. Es handelt sich hierbei um chemisch-physiologische Reaktionen auf die Drogeneinnahme. Sie sind daher „infolge“, also als kausal auf den Genuss des Rauschmittels rückführbare Reaktion, entstanden. Zudem ist zu beachten, dass bei einer unterschiedlichen Einordnung von Rauschsymptomen und Entzugerscheinungen nur schwer lösbare Abgrenzungsprobleme entstehen. Insbesondere wenn, wie dies bei Heroin der Fall ist, Rausch und Entzug fließend ineinander übergehen, ist in der Praxis nicht immer zweifelsfrei feststellbar, ob ein Zittern des Fahrers als rausch- oder entzugsbedingt einzustufen ist. Daher spricht vorliegend einiges dafür, die Entzugerscheinungen des A als Folge seines stetigen Heroinkonsums anzusehen. Er ist somit infolge des Genusses „anderer berauschender Mittel“ i.S.v. § 315c Abs. 1 Nr. 1a StGB fahruntüchtig.⁸

Als *mögliche Gefährdungsobjekte* kommen Leib und Leben von C sowie das Warthäuschen der Bushaltestelle als Sachwert in Betracht. Das Auto des A kann demgegenüber schon deshalb kein taugliches Gefährdungsobjekt sein, weil es im Eigentum des A steht, damit für ihn nicht fremd ist und zudem das notwendige Tatmittel bildet. Eine konkrete Gefährdung des *Leibes von C* ist im vorliegenden Fall unproblematisch zu bejahen, da sich bei ihm mit der offenen Trümmerfraktur am linken Sprunggelenk die Gefahr bereits realisiert hat. Eine *fremde Sache* liegt mit dem Warthäuschen vor. Von einer Sache von *bedeutendem Wert* ist jedenfalls ab einem Wert von 1.000,- € auszugehen.⁹ Bei einem neuen Warthäuschen aus Glas und Stahl dürfte für die Instandsetzung nach einem Unfall mit einem Pkw diese Wertgrenze sicher überschritten sein.¹⁰ Auch eine konkrete Gefährdung dieser fremden, im Eigentum der Stadtwerke stehenden Sache ist zu bejahen, da es letztlich vom Zufall abhing, ob A mit seinem ins Schleudern geratenen Kraftfahrzeug das Warthäuschen erfasste oder nicht.

2. Subjektiver Tatbestand

A wusste, dass er ein Fahrzeug im Straßenverkehr steuerte und wollte dies auch. Ebenfalls kannte er seine Entzugerscheinungen und daher alle Gegebenheiten, die zu seiner Fahruntüchtigkeit führten. Er handelte somit *vorsätzlich hinsichtlich der Begehung der Tathandlung*.¹¹ Dass A dem-

³ So geht der BGH (NZV 2008, 528 f.) in einem ähnlich gelagerten Fall von einer Anwendbarkeit des § 315c Abs. 1 Nr. 1b aus, freilich ohne diese Zuordnung weiter zu problematisieren.

⁴ König, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2009, § 316 Rn. 156 ff.; ders., NZV 2008, 492 ff.; Groeschke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 4, § 316 Rn. 64.

⁵ Möller, Drogenerkennung im Straßenverkehr, Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen/M, Heft 96, 1998, S. 122 f.

⁶ König, NZV 2008, 492 (493); ebenso Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 316 Rn. 6.

⁷ König (Fn. 4), § 316 Rn. 158.

⁸ Wichtig ist, dass der Bearbeiter die Problematik erkennt, ob das Täterverhalten im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut noch von § 315c Abs. 1 Nr. 1a StGB gedeckt ist, oder Nr. 1b eingreift. Die Gegenmeinung ist daher bei entsprechender Argumentation, unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH (Fn. 3), im Ergebnis ebenso vertretbar.

⁹ Vgl. nur Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), S. 334 f.

¹⁰ Mit entsprechender Argumentation kann hier auch angenommen werden, dass die Wertgrenze nicht erreicht wird. Am Ergebnis ändert sich für die Strafbarkeit nach § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 StGB jedoch nichts, da durch die Verletzung von C der Taterfolg eingetreten ist.

¹¹ Bei entsprechender Argumentation erscheint auch die Annahme vertretbar, dass A hinsichtlich der Tathandlung ledig-

gegenüber auch hinsichtlich der Gefährdung des C und des Wartehäuschens vorsätzlich gehandelt hat, lässt sich angesichts des Sachverhalts demgegenüber kaum vertreten. Der insofern einschlägige § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 StGB stellt eine *Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination* dar. Bezüglich der Gefährdung des Leibes von C und des Wartehäuschens müsste A daher *fahrlässig* gehandelt haben. Ein besonnener und gewissenhafter Verkehrsteilnehmer in der konkreten Lage hätte bei schweren Entzugserscheinungen erst gar nicht am Straßenverkehr teilgenommen. Das gegenläufige Handeln des A stellt somit eine *objektive Sorgfaltspflichtverletzung* dar. Für einen verantwortungsvollen Verkehrsteilnehmer in der Rolle des A war es auch *objektiv vorhersehbar*, dass bei schweren Entzugserscheinungen in einer plötzlichen Situation nicht schnell und richtig reagiert werden konnte und eine Gefährdung von anderen Personen und Sachen im Bereich des Möglichen lag.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

III. Schuld

Nach dem Gutachten des medizinischen Sachverständigen war A trotz der Entzugserscheinungen voll *schuldfähig* (vgl. § 20 StGB). Neben der generellen Schuldfähigkeit muss ihm die Gefährdung der Tatobjekte im Rahmen von Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen zudem subjektiv vorwerfbar sein. Zwar ist A drogensüchtig. Dies allein lässt jedoch noch keine Rückschlüsse darauf zu, dass an ihn nur beschränkte Sorgfaltsanforderungen zu stellen sind. Auch ist nicht ersichtlich, dass A die möglichen Folgen seines Handelns nicht richtig einzuschätzen vermochte. Insofern ist sowohl eine *subjektive Sorgfaltspflichtverletzung* als auch die *subjektive Vorhersehbarkeit* der Gefährdung bzw. Verletzung von Personen und Sachen gegeben.

IV. Ergebnis

A hat sich somit wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht, indem er unter starken Entzugserscheinungen sein Auto im Straßenverkehr bewegte und dabei den C verletzte und beinahe das Wartehäuschen rammte.

B. Strafbarkeit gem. § 229 StGB

A könnte sich darüber hinaus wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB strafbar gemacht haben, indem er den C anfuhr und ihm eine Verletzung am Sprunggelenk zufügte.¹²

lich fahrlässig handelte, weil er sich selbst noch für fahrtüchtig hielt. Dann ist die Prüfung dieser Fahrlässigkeits-Fahrlässigkeits-Kombination gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 2 StGB allerdings schon im Obersatz der Prüfung kenntlich zu machen.

¹² Allg. zum Aufbau des Fahrlässigkeitsdelikts etwa Krey, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2008, Rn. 529 ff.;

I. Tatbestand

A müsste dazu „durch Fahrlässigkeit“ einen anderen Menschen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Eine *körperliche Misshandlung* ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.¹³ Unter einer *Gesundheitsschädigung* ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden, krankhaften Zustandes körperlicher oder seelischer Art zu verstehen.¹⁴ A hat durch das Anfahren bei C kausal und objektiv zurechenbar eine Trümmerfraktur am linken Sprunggelenk herbeigeführt. Darin ist sowohl eine körperliche Misshandlung als auch das Hervorrufen eines pathologischen Zustands und somit eine Gesundheitsschädigung zu erblicken. Die *objektive Sorgfaltspflichtverletzung* von A ist in dem entzugsbedingten Erfassen des C beim Überqueren der Straße zu sehen. Dass es infolgedessen zur Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer kommen konnte, war, wie bereits im Rahmen der Prüfung von § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 StGB ausgeführt, auch *objektiv vorhersehbar*.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen ist vorliegend nicht ersichtlich. Auch am Vorliegen einer *subjektiven Sorgfaltspflichtverletzung* und der *subjektiven Vorhersehbarkeit* des Verletzungserfolgs bestehen keine Zweifel. A handelte mithin auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafantragserfordernis

Die Tat ist auch verfolgbar, da der nach § 230 StGB erforderliche Strafantrag laut Bearbeitervermerk rechtzeitig (vgl. § 77b StGB) gestellt worden ist.

IV. Ergebnis

A hat sich durch das Anfahren des C somit wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gem. § 316 Abs. 1 StGB durch die Weiterfahrt

Durch die Wiederaufnahme der Fahrt nach dem Zusammenstoß mit C könnte A sich wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr nach § 316 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 655 ff.;

¹³ BGHSt 25, 277 (278); Lillie, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 223 Rn. 6; Lackner/Kühl (Fn. 1), § 223 Rn. 4; Krey/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 189; Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, 232 f.; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 255; Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), 96.

¹⁴ BGHSt 36, 1 (6); 43, 346 (354); Küper (Fn. 13), 168; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 257; Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), S. 97.

I. Tatbestand*1. Objektiver Tatbestand*

Der objektive Tatbestand des § 316 Abs. 1 StGB entspricht der Tathandlung des § 315 c Abs. 1 Nr. 1a StGB.¹⁵ Diese hat A bereits vor dem Zusammenstoß mit C erfüllt. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass sich am Zustand seiner Fahruntüchtigkeit nach diesem Vorfall etwas geändert hat. Daher ist der objektive Tatbestand durch die Wiederaufnahme der Fahrt nach dem Anfahren von C erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Wie bereits vor dem Zusammenstoß kannte A alle Umstände die zu seiner Fahruntüchtigkeit führten. Spätestens aufgrund des Unfalls wusste er auch, dass er nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen. Er handelte mithin vorsätzlich.¹⁶

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich somit durch die Fortsetzung der Fahrt nach dem Anfahren von C nach § 316 Abs. 1 StGB wegen vorsätzlicher Trunkenheitsfahrt strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit gem. § 323c StGB

A könnte sich, indem er nach dem Zusammenstoß weiterfuhr, ohne für medizinische Versorgung von C zu sorgen, wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand*1. Objektiver Tatbestand*

Dazu müsste objektiv zunächst ein *Unglücksfall* vorgelegen haben. Ein Unglücksfall in diesem Sinne ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erhebliche Gefahren für Personen oder erhebliche Sachwerte mit sich bringt.¹⁷ Im vorliegenden Fall liegt ein Unfall im Straßenverkehr vor. Dieser geschah plötzlich und brachte zumindest für C, welcher schwer verletzt wurde, erhebliche Gefahren für Leib und Leben mit sich. Als Tathandlung setzt das echte Unterlassungsdelikt des § 323c StGB voraus, dass A die *erforderliche Hilfe nicht geleistet* hat. Erforderlich ist eine solche Hilfeleistung, wenn sie aus der ex-ante-Sicht eines verständigen Beobachters zur Schadensabwendung geeignet, möglich und notwendig ist.¹⁸

¹⁵ Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), S. 347.

¹⁶ Aufgrund des Unfalls ist dem A seine Fahruntauglichkeit positiv bewusst. Aus diesem Grund ist hier eine Fahrlässigkeitstat nach § 316 Abs. 2 StGB kaum mehr vertretbar.

¹⁷ BGHSt-GS 6, 147 (152); Fischer (Fn. 1), § 323c Rn. 3; Lackner/Kühl (Fn. 1), § 323c Rn. 2; Krey/Heinrich (Fn. 13), Rn. 92 ff.; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 1044; Zöller/Fornoff/Grieß (Fn. 1), S. 372.

¹⁸ BGHSt 17, 166 (168); Lackner/Kühl (Fn. 1), § 323c Rn. 5; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 42 Rn. 7; Zöller/Fornoff/Grieß (Fn. 1), S. 374.

Im vorliegenden Fall hat A den C nicht versorgt. Auch hat er keine medizinische Hilfe herbeigerufen. Beides wären grundsätzlich geeignete und dem A mögliche Maßnahmen gewesen, um weitere Schäden von C abzuwenden. Laut Sachverhalt war sofortige Hilfe für C auch notwendig.

Letztlich müsste dem A die Hilfeleistung aber auch *zumutbar* gewesen sein. Hieran könnte man zweifeln, weil A sich gegebenenfalls durch die Herbeirufung von Rettungskräften selbst der Strafverfolgung ausgesetzt sah. Nach teilweise vertretener Auffassung¹⁹ soll daher die Hilfeleistung unzumutbar sein, wenn der grundsätzlich zur Hilfe Verpflichtete sich dadurch selbst der Gefahr der Strafverfolgung aussetzt. Hierfür spricht insbesondere der Grundgedanke des nemo-tenetur-Prinzips, wonach der Täter durch die Rechtsordnung nicht gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten. Demgegenüber ist nach überwiegend vertretener Auffassung²⁰ bei Straftaten, die mit dem Unfallgeschehen in Zusammenhang stehen, die Zumutbarkeit der Hilfeleistung zu bejahen. Stehen sie demgegenüber in keinem Zusammenhang zum Unglücksfall, so ist eine ausführliche Abwägung aller Gegebenheiten des Einzelfalls vorzunehmen.²¹ Für dieses Ergebnis wird angeführt, dass der Schutz des Unfallopfers höher zu bewerten sei, als das Interesse des Täters, sich nicht der Strafverfolgung auszusetzen.²² Auch folge dies aus dem zu verallgemeinernden Gedanken des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB, der beinhalte, dass der Täter die Gefahr hinzunehmen hat, wenn er sie selbst verursacht.²³ Diese Argumentation vermag letztlich zu überzeugen. Zwar lässt sich ihr wiederum entgegen halten, es sei widersprüchlich und sachwidrig, wenn dem Rechtsbrecher der die Gefahr hervorgerufen hat, auch deren Beseitigung auferlegt wird.²⁴ Dieses Argument ist jedoch mit Blick auf das allgemein anerkannte Rechtsinstitut der Garantstellung durch Ingerenz eher zweifelhaft. Auch bei einer solchen Garantspflicht ist gerade derjenige zur Abwendung einer Gefahr berufen, der sie zuvor herbeigeführt hat. Insofern war die Hilfeleistung für A im vorliegenden Fall auch zumutbar.²⁵

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich.

¹⁹ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 39 Rn. 25; OLG Celle NJW 1970, 341.

²⁰ BGHSt 11, 353 (354); 39, 164 (166); Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 323c Rn. 23; Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 323c Rn. 98; Wessels/Hettinger (Fn. 1), Rn. 1048; Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), S. 376.

²¹ Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 323c Rn. 23; Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), S. 376.

²² BGHSt 11, 353 (356).

²³ Zöller/Fornoff/Gries (Fn. 1), S. 376.

²⁴ OLG Celle NJW 1970, 341; zustimmend Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 19), § 39 Rn. 25.

²⁵ Die Gegenauffassung ist hier bei entsprechender Argumentation mit der Folge des Ausscheidens einer Strafbarkeit nach § 323c StGB selbstverständlich vertretbar.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

III. Ergebnis

A hat sich durch seine Weiterfahrt nach dem Anfahren von C somit auch wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c StGB strafbar gemacht.

Konkurrenzen:

Die von A verwirklichten §§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 und 229 StGB, stehen zueinander in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB), um zum Ausdruck zu bringen, dass es bereits zum Eintritt eines Körperverletzungserfolgs gekommen ist. Der bis zu dem Zusammenstoß mit C ebenfalls verwirklichte § 316 Abs. 1 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) hinter § 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1 StGB zurück. Die ebenfalls verwirklichte unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB steht zu den vorgenannten Taten in Tateinheit (§ 53 StGB), ebenso wie der nach dem Zusammenstoß durch die Weiterfahrt erneut verwirklichte § 316 Abs. 1 StGB. Der Unfall bewirkt insoweit eine Zäsur des Geschehens, sodass das Geschehen davor und danach nicht als einheitliche Handlung anzusehen ist. Zwischen § 323c StGB und § 316 Abs. 1 StGB besteht Idealkonkurrenz (§ 52 StGB).

2. Tatkomplex: Die erste Operation

Strafbarkeit des D

Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB

D könnte sich, indem er den C am Sprunggelenk operierte, wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste D zunächst einen anderen Menschen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Bei unbefangener Betrachtungsweise ließe sich der Eintritt eines solchen Körperverletzungserfolgs infolge der bei einer Operation erforderlichen Eingriffsmaßnahmen in die körperliche Unversehrtheit des Patienten durchaus bejahen.

Umstritten ist jedoch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein sogenannter „ärztlicher Heileingriff“, wie er in Gestalt der von D vorgenommenen Operation vorliegt, die Tatbestandsvoraussetzungen einer Körperverletzung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB erfüllt.²⁶

²⁶ Ausführlich hierzu etwa *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 223 Rn. 8 ff.; *Krey/Heinrich* (Fn. 13), Rn. 208 ff.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 1), Rn. 322 ff.; obwohl sich die verschiedenen Ansichten zur Strafbarkeit des ärztlichen Heileingriffs im vorliegenden Fall im Ergebnis nicht auswirken, wird der Meinungsstreit aus didaktischen Gründen hier vergleichsweise ausführlich dargestellt. Im Rahmen einer Klausur kann sich der Bearbeiter, wenn sich unterschiedliche Auffassung im Ergebnis nicht auswirken, generell auf eine bloße Andeutung der Argumente beschränken, die für die aus seiner Sicht

In Teilen der Literatur überwiegt die sog. „Tatbestandslösung“, wonach eine zu Heilzwecken vorgenommene Behandlung, die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist und deren Ausführung den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht, schon tatbestandlich keine Körperverletzung darstellt. Nach dieser Ansicht ist nicht auf die einzelnen Akte (z.B. Injektion, Betäubung, Öffnen der Bauchdecke oder Organentnahme), sondern auf den Gesamtakt abzustellen, der gerade das Gegenteil einer Körperverletzung, nämlich eine auf Heilung, Gesundung und Wiedererlangung bzw. Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit gerichtete Maßnahme darstelle. Aus der Vielzahl an Einzelmeinungen lässt sich von diesem grundsätzlichen Ausgangspunkt her zumindest auf die folgenden Hauptströmungen hinweisen: Nach der sog. „Erfolgstheorie“²⁷ kommt es allein auf den rechtsgutsbeeinträchtigenden Erfolg des Eingriffs an, so dass die Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst einschließlich der medizinischen Indikation bedeutungslos ist. Führt der Arzt durch seinen Eingriff kausal eine Verbesserung der biologischen Gesundheit herbei oder verschlechtert er diese wenigstens nicht, so fehle es am objektiven Tatbestand des § 223 StGB. Diesem Ergebnis schließt sich eine weitere Auffassung²⁸ nur für den Fall einer gelungenen Heilbehandlung „ohne wesentlichen Substanzverlust“ an. Bei wesentlichen Substanzveränderungen (z.B. Amputation von Gliedmaßen, Abtötung oder Änderung von Funktionen, Persönlichkeitsveränderungen durch Psychopharmaka) könne der Tatbestand des § 223 StGB allenfalls dann verneint werden, wenn der Eingriff insgesamt betrachtet zu einer Gesundheitsverbesserung führe und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch ein (tatbestandsausschließendes) Einverständnis Rechnung getragen werde. Von einem anderen Ansatzpunkt her argumentiert schließlich die sog. „Lex-Artis-Theorie“²⁹, die danach unterscheidet, ob der Eingriff nach den Regeln der ärztlichen Kunst oder fehlerhaft ausgeführt wurde, und nur in letzterem Fall eine Körperverletzung bejaht.

Demgegenüber geht die auch als „Rechtfertigungslösung“ bezeichnete Gegenauffassung³⁰ davon aus, dass der ärztliche Heileingriff stets den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB verwirklicht, und die Straflosigkeit des Täters lediglich auf der Rechtfertigungsebene bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung begründet wer-

vorzugswürdige Auffassung sprechen. Dies sollte mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf erfolgen, dass der Streitstand hier nicht abschließend entschieden werden muss.

²⁷ Z.B. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 8 Rn. 30; *Gössel/Dölling*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 12 Rn. 78.

²⁸ *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 223 Rn. 32 ff.

²⁹ Z.B. *Engisch*, ZStW 70 (1958), 566 (581).

³⁰ BGHSt 11, 111 (112); 16, 309 (310); 43, 306 (308); 45, 219 (221); *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, § 223 Rn. 26; *Fischer* (Fn. 1), § 223 Rn. 9; *Wessels/Hettinger* (Fn. 1), Rn. 329; *Rengier* (Fn. 18), § 13 Rn. 17; *Zöller/For-noff/Gries* (Fn. 1), S. 100.

den kann. Begründet wird dies damit, dass nur bei Bejahung einer Körperverletzung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB das freie Selbstbestimmungsrecht des Patienten gewahrt wird. Jener müsste in der Konsequenz der Gegenauffassung ansonsten auch ungewollte Heileingriffe über sich ergehen lassen, sofern diese medizinisch indiziert waren und nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgreich ausgeführt wurden. Mangels Tatbestandsmäßigkeit des Handelns würde sich die Frage, ob der Patient in rechtfertigender Weise in den Eingriff eingewilligt hatte, dann gar nicht mehr stellen.

Für ein Abstellen auf den Gesamttakt der Heilbehandlung mit der „Tatbestandslösung“ spricht, dass der die darin verbundenen Teilakte ausführende Arzt schon auf den ersten Blick nicht mit dem im Verletzungsabsicht handelnden, gewöhnlichen „Messerstecher“ vergleichbar ist. Auch führt die Bejahung einer Körperverletzung zu einer Vermischung von Körperverletzungs- und Freiheitsdelikten, da der eigenmächtige Heileingriff in Wahrheit ein Angriff auf die Entscheidungs- und Willensfreiheit des Patienten ist, für den sich eine Strafbarkeit lediglich aus den §§ 239, 240 StGB ergibt. Zu beachten ist auch, dass mit der Annahme einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung prinzipiell auch der Weg zu den §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 226 StGB eröffnet wird, was zu unverhältnismäßig hohen Strafen führen kann. Dennoch verdient in Bezug auf den ärztlichen Heileingriff im Ergebnis die „Rechtfertigungslösung“ den Vorzug, die eine tatbestandliche Körperverletzung bejaht. Nur auf diese Weise kann vermieden werden, dass Patienten willkürlich zum Gegenstand gut gemeinter Heilversuche gemacht werden. Nur der Patient selbst besitzt das Recht, darüber zu entscheiden, ob eine Behandlungsmaßnahme, unabhängig von ihrer medizinischen Notwendigkeit, durchgeführt werden soll. Insofern umfasst sein Selbstbestimmungsrecht als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auch die Befugnis, sich zu Lasten der eigenen Gesundheit objektiv unvernünftig zu verhalten und zu entscheiden. Auch hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit bereits mehrfach die Einführung eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung abgelehnt und damit zugleich die Ansicht bestätigt, die von der objektiven Tatbestandsmäßigkeit nach § 223 StGB ausgeht. Schließlich vermag ein Rückgriff auf die §§ 239, 240 StGB dem Schutzbedürfnis des Patienten gegenüber ärztlicher Eigenmacht in weiten Bereichen nicht ausreichend Rechnung zu tragen.

Im Ergebnis wirkt sich dieser Meinungsstreit jedoch mit Blick auf den vorliegend zu entscheidenden Fall nicht aus. Nach der „Rechtfertigungslösung“ ist der Tatbestand der Körperverletzung ohnehin erfüllt. Aber auch die Vertreter der „Tatbestandslösung“ würden hier einen Körperverletzungserfolg bejahen, da D bei der ersten Operation den Zacken einer Metallklammer im Bein des C zurückgelassen und damit den Eingriff nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt hat. Demnach hat A mit der Operation des C den objektiven Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt.³¹

³¹ Dem Bearbeiter steht es frei, bei entsprechender Argumentation der Gegenansicht zu folgen, was im Hinblick auf § 223 StGB zum Tatbestandsausschluss führt.

Das Vorliegen *qualifizierender Merkmale i.S.v. § 224 Abs. 1 StGB* (z.B. das zur Operation verwendete Skalpell als „gefährliches Werkzeug“ gemäß Nr. 2 oder die Anwesenheit weiteren medizinischen Personals im Operationsaal gemäß Nr. 4) ist im Sachverhalt im Übrigen nicht ausdrücklich erwähnt, bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung aber vertretbar, obwohl mangels Gefahrerhöhung vieles für eine teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts spricht.

2. Subjektiver Tatbestand

D wusste um die Bedeutung des medizinischen Eingriffs und wollte diesen auch vornehmen, so dass am Vorliegen seines Vorsatzes keinerlei Zweifel bestehen.

II. Rechtswidrigkeit

Das Verhalten des D könnte jedoch durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt sein.

1. Einwilligung

Der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der rechtfertigenden Einwilligung³² kommt hier von vornherein nicht in Betracht, da C sich in einem Dämmerzustand befand und eine ausdrückliche Einwilligung zur Operation weder erteilt hat noch faktisch erteilen konnte.

2. Mutmaßliche Einwilligung

D könnte jedoch nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung, hier in der Fallgruppe des Handelns im materiellen Interesse des Betroffenen, gerechtfertigt gewesen sein. Die mutmaßliche Einwilligung ist gegenüber dem erkennbaren wirklichen Willen des Patienten subsidiär.³³ Daher dürfte ein entgegenstehender Wille des C nicht ersichtlich sein. Ein solcher ist allerdings mit Blick auf den vorliegenden Fall auch nicht zu begründen. Weiterhin dürfte die Zustimmung des C für einen effektiven Rechtsgutschutz nicht rechtzeitig einholbar gewesen sein. Aufgrund des Dämmerzustands des C war dieser nicht einwilligungsfähig, eine sofortige Operation jedoch aus medizinischer Sicht zwingend erforderlich. Letztlich muss unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls die Interessenlage des C bewertet werden.³⁴ Nur wenn diese Abwägung ein Interesse des C an der Operation ergibt, bleibt für eine mutmaßliche Einwilligung Raum. Im vorliegenden Fall ergibt eine objektive Würdigung aller Umstände, dass der C der Operation zustimmen würde, wenn er gefragt werden könnte, da nichts darauf hindeutet, dass er bleibende Schäden an seinem Körper zur Vermeidung eines ärztlichen Eingriffs in Kauf nehmen wollte. Mithin sind alle Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung erfüllt, so

³² Zu den Voraussetzungen dieses ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes vgl. etwa *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 27 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 12), Rn. 370 ff.

³³ *Krey*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 637.

³⁴ *Wessels/Beulke* (Fn. 18), Rn. 381.

dass die Rechtswidrigkeit der von D tatbestandlich verwirklichten Körperverletzung entfällt.

III. Ergebnis

D hat sich durch die Vornahme der ersten Operation somit nicht wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Mangels weiterer in Frage stehender Tatbestände bleibt D im zweiten Tatkomplex straffrei.

3. Tatkomplex: Die zweite Operation

Strafbarkeit des D

A. Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB

D könnte sich jedoch wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den C zur Entfernung des Zackens der Metallklammer erneut operierte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Wie bereits im Rahmen des 2. Tatkomplexes ausgeführt, stellt auch ein zu Heilungszwecken vorgenommener ärztlicher Eingriff nach vorzugswürdiger Auffassung eine tatbestandliche Körperverletzung dar.³⁵ Auch in Bezug auf die zweite Operation könnte man bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung das Vorliegen von Qualifikationsmerkmalen gem. § 224 Abs. 1 StGB annehmen. Allerdings erscheint auch hier eine teleologische Einschränkung und damit ein Ausschluss des § 224 StGB im Ergebnis vorzugswürdig. In jedem Fall erfüllt die zweite Operation des C durch D den objektiven Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB.

2. Subjektiver Tatbestand

Auch bei der zweiten Operation bestehen hinsichtlich des Vorliegens von Vorsatz bei D keine Bedenken.

II. Rechtswidrigkeit

Das Handeln des D könnte allerdings erneut durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt gewesen sein.

1. Einwilligung

Indem sich C zu der zweiten Operation bereit erklärte, könnte er rechtfertigend in die Körperverletzung eingewilligt haben. Zwar liegt insoweit eine ausdrückliche Einwilligung des C vor. Diese ist jedoch mangelbehaftet und damit unwirksam, denn C wurde nicht über die wahren Hintergründe für die Operation aufgeklärt. Mithin ist D nicht durch eine (ausdrückliche) Einwilligung gerechtfertigt.

2. Mutmaßliche Einwilligung

Die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung liegen hier schon deshalb nicht vor, weil die Möglichkeit einer tatsächlichen Einwilligung des C bestand. D hätte C umfassend aufklären und ausdrücklich um seine Zustimmung zur zweiten Operation bitten können, da C sich zu diesem Zeitpunkt nicht in einer lebensbedrohlichen Situation befand.

3. Hypothetische Einwilligung

Fraglich ist, ob eine Rechtfertigung auf der Grundlage der Rechtsfigur einer sogenannten „hypothetischen Einwilligung“ in Betracht kommt.

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH³⁶ entfällt die Rechtswidrigkeit, wenn der Patient auch bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die durchgeführte Operation eingewilligt hätte. Bleibt dies nach den Sachverhaltsfeststellungen offen, so sei nach dem Grundsatz in dubio pro reo zugunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erteilt worden wäre. Hierfür wird vorgebracht, der für die Körperverletzung erforderliche Handlungs- und Erfolgsunwert sei im Fall der hypothetischen Einwilligung nicht gewahrt. Auch wird auf eine Vergleichbarkeit der Situation mit der Fallgruppe des rechtmäßigen Alternativverhaltens hingewiesen. In dieser Konstruktion entfällt die Strafbarkeit des Täters weil die Verletzung des Rechtsguts auch bei ordnungsgemäßen Verhalten entstanden wäre. Hätte der Patient aber bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung, also rechtmäßigem Alternativverhalten des Arztes, ebenfalls seine Zustimmung erteilt, so wäre es ebenfalls zum Heileingriff gekommen und somit die Rechtsgutsverletzung eingetreten. Daher sei eine Strafbarkeit in dieser Konstellation abzulehnen.

Nach anderer Auffassung³⁷ handele es sich bei der hypothetischen Einwilligung nicht um einen Rechtfertigungsgrund, da ansonsten der Vorrang der rechtfertigenden Einwilligung und der diese sichernden Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung beseitigt würde. Es gehe vielmehr um einen auf der Rechtswidrigkeitsebene zu prüfenden Ausschluss des objektiven Zurechnungszusammenhangs zwischen pflichtwidrigem, weil tatbestandsmäßigem Verhalten und Unrechtserfolg. Dieser Zusammenhang scheidet deswegen aus, weil der Mangel der Aufklärung durch D für die Vornahme der zweiten Operation nicht kausal war, da C laut Sachverhalt auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte. Wie auch beim Ausschluss der objektiven Zurechnung auf Tatbestandsebene scheidet bei dem Ausschluss auf Rechtfertigungsebene eine Bestrafung wegen einer vollendeten Tat aus. Der Unwert des pflichtwidrigen Verhaltens bleibe jedoch als strafbegründend bestehen. Diese Konstruktion entspreche derjenigen beim Versuchsdelikt. Insofern sei eine

³⁵ Spätestens an dieser Stelle ist im Rahmen der Fallbearbeitung der Meinungsstreit über die Tatbestandsmäßigkeit der ärztlichen Heilbehandlung gemäß § 223 StGB zu entscheiden, da die zweite Operation von D nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wurde.

³⁶ BGH NStZ 2004, 442; zustimmend auch Fischer (Fn. 1), § 223 Rn. 16a; Wessels/Beulke (Fn. 18), Rn. 381b.

³⁷ Kuhlen, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331 ff.; ders., JR 2004, 227 ff.

vollendete Körperverletzung abzulehnen, anschließend jedoch die Möglichkeit einer Versuchstat zu prüfen.

Nach einer vorzugswürdigen dritten Auffassung³⁸ ist die hypothetische Einwilligung jedoch als Rechtsinstitut insgesamt abzulehnen. Ansonsten hätte der Arzt die Möglichkeit, dem Patienten im Rahmen noch kunstgerechter Eingriffe jedes Risiko aufzudrängen, indem er ihn unvollständig aufklärt. Die Frage, ob der Patient eingewilligt hätte, lässt sich in der Praxis oftmals gar nicht beantworten und ist damit letztlich ohne Erkenntnisgewinn. Die Übertragung der Regelpflichtgemäßen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeitsebene erscheint schon deshalb als unzulässig, weil die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg nicht kausal verknüpft sind. So wenig wie bei einem Diebstahl die nachträgliche Genehmigung der Wegnahme einer fremden Sache durch den Eigentümer rechtfertigende Wirkung besitzt, kann daher auch die nachträgliche Erklärung des Patienten, er hätte bei vollständiger Aufklärung dem Eingriff zugestimmt, die Tat rechtfertigen. Wer dieser Argumentation folgt, gelangt somit zur Rechtswidrigkeit der von D durch die Operation begangenen Körperverletzung.³⁹

III. Schuld

Schuldausschließungsgründe oder Entschuldigungsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich. D handelte mithin auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

D hat sich durch die Vornahme der zweiten Operation wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A hat sich im ersten Tatkomplex gemäß §§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 Nr. 1; 229; 52 und den hierzu in Realkonkurrenz (§ 53 StGB) stehenden §§ 323c, 316, 52 StGB strafbar gemacht. D bleibt im zweiten Tatkomplex straflos. Im dritten Tatkomplex ist er gemäß § 223 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

³⁸ *Puppe*, GA 2003, 764 (769); generelle Kritik zur Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe erhebt *Puppe* bereits in JR 1994, 515 ff.

³⁹ Auch die anderen beiden Auffassungen sind mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Wer dem BGH folgt, gelangt zur Rechtfertigung. Wer der Auffassung von *Kuhlen* folgt, gelangt zur Prüfung einer versuchten Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 22 StGB), die dann im Ergebnis zu bejahen ist.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Der Vermieter hat keinen Anspruch auf den Erlös aus unberechtigter Untervermietung – oder doch? Eine Bestandsaufnahme nach der Entscheidung des BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08.

Nach Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruchs schuldet der Mieter im Rahmen der Herausgabe von Nutzungen nach §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB auch die Auskehr eines durch Untervermietung erzielten Mehrerlöses. Dazu gehört auch eine „Entschädigung“, die der Mieter von dem Untermieter als Abfindung für eine vorzeitige Beendigung des Untermietverhältnisses erhalten hat. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 100, 99 Abs. 3

BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII ZR 76/08 (OLG Brandenburg, LG Potsdam)¹

Geht es um die Frage, ob der Vermieter den vom Mieter erzielten Erlös aus einer rechtswidrigen Untervermietung der Mietsache herausverlangen kann, hat der Student ein klares, wenngleich anspruchsvoll zu begründendes „Nein“ im Hinterkopf. In einem besonders gelagerten Fall hat der BGH nun gegenteilig, zugunsten des Vermieters, entschieden.² Nachdem die Lösung des Grundfalls in Erinnerung gerufen wird (I.), stellt dieser Beitrag die Entscheidung des BGH und ihren Einfluss auf die bisherige Rechtslage dar (II.).

I. Bisherige Rechtslage

Der gängige Fall ist der des Mieters, welcher – obwohl ihm die Untervermietung nicht gestattet ist – die Mietsache während des laufenden Hauptmietverhältnisses an einen Dritten vermietet. Einerlei ist, ob es sich um Wohn-, anderen Raum oder eine bewegliche Sache handelt. Zu prüfen ist, ob der Vermieter die Untermiete vom Mieter herausverlangen kann.

Zu unterscheiden sind zunächst die jeweiligen Rechtsverhältnisse. (Haupt-)Vermieter und Mieter sowie Mieter und Untermieter sind jeweils durch einen Mietvertrag verbunden, wobei der Untermietvertrag trotz Verbots der Untervermietung wirksam ist. Hauptvermieter und Untermieter sind vertraglich nicht miteinander verbunden, so dass der Untermieter gegenüber dem Hauptvermieter kein Recht zum Besitz erlangt.³ Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter ist selbst bei Fehlen eines vertraglichen Verbots die Untermiete nur erlaubt, wenn der Vermieter sie gestattet, und zwar sowohl bei der Wohnraumvermietung (§§ 553, 540 BGB) als

auch im Übrigen (§ 540 BGB).⁴ § 553 BGB bedeutet für den Wohnraum nur insoweit eine Lockerung, als dem Mieter unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erlaubnis der Untervermietung eingeräumt wird; die Norm sieht aber nicht vom Erlaubniserfordernis ab. Erteilt der Vermieter weder ausdrücklich noch konkludent⁵ seine Erlaubnis, ist die Untervermietung also in jedem Falle unberechtigt.⁶ Das Gesetz knüpft daran die folgenden Rechtsfolgen: Der Vermieter kann – nach Abmahnung – auf Unterlassung klagen (§ 541 BGB) oder das Mietverhältnis fristlos kündigen (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 BGB). Die Herausgabe des Untermietererlöses behandelt das Gesetz nicht, sie kann sich daher allenfalls, wenn nichts anderes vertraglich geregelt ist, aus den allgemeinen Vorschriften ergeben.

I. Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Regelungen, die den Vermieter an dem vom Mieter erzielten Erlös aus der Untervermietung beteiligen oder ihm einen Mietzuschlag gewähren und damit einen Anspruch des Vermieters begründen, sind nicht ungewöhnlich.⁷ Meist werden die Parteien eine solche Regelung jedoch nur für den Fall der vom Vermieter erlaubten Untervermietung treffen, wenn sich der Vermieter seine Zustimmung gerade vorbehalten möchte. Dann ist es eine Frage der Auslegung, ob man den vertraglichen Anspruch des Vermieters im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf die unberechtigte Untervermietung erweitert⁸ oder im Verhalten des Vermieters eine rückwirkende Genehmigung der Untervermietung sieht, die ihm die vertraglich eingeräumte Beteiligung an der Untermiete sichert.⁹

2. Ansprüche aus angemaßter Fremdgeschäftsführung

Fehlt es an einer vertraglichen Regelung des Konflikts, verbleiben die gesetzlichen Ansprüche. In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 Abs. 2, 667 BGB, wonach jemand, der ein (objektiv)¹⁰ fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er um seine fehlende Berechtigung weiß, dem Geschäftsherrn das aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben hat. Übertragen auf das unberechtigte Geschäft der Untermiete gilt jedoch, dass dieses kein Geschäft des Vermieters ist – entspringt es doch der Nutzung der Mietsache, die bei laufendem Mietverhältnis gerade dem Mieter überlassen ist. Die unberechtigte Unter-

⁴ Zum historischen Hintergrund dieser Grundentscheidung *Probst*, JR 1997, 24.

⁵ Etwa durch andauernde widerspruchslose Duldung der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten, *Bieber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 540 Rn. 15.

⁶ *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 553 Rn. 2; *Mutter*, MDR 1993, 303.

⁷ BGHZ 131, 297 = NJW 1996, 838 = JuS 1996, 648; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. VI 58 ff.

⁸ *Probst*, JR 1997, 24 (25); *Theuffel*, JuS 1997, 886.

⁹ *Riehm*, JuS 1998, 672.

¹⁰ *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 687 Rn. 18; *Probst*, JR 1997, 24 (25).

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter

<http://www.bundesgerichtshof.de> (Stand: 16.11.2009).

² BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII 76/08.

³ Im Falle berechtigter Untervermietung erlangt der Untermieter nur ein abgeleitetes Recht zum Besitz gemäß § 986 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.

vermietung entpuppt sich dann lediglich als vertragswidrige Ausübung des dem Mieter zustehenden Gebrauchs.¹¹

3. Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Der Vermieter kann die Untermiete vom Mieter auch nicht nach §§ 987, 990, 100, 99 Abs. 3 BGB als gezogene Nutzungen verlangen. Bei den §§ 987 ff. BGB handelt es sich um Regelungen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer. Das Gesetz findet hier einen Ausgleich der Interessen für die Situation, dass jemand eine Sache nutzt, die einem anderen gehört, ohne dass die Parteien in Bezug auf die Sache in vertraglicher Verbindung stehen. Voraussetzung dieser Regelungen ist eben diese Abwesenheit einer vertraglichen Verbindung: Der Mieter als Besitzer der Mietsache darf kein Recht zum Besitz haben. Vorliegend aber hat der Mieter ein solches, da ihn der Mietvertrag, wenngleich nicht zur Untervermietung, so doch zum Besitz der Mietsache gegenüber dem Vermieter berechtigt.¹² Die §§ 987 ff. BGB regeln die Folgen der unberechtigten Untervermietung also nicht.

4. Ansprüche aus Bereicherungsrecht

Nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Nichtberechtigte, der über einen Gegenstand eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, diesem das durch die Verfügung Erlangte herauszugeben. Wollte man den Mieter als den Nichtberechtigten und den Vermieter als den Berechtigten ansehen, so scheidet ein Anspruch auf Auskehrung der Untermiete allemal daran, dass die Untervermietung keine Verfügung ist, die der Mieter über die Mietsache trifft. Eine Verfügung ist die unmittelbare Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts und ist auf der dinglichen Ebene angesiedelt. Die Überlassung zum Gebrauch durch Untermietvertrag betrifft hingegen die schuldrechtliche Ebene und lässt die dingliche Berechtigung des Vermieters an der Mietsache völlig unberührt.¹³ Daher wird die Anwendung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auch nur im Wege der Analogie befürwortet: Die Untervermietung sei einer Verfügung über die Mietsache gleichzustellen.¹⁴ Überzeugen kann das

freilich wenig, und auch der BGH ist dem nicht gefolgt.¹⁵ Denn durch die Verbindung „gegenüber dem Berechtigten wirksam“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass der Nichtberechtigte anstelle des Berechtigten handelt und sein Handeln den Berechtigten trifft, während der Gegenwert hieraus dem Nichtberechtigten zufließt. Die Untervermietung hingegen kann gar nicht den Vermieter treffen, sie ist kein Geschäft, das der Mieter anstelle des Vermieters vornimmt. Infolge dessen erzielt der Mieter die Untermiete auch nicht anstelle des Vermieters. Ebenso wenig kann die Untervermietung gegenüber dem Vermieter wirksam sein, wie § 816 Abs. 1 S. 1 BGB formuliert: Selbst im Falle berechtigter Untervermietung erlangt nämlich der Untermieter gegenüber dem Hauptvermieter kein unmittelbares Recht zum Besitz (Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse bzw. § 986 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁶

Im Anschluss an § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist die allgemeine Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) zu prüfen. Die vorrangige Leistungskondiktion bleibt außer Acht, da die Leistung des vom Mieter genutzten Besitzes an der Mietsache mit Rechtsgrund (dem Mietvertrag) erfolgte bzw. die zu kondizierende Untermiete nicht durch Leistung des Vermieters erbracht wurde. Für die Eingriffskondiktion ist Voraussetzung, dass der Mieter *im Verhältnis zum Vermieter* die Untermiete in sonstiger Weise auf Kosten des Vermieters und ohne rechtlichen Grund erlangt. „Auf Kosten“ bedeutet, dass dem Vermögensvorteil des Bereicherten unmittelbar ein Vermögensnachteil des Entreicherten gegenüberstehen muss.¹⁷ Daran fehlt es hier, da sich der Vermieter seiner Möglichkeit zur Vermietung der Mietsache bereits durch Abschluss des Mietvertrags mit dem Mieter begeben hat. Ein darüber hinausgehender Vermögensnachteil daraus, dass während dieser Zeit der Mieter einem Dritten den Gebrauch überlässt, ist für den Vermieter also nicht erkennbar. Wenn eben nur ein Mieter untervermieten kann, dann kann dies nicht auf Kosten des Vermieters gehen, der selbst dazu nicht in der Lage ist.¹⁸ Überdies erfolgt die Bereicherung des Mieters nicht rechtsgrundlos. Rechtsgrundlosigkeit bedeutet bei einer Bereicherung in sonstiger Weise, dass die Erlangung des Vermögensvorteils dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechtsgutes widerspricht.¹⁹ Das Geschäft der Untervermietung aber ist – wie erörtert – dem Mieter zugewiesen, wenngleich es ihm nicht immer gestattet ist. Vertreten wird in diesem Zusammenhang, dass das Zustimmungsgeschäft des Vermieters aus den §§ 540 Abs. 1, 553 BGB das durch die unberechtigte Untervermietung verletzte Rechtsgut sei,

¹¹ BGH NJW 1964, 1853.

¹² Die Rechtsfigur des „nicht-so-berechtigten“ Besitzers, d.h. die Anwendung der EBV-Regeln auf den rechtmäßigen Fremdbesitzer, welcher sein Besitzrecht überschreitet, wird mit Hinweis auf den Vorrang des dann geltenden Vertragsrechts heute ganz überwiegend abgelehnt, vgl. in zident BGHZ 131, 297 (307) = NJW 1996, 838 (840) = JuS 1996, 648; näher etwa *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor §§ 987-1003 Rn. 12.

¹³ A.A. *Diederichsen*, NJW 1964, 2296, der über eine gewisse, aber etwas frei angenommene Verdinglichung des vertraglich eingeräumten Gebrauchsrechts sogar zur direkten Anwendung von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gelangen will. Hiergegen trefflich *Theuffel*, JuS 1997, 886 (887).

¹⁴ *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 540 Rn. 31.

¹⁵ BGHZ 131, 297 (305 f.) = NJW 1996, 838 (840) = JuS 1996, 648.

¹⁶ Das muss auch *Diederichsen*, NJW 1964, 2296 (s. oben Fn. 13) einräumen.

¹⁷ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 812 Rn. 43.

¹⁸ BGHZ 131, 297 (306) = NJW 1996, 838 (840) = JuS 1996, 648; *Mutter*, MDR 1993, 303 (304).

¹⁹ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 706 bis 712.

welches klar dem Vermieter zugewiesen sei.²⁰ Das ist richtig, jedoch fehlt es im Sinne der genannten Definition der Rechtsgrundlosigkeit an einem Widerspruch der Erlangung der Untermiete zu diesem Zuweisungsgehalt. Die Untermiete wird nämlich im Gegenzug für das Recht zum Gebrauch der Sache bezahlt. Dieses steht im Zeitpunkt der Untervermietung gerade dem Mieter zu, während das Zustimmungsrecht des Vermieters diesem lediglich das Recht gibt zu entscheiden, wer die Mietsache nutzt.²¹ Sichern die §§ 540 Abs. 1, 553 BGB dem Vermieter also nicht das Nutzungsrecht in Bezug auf die Sache, sondern nur das Recht zu entscheiden, wem er seine Sache anvertraut,²² so steht die für das (obligatorische) Nutzungsrecht bezahlte Untermiete nicht im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des Zustimmungsrechts. Damit ist auch die Rechtsgrundlosigkeit der Erlangung der Untermiete zu verneinen.

5. Schadensersatz

Übrig bleibt ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB,²³ der unschwer zu begründen ist, sofern die Verletzung der Pflicht, nicht unterzuvermieten, auf einem Verschulden des Mieters beruht. Allein der Schadensnachweis bereitet das Problem. Durch die Untervermietung als solche entsteht dem Vermieter kein Schaden, da die Untervermietung ihm nicht zusteht. Der Vermieter müsste konkret einen Schaden durch erhöhte Abnutzung nachweisen, was nahe liegt, wenn etwa ein Mieter seine Wohnung immer wieder als Ferienwohnung vermietet. Ersetzt wird dann aber dieser konkrete Schaden, der sich betragsmäßig keinesfalls mit der erlangten Untermiete decken muss. Denkbar ist in gewissen Fällen, die dem Vermieter entgangene Möglichkeit zur Mieterhöhung nach § 553 Abs. 2 BGB als seinen Schaden anzusehen (§ 252 BGB), wenn dem Vermieter von Wohnraum die Überlassung nur gegen eine angemessene Erhöhung der Miete zuzumuten ist. Jedoch scheidet dieser Ansatz an der fehlenden Kausalität, da die Mieterhöhung ihrerseits noch die Zustimmung des Mieters voraussetzt, § 553 Abs. 2 BGB.²⁴

II. Die Entscheidung des BGH und ihre Folgen

Die Entscheidung des BGH fügt sich in die bisher geltende Rechtslage nahtlos ein; es bleibt bei dem, was bislang gemeinhin gelernt und gelehrt wird. Daran lässt auch der BGH keinen Zweifel, der ausdrücklich die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage betont.

1. Der Sachverhalt

Die Entscheidung betrifft den Fall der Untervermietung nach Beendigung des Hauptmietvertrags. Ihr liegt vereinfacht der

folgende Sachverhalt zugrunde: Der Mieter von Gewerberaum vermietet diesen weiter und erzielt eine Untermiete, die die Miete, welche er selbst an den Hauptvermieter bezahlt, übersteigt. Der Hauptmietvertrag erlaubt die Untervermietung ausdrücklich. Nun kündigt der Hauptvermieter den Mietvertrag wirksam. Der Mieter jedoch bestreitet die Wirksamkeit der Kündigung und verweigert die Räumung. Während des noch vor dem Kündigungstermin eingeleiteten Gerichtsverfahrens²⁵ über den Räumungsanspruch (welches *in casu* bis zum BGH geht), läuft das Untermietverhältnis also weiter. Später wird es einverständlich zwischen Mieter und Untermieter aufgehoben, im Zuge dessen der Mieter sogar noch eine Entschädigung seitens des Untermieters bekommt. Nach der Entscheidung des BGH über die Wirksamkeit der Kündigung bzw. das Bestehen des Räumungsanspruchs verlangt der Hauptvermieter von dem Mieter die seit Beendigung des Hauptmietvertrags erlangte Untermiete sowie die Entschädigung heraus. Der sich hieran anschließende Prozess erreicht wiederum den BGH.

2. Die rechtliche Begründung

Es bedarf keiner dogmatischen Kunstgriffe, um nach dem oben Stehenden diesmal einen Anspruch des Vermieters auf die Untermiete zu begründen. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass der Hauptmietvertrag beendet ist: Das Recht zum Gebrauch der Sache steht wieder dem Vermieter, nicht länger dem Mieter zu. Für die Vermietung der Sache ist also der Vermieter allein zuständig, sie ist sein Geschäft. Unerheblich ist, dass der Untermietvertrag mit seiner Erlaubnis geschlossen wurde. Denn diese Erlaubnis ist mit Beendigung des Hauptmietvertrags erloschen und für die rechtzeitige Beendigung des Untermietvertrags im Fall der Beendigung des Hauptmietvertrags hat – am besten durch entsprechende Vertragsgestaltung – allein der Mieter zu sorgen.²⁶

a) Rechtliche Lösung des BGH-Falles

Stellt sich die Lage also nicht anders dar als im Fall der Vermietung einer fremden ungemieteten Sache, so liegen die oben erörterten Ansprüche auf der Hand, soweit die subjektiven Voraussetzungen der §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 Abs. 2, 667 BGB und §§ 987, 990, 993 BGB vorliegen. Der Bereicherungsanspruch ergibt sich jetzt aus §§ 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 818 Abs. 1, 100 BGB (Leistungskondiktion i. S. d. *condictio ob causam finitam*), da der Rechtsgrund für die Leistung der Gebrauchsüberlassung an den Mieter durch die Kündigung weggefallen ist. Da im Fall des BGH bei Beendigung des Hauptmietvertrages aber bereits die Räumungsklage rechts-hängig war, drängen sich vor allem die §§ 292 Abs. 2,

²⁰ Theuffel, JuS 1997, 886 (887 f.).

²¹ Riehm, JuS 1998, 672.

²² Riehm, JuS 1998, 672.

²³ Freilich auch § 823 Abs. 2 BGB, will man die §§ 540 Abs. 1, 553 BGB als Schutzgesetz ansehen; Letzteres erwägt Riehm, JuS 1998, 672. Für § 823 Abs. 1 BGB fehlt die erforderliche Rechtsgutsverletzung.

²⁴ Vgl. jüngst Kern, NZM 2009, 344 (345).

²⁵ Die Einleitung eines Gerichtsverfahrens vor dem Kündigungstermin ist entweder nach § 259 ZPO möglich, wenn der Mieter die Kündigung bestreitet (Foerste, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 259 Rn. 5), oder wenn – wie im Fall des BGH – der Vermieter nur hilfswise ordentlich gekündigt hat und seine Klage zunächst auf die fristlose, später aber als rechtswidrig beurteilte Kündigung stützt.

²⁶ BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII 76/08.

987 Abs. 1 BGB auf, die der BGH letztlich auch angewandt hat.

In erster Linie zu klären ist aber das Verhältnis zu § 546a BGB, der eine Entschädigungs- (Abs. 1) und Schadensersatzpflicht (Abs. 2) des Mieters anordnet, wenn dieser die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt. Als Norm, die in den Vorschriften über den Mietvertrag angesiedelt und noch dazu genau auf den Fall der Vorenthaltung der Mietsache zugeschnitten ist, liegt der Gedanke nahe, sie als Spezialregelung aufzufassen und ihr damit verdrängende Wirkung gegenüber den allgemeinen Vorschriften beizumessen.

Dies hat der BGH jedoch zu Recht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung nicht getan, wobei er sich bereits auf die eigene frühere Rechtsprechung stützen konnte.²⁷ Denn § 546a BGB verfolgt den Zweck, dem Vermieter die Rechtsverfolgung zu erleichtern (er muss weder ein Verschulden noch eine Bereicherung des Mieters beweisen) und sicherzustellen, dass er in jedem Falle mindestens die vereinbarte Miete erhält.²⁸ Mit diesem Zweck verträgt es sich nicht, wenn § 546a BGB allgemeine Vorschriften, die dem Vermieter im Einzelfall mehr geben könnten, ausschließen und ihn dadurch schlechter stellen würde.

Im konkreten Fall der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs konnte der BGH den Anspruch des Vermieters auf Auskehrung der seitens des Mieters gezogenen Nutzungen unproblematisch auf §§ 292 Abs. 2, 987 BGB stützen: Wie sich aus § 292 BGB selbst ergibt (Voraussetzung ist eine Herausgabepflicht), scheidet § 987 BGB nicht mehr an einem Recht zum Besitz des Mieters. Als Voraussetzung dafür, dass die erlangte Untermiete und *in casu* die vom Mieter erlangte Entschädigung aus dem Untermietvertrag Nutzungen i. S. v. §§ 987, 100 BGB darstellen, hatte der BGH letztlich nur noch Folgendes zu prüfen: Die Früchte (§ 99 Abs. 3 BGB) muss der Mieter aus der herauszugebenden Sache erzielt haben, und sie dürfen nicht ausschließlich auf seiner besonderen Leistung und Fähigkeit beruhen. Dabei betont der BGH, dass allein eine persönliche Geschicklichkeit des Mieters bei der Aushandlung des Untermietvertrags diese Einschränkung noch nicht erfüllt.²⁹

b) Rechtliche Lösung im Falle fehlender Rechtshängigkeit

Fraglich ist, wie es sich verhält, wenn die Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs bei Beendigung des Hauptmietver-

trags noch nicht bestanden hätte.³⁰ Dann würde sich der Anspruch auf Auskehrung der Untermiete seit Beendigung des Hauptmietvertrages bis zur Rechtshängigkeit aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 Abs. 2, 667 BGB, §§ 987, 990, 993 BGB und aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB ergeben.³¹ Während das Verhältnis des Anspruchs aus § 687 Abs. 2 BGB zu den anderen Ansprüchen von der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist,³² sollen – in Abweichung vom Dogma der Exklusivität der §§ 987 ff. BGB – nach herrschender Meinung für den Fall der Nutzungsherausgabe nach beendigtem Vertragsverhältnis die Ansprüche aus EBV und Bereicherungsrecht nebeneinander anwendbar sein: Andernfalls würde derjenige Vermieter, der zugleich Eigentümer ist, durch Vorenthaltung der Ansprüche aus Bereicherungsrecht auf Ersatz des objektiven Mietwerts schlechter gestellt.³³

III. Ergebnis

Auch nach der Entscheidung des BGH hat der Vermieter keinen Anspruch auf Auskehrung der Untermiete, die der Mieter während des laufenden Hauptmietvertrags trotz fehlender Zustimmung des Vermieters erzielt. Sobald der Vertrag jedoch beendet ist, steht dem Vermieter der Erlös aus einer noch laufenden Untervermietung durch den ehemaligen Mieter zu. Es ist dann abhängig von der jeweiligen Fallgestaltung, ob sich dieser Anspruch aus Bereicherungsrecht, EBV, GoA, Verzug, unerlaubter Handlung oder – wie im Fall des BGH – § 292 Abs. 2 BGB ergibt.

Akad. Rat Dr. Florian Eichel, Passau

²⁷ BGHZ 44, 241 (242) = NJW 1966, 248 (249); BGH NZM 2000, 183 (184). Anders die Lehre von der Subsidiarität der §§ 985 ff. BGB, wonach der Eigentümer, der seine Sache aufgrund eines Rechtsverhältnisses weggibt, sein Eigentum so einschränkt, dass sich auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses die Abwicklung in jedem Fall nicht mehr nach den §§ 985 ff. BGB richten könne, *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 84 I 2.

²⁸ BGHZ 44, 241 (242-245) = NJW 1966, 248 (249).

²⁹ BGH, Urt. v. 12.8.2009 – XII 76/08.

³⁰ Wenn der Räumungsanspruch nicht als künftiger Anspruch nach § 257 oder – im Falle von Wohnraum – § 259 ZPO geltend gemacht wird.

³¹ Daneben stünde noch ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 BGB, der schwieriger zu begründen ist und vor allem dann hilft, wenn der Vermieter nicht die vom Mieter erlangte Untermiete beansprucht, sondern geltend macht, dass er die Mietsache zu einem noch höheren Betrag hätte weitervermieten können.

³² Nach *Seiler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor § 677 Rn. 18 und *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 687 Rn. 59 f. soll § 687 Abs. 2 BGB abschließend sein, wenn der Geschäftsherr seine Ansprüche aus § 687 Abs. 2 BGB tatsächlich geltend macht; für freie Konkurrenz *Sprau* (Fn. 17), Vor § 677 Rn. 10 und 12.

³³ BGH NJW 1968, 197; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, Vor §§ 987-993 Rn. 22. Der Fall ist zu unterscheiden von dem der Unwirksamkeit des Mietvertrags. Hier hat die Rechtsprechung den rechtsgrundlosen dem unentgeltlichen Erwerb bei § 988 BGB gleichgestellt, was von der Literatur stark kritisiert wird, dazu *Gursky*, ebenda Rn. 47 bis 53.

Entscheidungsbesprechung

Betrügerische Täuschung durch falsche Abrechnung

1. Verdrängung von § 263 StGB durch §§ 352, 353 StGB.
2. Ein Irrtum im Sinne des § 263 StGB liegt schon dann vor, wenn der Anspruchsverpflichtete tatsächlich davon ausgeht, eine Abrechnung sei ordnungsgemäß vollzogen worden, auch wenn er deren Grundlagen nicht kennt. (Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 263 Abs. 1, 352, 353

BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08 (LG Berlin)¹

I. Hintergrund

Ende 2002 kam heraus, dass die Mehrzahl der Berliner Grundeigentümer (und dadurch mittelbar über die Mietnebenkosten auch nahezu jeder Mieter in Berlin) für die Jahre 1999-2002 zu hohe Straßenreinigungsentgelte an die Berliner Straßenreinigungsbetriebe (BSR), eine Anstalt des öffentlichen Rechts, entrichtet hatte. Verantwortlich dafür war – zunächst – ein Versehen. Die Straßenreinigungsentgelte errechnen sich nach dem Berliner Straßenreinigungsgesetz (StrReinG)², indem die für die Stadt Berlin ermittelten Gesamtreinigungskosten zu 75% je nach Straßen- und Reinigungsklasse auf einen bestimmten Betrag pro Quadratmeter Grundstücksgröße der Anlieger umgelegt werden (§ 7 Abs. 1 und 3 StrReinG).³ In die umzulegenden Gesamtreinigungskosten dürfen allerdings keine Kosten einbezogen werden, die auf die Reinigung von Straßen ohne Anlieger entfallen, da diese von der Stadt Berlin alleine zu tragen sind (§ 7 Abs. 6 StrReinG). Genau das aber war in der Abrechnungsperiode 1999/2000 versehentlich geschehen.

Nachdem die Fehlberechnung innerhalb der BSR erkannt worden war, wollte die interne Projektgruppe der BSR, welche die Entgeltermittlung für die folgende Abrechnungsperiode 2001/2002 vorzunehmen hatte, den Fehler korrigieren.

¹ Auszugsweise veröffentlicht in NJW 2009, 2090 (m. Anm. Bittmann); NSTZ 2009, 506; ferner abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de; Besprechungsaufsatz von Sieweke, wistra 2009, 340. Zur Folgeentscheidung des Senats in Sachen BSR (BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08) Rotsch, ZJS 2009, 712.

² Straßenreinigungsgesetz (StrReinG) vom 19.12.1978, derzeit gültig i.d.F. vom 2.10.2003 (GVBl. Nr. 36 vom 11.10.2003).

³ Beispielsweise kostet die Straßenreinigung die Anlieger der Bismarckallee, eine Innenstandrandlage nahe des westlichen Endes des Kurfürstendamms (eingestuft in Reinigungsklasse A 4 [nach der 15. VO zur Änderung der VO über die Straßenreinigungsverzeichnisse und die Einteilung in Reinigungsklassen vom 19.9.2007, GVBl. Nr. 25 vom 13.10.2007]), heute 3,2 Cent pro Quadratmeter im Quartal (Tarife der BSR [ABl. Nr. 58 vom 30.12.2008, S. 2807]), was bei einem Grundstück von 600 m² eine jährliche Gebührenlast von 76,80 € ergäbe.

Das aber untersagte ihr der seinerzeitige BSR-Finanzvorstand, der Angeklagte Dr. Arnold G. Ihm lag daran, Planungsrisiken durch das zusätzliche Finanzpolster abzufedern, gegenüber dem Land eine Effizienzsteigerung der BSR vorzuspiegeln und zudem sein eigenes Versagen bei der Entstehung der Fehlberechnung zu vertuschen. So gerieten auch die neuen Entgeltsätze überhöht. Sie wurden auf Betreiben von G. durch die nichtsahnende Senatsverwaltung genehmigt und sodann von der ebenso nichtsahnenden Sachbearbeiterebene bei der BSR in überhöhte Entgeltrechnungen für die einzelnen Grundstückseigentümer umgesetzt, was in der Abrechnungsperiode 2001/2002 zu weiteren Schäden von immerhin 23 Mio. € führte.⁴ Nach Aufdeckung des Skandals wurde G. am 4.12.2002 fristlos entlassen⁵ und die Strafkammer des LG Berlin⁶ verurteilte ihn im folgenden Strafverfahren wegen eines Betruges in mittelbarer Täterschaft hinsichtlich der Entgelterhebungen der Jahre 2001/2002 zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten.⁷

II. Die Entscheidung

Den Schuldspruch der Strafkammer hat der BGH in seiner Entscheidung bestätigt, die Strafhöhe allerdings moniert und insoweit das Urteil zu einer neuen Straffestsetzung aufgehoben und an das LG zurückverwiesen. Die gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO als Beschluss ergangene Entscheidung des BGH hatte sich dabei mit einigen nicht ganz alltäglichen Fragestellungen zu befassen, angefangen von der in mehrerlei Hinsicht konstruierbaren Täuschungshandlung beim Betrug über die mittelbare Täterschaft des Angeklagten und Konkurrenzprobleme im Verhältnis zu den §§ 352, 353 StGB bis hin zur Strafzumessung.

1. Prozessuales Präludium – Richterausschluss gemäß § 22 StPO als Tatverletzte?

Im Vorfeld tat sich zudem eine kuriose prozessuale Besonderheit auf, weil drei Richter des zur Entscheidung berufenen (Leipziger) 5. Strafsenates des BGH zur Tatzeit in Berlin zur Miete gewohnt hatten. Es stellte sich somit die Frage, ob sie nicht gemäß § 22 Nr. 1 StPO als Verletzte der Tat von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen waren, da sie über ihre Mietnebenkosten ihren Vermietern die überhöhten Straßenreinigungsentgelte zu erstatten und somit ebenfalls finanzielle Verluste erlitten hatten. Der BGH sah in einem gesonderten Beschluss vom 24.3.2009⁸ hierin allerdings kein Hindernis. Eine solche Erstattungspflicht führe zu keiner

⁴ Insgesamt nahm die BSR in den Jahren 1999-2002 auf Grund der Fehlberechnung rund 60 Mio. € an Entgelten zu viel ein.

⁵ Berliner Zeitung vom 5.12.2002.

⁶ LG Berlin, Urteil der Wirtschaftsstrafkammer vom 3.3.2008 – (514) 3 Wi Js 1361/02 KLs (9/04), über JURIS abrufbar.

⁷ Drei Monate der Strafe gelten wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung bereits als vollstreckt. Dieser Aspekt der Entscheidung wird hier nicht besprochen, zumal er vom BGH nicht beanstandet wurde.

⁸ BGH NSTZ 2009, 342; Besprechung von Volkmer, NSTZ 2009, 371.

unmittelbaren Tatfolge, sondern stelle nur eine vermittelte Schädigung dar, weshalb die fraglichen Richter auch nicht als Verletzte der Tat gelten könnten. Lediglich einen von ihnen sah der BGH dennoch als ausgeschlossen an, allerdings gemäß § 22 Nr. 3 StPO, weil er mit einem unmittelbar Verletzten verwandt war – sein Bruder besaß seinerzeit Grundeigentum in Berlin. Diese Differenzierung mutet auf den ersten Blick seltsam an, stellt man zusätzlich in Rechnung, dass die im Einzelfall geringen und erst in der Masse immensen Überzahlungen den Grundeigentümern schon Anfang 2003 durch Verrechnung mit der damals fälligen Quartalszahlung erstattet worden waren.⁹ Ob und in welcher Form die einzelnen Vermieter die erhaltene Erstattung an ihre Mieter weitergeleitet haben, steht auf einem anderen Blatt; es darf jedenfalls vermutet werden, dass im Falle eines zwischenzeitlichen Mieterwechsels durch die Mehrzahl der Vermieter überhaupt keine Erstattung erfolgte. Die materielle Betroffenheit des zur Miete wohnenden Richters mag von daher eine sehr viel höhere sein als diejenige des nur mit einem Eigentümer verwandten Richters. Die generalisierende Regelung des § 22 Nrn. 1-3 StPO erscheint freilich unumgänglich und sie zieht im Regelfall durchaus zutreffende Grenzen zwischen Richtern, die unbefangen zu urteilen in der Lage sind, und solchen, bei denen eine gewisse Nähe zu Beschuldigten oder Verletzten besteht, die dies jedenfalls nicht mehr uneingeschränkt garantiert. Das schließt nicht aus, in ungewöhnlicheren Konstellationen entgegen der Regelung von § 22 StPO auch völlig unbefangene (wie vermutlich den hier ausgeschlossenen Richter) oder auf der anderen Seite nicht von der Vorschrift ausgeschlossene und dennoch materiell betroffene und damit im Zweifel befangene Richter zu finden. Man stelle sich nur vor, die Nichte eines Richters wäre vergewaltigt worden! Er wäre wegen des fernerer Verwandtschaftsgrades nicht gemäß § 22 Nr. 3 StPO ausgeschlossen. Indes kann hier die – gewöhnliche – Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gemäß § 24 StPO helfen, während man sich für den umgekehrten Fall des in der Sache eigentlich nicht erforderlichen Ausschlusses mit der notwendig unvollkommenen abstrakten Regelung des § 22 StPO abzufinden hat. Die von *Volkmer* angedachte Relativierung, die auf eine Nichtanwendung der Vorschrift hinausläuft, wenn der Richter nur einer von vielen – und zudem geringfügig – Geschädigten ist,¹⁰ kann man nicht gutheißen; ohne Not¹¹ gäbe sie die im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gebotene Klarheit der gesetzlichen Regelung auf.

2. Betrug gegenüber den Anliegern?

In materiell-rechtlicher Hinsicht ließe sich ein Betrug des Angeklagten an zwei Stellen des Ablaufes konstruieren: Einmal gegenüber der Senatsverwaltung durch das Verschweigen der Falschberechnung mit der Folge der Festset-

zung überhöhter Entgeltsätze (dazu sogleich 0.), zum anderen, wie es das LG getan hat, gegenüber den Anliegern. Sie könnten über die Richtigkeit der Entgelthöhe getäuscht worden sein und hätten dann irrtumsbedingt selbstschädigend zu Gunsten der BSR verfügt. In dieser Variante handelt es sich um einen Fall mittelbarer Täterschaft des Angeklagten, denn die eigentlich agierenden Sachbearbeiter der BSR, welche die zahlreichen Bescheide über die konkrete Entgeltspflicht (ggf. per Datenverarbeitung) zu erstellen hatten, wussten nicht, dass sie falsche Zahlen benutzten (den Kreis der Informierten hatte der Angeklagte so klein als möglich gehalten), und handelten daher vorsatzlos. Sie fungierten als (weisungsabhängige) Werkzeuge des sie kraft überlegenen Wissens und Willens beherrschenden Angeklagten. „Seine Position als Organ innerhalb der BSR und sein besonderes Wissen darum, wie die Tarife zustande gekommen sind, verschafften ihm die notwendige Tatherrschaft“, so der BGH wörtlich.¹² Dass der *Senat* im Falle der mittelbaren Täterschaft den Begriff der Tatherrschaft – trotz aller Vorbehalte gegen ihn im Rahmen der Mittäterschaft – benutzt, ist übrigens keineswegs ungewöhnlich, sondern hier schon Tradition.¹³

Trotz der Vielzahl der mittelbar bewirkten Täuschungshandlungen und entsprechenden Vermögensverfügungen wurde der Angeklagte nur wegen einer einzigen Betrugstat verurteilt. Denn er selbst agierte ein einziges Mal, indem er die Genehmigung der Entgelte durch die Senatsverwaltung bewirkte und sie damit zur Grundlage des gesamten weiteren, gleichsam automatisch ablaufenden Geschehens der Entgeltforderung machte. Sein Handeln, das den Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Beurteilung bildet, erschöpfte sich folglich in einem einzigen Steuerungsakt, weshalb der Angeklagte – unabhängig von den Wirkungen seines Verhaltens – auch nur einmal „betrogen“ haben kann.

Einen Schwerpunkt widmet die Entscheidung zu Recht der Frage, ob die Anlieger durch die Zusendung der überhöhten Entgeltrechnungen überhaupt getäuscht wurden. Der BGH sieht hierin eine konkludente Täuschung, die Tarife seien „unter Beachtung der für die Tarifbestimmung geltenden Rechtsvorschriften ermittelt und sie [beruhten] mithin auch auf einer zutreffenden Bemessungsgrundlage“.¹⁴ Denn der Rechtsverkehr erwarte bei Geltendmachung eines Anspruchs eine wahrheitsgemäße Darstellung der für die Beurteilung des Anspruchs wesentlichen Tatsachen, die der Adressat seinerseits nicht ohne Weiteres überprüfen könne.¹⁵ Der BGH wendet damit die gängige Definition zum konkludenten Erklärungsinhalt an. Sie sieht das als miterklärt an, was der Erklärungsempfänger an Informationen nach der allgemeinen Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der

⁹ Berliner Zeitung vom 10.5.2003.

¹⁰ *Volkmer*, NSTZ 2009, 372 f.

¹¹ Denn reine Utopie dürfte es sein, dass sich eines Tages einmal ein Fall ergeben könnte, in welchem sich gar kein nicht ausgeschlossener Richter mehr finden lasse, wie es *Volkmer*, NSTZ 2009, 372, in den Raum stellt.

¹² BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 18.

¹³ Vgl. BGHSt 35, 347 (353); 40, 218 (236); 45, 270 (296); 48, 77 (90); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 172.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 16; zustimmend *Sieweke*, wistra 2009, 342.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 16.

Risikoverteilung des jeweiligen Geschäftstyps als wesentlich für seine Entscheidung erwarten darf.¹⁶

Unberücksichtigt lässt der BGH indes eine Besonderheit des Geschehens, das sich von gewöhnlichen Rechnungslegungen (etwa des Arztes gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung¹⁷) darin unterscheidet, zweistufig zu verlaufen. Denn die Entgeltrechnungen setzten nicht – gewissermaßen aus heiterem Himmel – irgendwelche Beträge fest. Vielmehr berechneten sie das Quartalsentgelt anhand Grundstücksgröße, Reinigungsklasse und Quartalstarif, wobei auf der Rückseite des Anschreibens auf die entsprechenden Rechtsgrundlagen, auch zur Tariffhöhe, verwiesen wurde.¹⁸

Diese Berechnungen erfolgten – für sich betrachtet – vollständig korrekt; lediglich der zu Grunde gelegte Quartalstarif war unzutreffend berechnet worden. Das allerdings war längst zuvor auf der Grundlage von § 7 StrReinG geschehen. Das dabei einzuhaltende Verfahren richtet sich heute nach den §§ 16 f., 22 Berliner Betriebe-Gesetz¹⁹ mit ihren relativ detaillierten Regelungen, während zur Tatzeit lediglich die Genehmigungspflicht der Entgelte nach § 18 Abs. 2 des Berliner Betriebe-Gesetz a.F.²⁰ festgelegt war. Nähere Einzelheiten sind zudem Ziff. 1.2 der im Berliner Amtsblatt veröffentlichten²¹ (und auf der Website der BSR zu findenden²²) Leistungsbedingungen der BSR zu entnehmen. Die festgesetzten und von der Senatsverwaltung genehmigten Tarife werden ihrerseits im Amtsblatt publiziert²³ und sind ebenso online einsehbar.²⁴

Verfahren und Allgemeingültigkeit der Tariffestsetzung lassen nun zweifeln, ob man ihre Richtigkeit noch zum Kommunikationsinhalt zwischen BSR-Sachbearbeiter und Rechnungsempfänger zählen darf. Zum einen waren die Tarife längst bekanntgemacht worden; es läge jedenfalls nahe, die konkludente Behauptung, richtig gerechnet zu haben, erst einmal als Erklärungsgegenstand der *Tariffveröffentlichung*

anzusehen. Wenn sie dann auch noch in jedem einzelnen Rechnungslegungsakt enthalten sein sollte, setzte dies eine entsprechende Erwartung des Verkehrskreises voraus. Man darf aber zweifeln, ob tatsächlich im Regelfall eine solche Erwartung gehegt wurde. Es liegt näher, dass Rechnungsempfänger die einmal festgesetzten Tarife ebenso als gesetzt hinnehmen wie etwa einen gemeindlichen Mietspiegel, mit welchem ihnen gegenüber eine Mieterhöhung begründet wird. Dabei spielt sicherlich auch der äußerlich rechtsnormähnliche Charakter der Tarife eine Rolle. Sie betreffen nicht nur den jeweiligen Erklärungsempfänger (insoweit anders als der betrügerische Kassenarzt, der seine individuellen Leistungen vortäuscht), sondern werden nach dem Wissen des Empfängers gegenüber seinen zahlreichen Schicksalsgenossen in gleicher Weise verwendet.

Nun geht es zwar bei den meisten der üblicherweise als konkludent bezeichneten Erklärungsinhalte (wie die Miterklärung der Zahlungswilligkeit und -fähigkeit bei der Warenbestellung) um Fiktionen und so ließe sich selbstverständlich auch für die Entgelteinforderung eine Miterklärung richtiger Berechnungsgrundlagen fingieren. Im Unterschied zu ihnen *könnten* aber die bislang bekannten Fälle konkludenter Täuschungsinhalte wenigstens zum Erklärungsinhalt werden, weil der Erklärungsempfänger nachfragen könnte („Können Sie denn auch pünktlich bezahlen“) und dann eine informierte (wenn vielleicht auch erlogene) Antwort erwarten dürfte. Würde dagegen der mit einer Entgeltrechnung konfrontierte Anlieger nachfragen („Ist der Tarif denn korrekt?“), könnte er von seinem Gegenüber allenfalls die Entgegnung erwarten, dass es sich um den von Experten kalkulierten, genehmigten und veröffentlichten Tarif handele, den alle zahlen müssten. Der Umstand richtiger Tariffestsetzung zählt von daher realistischweise nicht mehr zu dem, was der Empfänger noch als Erläuterung im Rahmen der Rechnungszusendung erwarten dürfte. Wollte man sie in dieser Situation dennoch als konkludent miterklärten Umstand jeder einzelnen Entgeltabrechnung ansehen, fingierte man deshalb im Grunde zweimal: Zum einen, *dass* eine solche Erklärung (die ja tatsächlich fehlt), als gegeben gelten soll, zum anderen, dass sie im Rahmen der konkreten Kommunikationsbeziehung überhaupt gegeben werden *könnte* (was nicht der Fall ist). Diese Bedenken lassen sich auch nicht mit dem Hinweis auf die mittelbare Täterschaft des Angeklagten entkräften; erklärt wird dennoch seitens der rechnungsausstellenden Sachbearbeiter und nur, was man *ihnen* an Erklärungsinhalt zuschreiben kann, ist der strafrechtlichen Bewertung zugänglich.

3. Betrug gegenüber der Senatsverwaltung

Eine Notwendigkeit, sich auf einen derart weit reichenden Erklärungsinhalt einzulassen, bestand zudem gar nicht, da ein Betrug bereits anlässlich der Tariffestsetzung vorliegt. Der Senat erwägt diese Alternative zwar und hält sie sogar für vorrangig gegenüber den einzelnen Rechnungsstellungen, die ggf. mitbestrafte Nachtaten seien. Er geht ihr aber nicht nach, weil der Angeklagte demgegenüber durch den erfolgten

¹⁶ Vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 14/15; *Lackner*, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 28 ff.; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 119. Lieferung, Stand: September 2009, § 263 Rn. 42 ff.; *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, 2009, Rn. 1200.

¹⁷ BGHR § 263 Abs. 1 StGB Täuschung 9, 11 und 12 (Täuschungen über Vornahme und Indikation der Behandlung sowie Angemessenheit der Honorarforderung).

¹⁸ LG Berlin, Urt. v. 3.3.2008 – (514) 3 Wi Js 1361/02 KLS (9/04), Rn. 42.

¹⁹ Berliner Betriebe-Gesetz vom 14.7.2006, GVBl. S. 827.

²⁰ Berliner Betriebe-Gesetz vom 9.7.1993, GVBl. S. 319.

²¹ Derzeitige Fassung siehe ABl. Nr. 58 vom 30.12.2008, S. 2797.

²² http://www.bsr.de/bsr/download/aktuelle_Leistungsbedingungen.pdf (1.10.2009).

²³ Derzeitige Fassung ABl. Nr. 58 vom 30.12.2008, S. 2807.

²⁴ http://www.bsr.de/bsr/download/aktuelle_Tarife.pdf (1.10.2009).

Schuldpruch nicht beschwert sei.²⁵ Ganz so einfach liegen die Dinge aber wohl nicht. Wenn nämlich die abgeurteilte Tat der Konsumtion als mitbestrafte Nachtat unterfiele, so hätte der Angeklagte wegen ihr schlicht nicht verurteilt werden dürfen. Eine Ausnahme lässt die Rspr. nur zu, wenn eine Verurteilung der Vortat nicht mehr möglich ist, gleich aus welchem Grunde²⁶ (z.B. wegen eingetretener Verjährung oder nicht rücknehmbarer Verfahrenseinstellung). Dass der Angeklagte wegen der Vortat nur nicht bestraft wird (weil etwa Staatsanwaltschaft oder Strafkammer sie nicht als strafbar erkannt hatten), eröffnet jedenfalls nicht die Strafbarkeit der Nachtat, solange die Bestrafung der Vortat noch nachgeholt werden kann. Und der Umstand, dass der BGH nicht auf deren Verjährung hinweist, lässt immerhin erahnen, dass sie noch verfolgbar wäre, wenngleich die Frage ohne Einblick in die Verfahrensakten nicht abschließend beantwortet werden kann.

Wenn eine Betrugsvortat gegenüber der Senatsverwaltung noch verfolgt werden könnte, so bedürfte insoweit vor allem das Merkmal des (Dritt-)Vermögensschadens näherer Betrachtung. Getäuscht hatte der Angeklagte durch die Vorlage falsch berechneter Tarife; eine im irrigen Glauben an die Richtigkeit der Rechnung veranlasste Vermögensverfügung kann man in der Genehmigung der Tarife sehen, sofern sich dadurch unmittelbar²⁷ die Vermögenslage zu Lasten der Senatsverwaltung oder ihrem „Lager“²⁸ zuzurechnender Dritter verschob. In diesem Zusammenhang weist der Senat auf die Besonderheit hin, dass die BSR auf Grund ihrer Stellung gegenüber den Anliegern zu einseitiger Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB berechtigt war.²⁹ Wegen der Ermächtigung, die Höhe der seitens der Anlieger zu erbringenden Leistung zu bestimmen, kann man die – an sich auf der Gegenseite stehende – Senatsverwaltung in der Tat dem Lager der Anlieger zurechnen.³⁰

Zur Frage des Eintritts eines (Gefährdungs-)Schadens befinden sich die Senate des BGH zurzeit in einer Auseinandersetzung. Sie findet zwar vorwiegend im subjektiven Tatbestand statt, nimmt ihren Ursprung aber in der wenig präzisen

Bestimmbarkeit eines Schadens im Vorfeld der vom Täter angestrebten (oder auch nur in Kauf genommenen) endgültigen Vermögensverschiebung.³¹ Wenn man – ohne auf den Streit an dieser Stelle näher eingehen zu wollen – der zutreffenden Linie des I. Senats folgt, wonach eine Gefährdung dann Schadensqualität erreicht, wenn schon sie allein nach wirtschaftlichen Maßstäben zu einer geringeren Bewertung des Vermögens führt,³² so müsste bereits die Tarifgenehmigung durch die Senatsverwaltung zu einer Reduzierung des Anliegervermögens führen. Eine solche Vermögensreduzierung aber ließe sich durchaus begründen: Auf den Verkehrswert eines Grundstückes nimmt stets Einfluss, welche Lasten auf ihm ruhen. Mit der Genehmigung der Entgelttarife wird der Immobilienmarkt die betreffende Straßenreinigungslast bei der Wertbestimmung des Grundstücks in Rechnung stellen, und zwar ohne zu fragen, ob diese Entgelte auch richtig errechnet wurden. Eine Fehlberechnung gilt gemeinhin als äußerst unwahrscheinlich und jedenfalls als kaum erweisbar, weshalb jede Bewertung unter wirtschaftlichen Aspekten zunächst einmal davon ausgehen muss, der Anlieger werde der Tariffestsetzung entsprechend zu zahlen haben.

Liegt demzufolge (schon) ein Betrug gegenüber der Senatsverwaltung zum Nachteil der Anlieger vor, so träte ihm gegenüber der ohnehin zweifelbehaftete Betrug gegenüber den Anliegern als mitbestrafte Nachtat zurück und die gesamte Konstruktion von Strafkammer und Senat bräche in sich zusammen.

4. Konkurrenz zu den §§ 352, 353 StGB

Vergleichsweise breiten Raum widmet der Senat einem fraglichen Spezialitätsvorrang der §§ 352, 353 StGB, die er zwar nicht als verwirklicht ansieht,³³ deren Sperrwirkung aber offenbar seitens der Revision geltend gemacht worden war.

Die Abgabenüberhebung (§ 353 Abs. 1 StGB³⁴) verlangt nicht nur die wissentlich unrechtmäßige Erhebung von Abgaben, sondern zugleich deren Nichtabführung an die öffentlichen Kassen. Demgegenüber hatte der Angeklagte die überhöhten Entgelte sehr wohl in die Kasse der BSR fließen lassen, womit der zweite Unrechtsteil des Tatbestandes fehlt. Da es sich um einen Tatbestand mit eigenständigem Unrechtsgehalt handelt, der zudem gegenüber den §§ 263, 266 StGB eine erhöhte Mindeststrafe aufweist, handelt es sich mitnichten um eine Privilegierungsvorschrift,³⁵ die selbst im Falle ihres Nichtvorliegens einer Betrugsbestrafung entgegenste-

²⁵ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 19.

²⁶ BGHSt 38, 366 (399); zustimmend Roxin (Fn. 13), § 33 Rn. 237 ff. Im Schrifttum werden z.T. weitergehende Positionen vertreten, etwa dass die Verjährung der Vortat auch die Strafbarkeit der unverjährten Nachtat hindere, vgl. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), vor § 52 Rn. 136; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 736.

²⁷ Zu diesem Erfordernis Perron (Fn. 16), § 263 Rn. 61 f.; BGHSt 14, 171; *Heghmanns* (Fn. 16), Rn. 1236 ff.

²⁸ Zur herrschenden „Lagertheorie“ und ihren Alternativen *Heghmanns* (Fn. 16), Rn. 1241 ff.; *Perron* (Fn. 16), § 263 Rn. 66; BGHSt 18, 221 (223 f.).

²⁹ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 19.

³⁰ Selbst die sog. „Ermächtigungstheorie“ käme deshalb zur Annahme des für ein Auseinanderfallen von Verfügendem und Geschädigtem notwendigen Näheverhältnis, vgl. *Schünemann*, GA 1969, 46 (53); *Schünemann/Roxin*, JuS 1969, 372 (375); *Hoyer* (Fn. 16), § 263 Rn. 144 ff.

³¹ Zu den Einzelheiten vgl. die ausführliche Darstellung von *Brüning*, ZJS 2009, 300 ff.

³² Zuletzt BGH NJW 2009, 2390 (2391); vgl. ferner *Heghmanns* (Fn. 16), Rn. 1259.

³³ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 10-13.

³⁴ Die Leistungskürzung (§ 353 Abs. 2 StGB) betrifft die Auszahlung staatlicher Leistungen an den Bürger und ist deshalb nicht einschlägig.

³⁵ Zugunsten des BGH, der explizit anderes sagt (Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 13: „Die Privilegierungstatbestände der §§ 352, 353 [...]“, siehe ferner das unter II. 0. wiedergegebene Zitat), mag man ein Versehen bei der Entscheidungsabfassung annehmen.

hen könnte (wie etwa § 113 StGB, dessen Nichtvorliegen zugleich das Grunddelikt des § 240 StGB sperrt).

Etwas anders liegt es bei der Gebührenüberhebung nach § 352 StGB. Für sie genügt zwar die wesentlich überhöhte Erhebung einer Gebühr oder Vergütung. Jedoch muss es sich um Vergütungen handeln, die der Amtsträger zu *seinem* Vorteil (und nicht der BSR) zu erheben hatte. Eine solche Konstellation findet man beispielsweise beim Notar, der Gebühren für seine Amtshandlungen zu Gunsten seiner (und nicht irgendeiner behördlichen) Kasse in Rechnung stellt. Der BGH erwägt noch die Möglichkeit, die Erhebung zum eigenen Vorteil als (fehlendes) persönliches Merkmal dem Angeklagten über § 14 Abs. 1 StGB zuzurechnen, lehnt dies aber weniger aus dogmatischen denn aus ergebnisorientierten, kriminalpolitischen Erwägungen ab.³⁶ Hintergrund ist der Umstand, dass es sich bei § 352 StGB um eine Privilegierungsvorschrift handelt, die dem Amtsträger für ein Verhalten, welches andernfalls als Betrug mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zu ahnden wäre, nur maximal ein Jahr Freiheitsstrafe androht.³⁷ Warum ausgerechnet der Amtsträger gegenüber dem „normalen“ Betrüger privilegiert sein sollte, ist in der Tat heute kaum noch zu rechtfertigen, wenn das Handeln in amtlicher Eigenschaft andernorts regelmäßig als Qualifikations- oder Strafschärfungsgrund auftaucht (§§ 240 Abs. 4 Nr. 3, 258a, 263 Abs. 3 Nr. 4 StGB).³⁸ Gleichwohl befremden derartige, vom BGH angestellte Erwägungen bei der Auslegung bzw. Anwendung einer Bestimmung wie § 14 Abs. 1 StGB. Möglicherweise wollte der *Senat* aber einem anderen Gedanken folgen und hat nur versäumt, sich hinreichend klar auszudrücken. Die Funktion von § 14 Abs. 1 StGB ist es, besondere persönliche Eigenschaften, die ein Straftatbestand verlangt und welche dem Täter fehlen, von einem von ihm vertretenen Verband, der die fraglichen Eigenschaften aufweist, fiktiv auf den Täter zu übertragen. Wenn beispielsweise eine GmbH überschuldet ist, so kann ihr Geschäftsführer nach § 283 StGB bestraft werden, obschon er persönlich das Tatbestandsmerkmal „bei Überschuldung“ nicht erfüllt, weil § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erlaubt, so zu tun, als sei die Überschuldung der GmbH seine eigene. Das fragliche, beim Angeklagten fehlende Tätermerkmal in § 352 StGB wäre die Befugnis, „Vergütungen zu seinem Vorteil zu erheben“. Allerdings darf diese Befugnis nicht isoliert betrachtet werden, weil sie für sich genommen kein besonderes persönliches Merkmal *aller* Täter darstellt. Vielmehr gelangt sie nur für solche Tätergruppen zur Anwendung, die ihrerseits bereits durch ein anderes persönliches Merkmal, nämlich die Amtsträgerschaft, charakterisiert sind. Es handelt sich also um ein Merkmal zur Beschreibung der Untergruppe

einer Untergruppe der Bevölkerung. Würde man nun alleine das eine Kriterium über § 14 Abs. 1 StGB ersetzen, ohne gleichzeitig das andere Merkmal zu berücksichtigen, so entstünde die kuriose Situation, dass das Merkmal der Amtsträgerschaft seine Selektionsfunktion verlöre. Das mag man sich an einem fiktiven Beispiel vor Augen führen: Nehmen wir einmal an, ein Tatbestand bestrafe „ausländische stahlproduzierende Unternehmer“, die ungenehmigt Waren einführen. Der australische Geschäftsführer einer (deutschen) stahlproduzierenden GmbH lässt diese nun ungenehmigt derartige Waren importieren. Da er selbst das Merkmal „ausländisch“ erfüllt, könnte man auf die Idee verfallen, nur die ihm fehlende Unternehmereigenschaft der GmbH („stahlproduzierender Unternehmer“) über § 14 Abs. 1 StGB zuzurechnen. Damit hätte er den Tatbestand in seiner Person verwirklicht – und man läge komplett falsch, denn besagter Tatbestand will schließlich nicht jedes Stahlunternehmen erreichen, sondern nur ausländische, und hier handelte ein deutsches Unternehmen. Es wäre also erforderlich, dass der fragliche Verband von mehreren kumulativ wirkenden Komponenten persönlicher Merkmale („stahlproduzierendes Unternehmen“ und „ausländisch“) alle zugleich erfüllt, bevor man daran gehen kann, seinen real handelnden Organen Fehlendes über § 14 Abs. 1 StGB zuzuschreiben. Wendet man diese Erkenntnis nun auf die BSR an, so ist festzustellen, dass dieser Verband zwar „Vergütungen [...] zu seinem Vorteil zu erheben hat“, aber nicht Amtsträger ist (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Übertrüge man deshalb allein das Merkmal der Vergütungserhebungsbefugnis auf den Angeklagten (weil dieser schon Amtsträger ist), so weitete man den Anwendungsbereich von § 352 StGB ebenso planwidrig aus, wie bei der Norm in dem fiktiven Stahlproduktionsbeispiel. Denn § 352 StGB ist auf Amtsträger zugeschnitten, die wegen des besonderen Anreizes handeln, sich *persönlich* zu bereichern. Dieser starke Anreiz fehlt dem, der stattdessen nur „seine“ Behörde bereichern will. Im Ergebnis liegt der *Senat* daher richtig, wenn er § 352 StGB verneint; nur seine Begründung bleibt missverständlich.

Mit dieser Erkenntnis fällt es nun auch leichter, eine Sperrwirkung von § 352 StGB abzulehnen. Während der *Senat* hierzu erneut recht starke Worte bemühen muss („Die Pönalisierung einer täuschungsbedingten Schädigung [...] entfällt nicht deshalb, weil für Sonderformen des Betruges überkommene Privilegierungstatbestände zugunsten einzelner Berufsgruppen fortbestehen“³⁹), kann man schlicht darauf verweisen, dass das Verhalten des Angeklagten sich von vorneherein gar nicht im Anwendungsfeld des § 352 StGB bewegte, weil er nicht zu den betroffenen Täterkreisen zählt und folglich auch die Privilegierungswirkung nicht für sich in Anspruch nehmen kann.

5. Strafzumessung

Zur Aufhebung des Strafausspruches führt der *Senat* zwei angebliche Defizite des landgerichtlichen Urteils an, die freilich ein wenig konstruiert anmuten.

³⁶ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 11.

³⁷ BGHSt 2, 35 (36).

³⁸ Kritisch auch *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 81 Rn. 8; *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 352 Rn. 2; *Rolf Keller*, JR 1989, 77 f.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 352 Rn. 2; BGH NJW 2006, 3219 (3221).

³⁹ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 11.

Zum einen soll die Strafkammer den hohen Schaden von 23 Mio. € strafscharfend gewertet, dabei aber nicht berücksichtigt haben, dass nach gewöhnlichem Lauf der Dinge der eingetretene Schaden bei den folgenden Abrechnungsperioden wieder ausgeglichen worden wäre. Denn die erzielten Mehreinnahmen hätten in die nächsten Aufwandskalkulationen einfließen und so zu einer Senkung der Quartalarstarife führen müssen.⁴⁰ Der Schaden konnte daher nur als ein solcher auf Zeit, als ein vorübergehender Liquiditätsverlust (bzw. -zuwachs bei der BSR) eintreten. Das spräche in der Tat für die Notwendigkeit, die Strafe noch weiter zu mildern, stünden nicht zwei Argumente dagegen: Einerseits hätte sich der fragliche Zeitraum des Liquiditätsentzuges nicht nur über ein paar Wochen oder Monate, sondern vermutlich über mehrere Jahre erstreckt, womit er unter wirtschaftlichem Aspekt nahe an einen Dauerschaden heranrückt. Andererseits – und viel gravierender – wiegt, dass die Strafkammer den tatsächlich erfolgten Schadensausgleich Anfang 2003⁴¹ bereits strafmildernd gewertet hatte.⁴² Welchen revisionsrechtlich rückbaren Einfluss darüber hinaus der Umstand eines im Tatverlauf angelegten, viel später eintretenden Schadensrückflusses auf die Strafzumessung haben sollte, erschließt sich ohne Weiteres nicht. Je länger sich der Schadensausgleich hinzog, desto unvollkommener würde er zudem ausfallen. Denn wegen der unausweichlichen Fluktuationen im Kreis der Grundeigentümer kämen mit zunehmender Zeitdauer immer weniger der ursprünglich Geschädigten und an ihrer Stelle ihre – nicht geschädigten – Rechtsnachfolger in den Genuss niedriger Beiträge.

Geradezu widersprüchlich mutet der zweite Vorwurf des *Senats* gegenüber der Strafkammer an: Sie hätte davon auszugehen gehabt, „dass im Bereich des Betrugs im Rahmen uneigentlicher Gebührenüberhebungen der Blick auf die hier nicht erfüllten, aber angesichts des verlangten materiellen Eigennutzes verwerflicheres Handeln voraussetzende[n] Privilegierungstatbestände der §§ 352, 353 StGB⁴³ für sich eine mildernde Berücksichtigung nahe legt.“⁴⁴ Der *Senat* fordert damit eine systemkonsistente Einordnung der Tat schwere in das Spektrum der Bewertungen, die das StGB für vergleichbares Verhalten bietet. Wenn ein noch unrechtsbelastenderes Verhalten als das des Angeklagten privilegiert werde, so dürfe dieser nicht benachteiligt werden, weil er „nur“ betrogen habe. Das ist an sich ein richtiger Gedanke, der sich freilich nicht mit der § 352 StGB zuvor attestierten „rechtspolitischen Fragwürdigkeit“⁴⁵ verträgt. Hält man, wie es der *Senat* offenkundig tut, § 352 StGB für ein schlechtes Gesetz, so ändert das zwar nichts daran, dass der an das Ge-

setz gebundene Richter es anzuwenden hat. Wenn ein solcher Tatbestand aber wie hier gar nicht anwendbar ist, so ist es jedenfalls nicht zwingend geboten, seine Existenz im Rahmen systematischer Erwägungen bei der Auslegung einer anderen Norm zu berücksichtigen. Das zu tun hieße, der Systematik im Rahmen des Kanons der Auslegungsmethoden ausnahmslosen Vorrang einzuräumen. Das aber ist jedenfalls dort nicht geboten, wo eine Norm wie § 352 StGB ihrerseits eine ansonsten ausgewogene Systematik des Gesetzes durch ihre unangemessen milde Rechtsfolge aus dem Gleichgewicht bringt.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass an sich ein besonders schwerer Fall gemäß § 263 Abs. 3 Nrn. 2 und 4 StGB vorläge. Schon dessen Anwendung hatte die Strafkammer angesichts der Tatfolgen für den Angeklagten und des überwiegend ausgeglichenen Schadens im Rahmen einer Gesamtwürdigung ausgeschlossen.⁴⁶ Unerfindlich bleibt, aus welchen Gründen der *Senat* meint, ausgerechnet diesen Angeklagten darüber hinaus noch weiter schonen zu müssen. Immerhin war erst vor kurzem die Entscheidung ergangen, ab einem Steuerhinterziehungsschaden in (einfacher) Millionenhöhe die Verhängung einer aussetzungsfähigen Strafe i.d.R. auszuschließen.⁴⁷ Eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten (immerhin wegen Betruges) bei einer Schadenshöhe von 23 Mio. € erscheint vor diesem Hintergrund selbst in Ansehung der beträchtlichen Strafmilderungsgründe nicht als so unangemessen, dass man den tatrichterlichen Strafzumessungsspielraum als überschritten ansehen und mit zudem schwachen Argumenten revisionsgerichtlich einschreiten müsste.

III. Gesamtbewertung

Die Entscheidung ist wegen der Vielzahl der von ihr angesprochenen Probleme und wegen ihres zeitgeschichtlich nicht unbedeutenden Hintergrundes lesenswert, zumal man an ihr die Fähigkeit zur kritischen Betrachtung vordergründig schlüssig erscheinender Argumentationen erproben und schulen kann. Ein „scharfes Schwert gegen etliche, bisher lediglich als unerträglich empfundene manipulierte Abrechnungen“⁴⁸ wird das Urteil hoffentlich nicht werden. Dazu fordert es an zu vielen Stellen Widerspruch heraus. Und wenn das LG Berlin sich – wohl unnötig – ein weiteres Mal mit der Strafzumessungsentscheidung herumzuschlagen hat, so stellt selbst das konkrete Ergebnis kaum zufrieden.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 24 f.

⁴¹ Siehe oben unter II. 0.

⁴² BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 25.

⁴³ Welche Bedeutung der Hinweis des *Senats* auf § 353 StGB in diesem Kontext hat, ist angesichts des Umstandes, dass dieser Tatbestand gar keine Privilegierung bietet, nicht zu erkennen.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 26.

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 11, dazu oben unter II. 0.

⁴⁶ LG Berlin, Urt. v. 3.3.2008 – (514) 3 Wi Js 1361/02 KLS (9/04), Rn. 251-257.

⁴⁷ BGHSt 53, 71 (86).

⁴⁸ *Bittmann*, NJW 2009, 2903.

Entscheidungsbesprechung

Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung

Den Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts kann eine Garantenpflicht treffen, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden. (Amtlicher Leitsatz)

StGB § 13

BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08*

I. Sachverhalt

Der Angeklagte W war als Volljurist seit Anfang 1998 Leiter des Stabsbereichs Gremienbetreuung sowie Leiter der Rechtsabteilung bei den Berliner Stadtreinigungsbetrieben (BSR). Zwischen 2000 und 2002 war ihm zudem die Innenrevision unterstellt. Den BSR, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, oblag die Straßenreinigung mit Anschluss- und Benutzungszwang für die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Die Rechtsverhältnisse waren zwar privatrechtlich ausgestaltet; für die Bestimmung der Entgelte galten jedoch das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip als öffentlich-rechtliche Grundsätze der Gebührenbemessung. Nach den Regelungen des Berliner Straßenreinigungsgesetzes hatten die Anlieger 75 % der angefallenen Kosten für die Straßenreinigung zu tragen; 25 % der Kosten verblieben beim Land Berlin. Die Aufwendungen für die Reinigung der Straßen ohne Anlieger musste das Land Berlin in vollem Umfang tragen. Bei der Berechnung der Entgelte der Tarifperiode 1999/2000 wurden infolge eines Versehens auch diejenigen Kosten für die Straßen zu 75 % einbezogen, für die es keine Anlieger gab, die also das Land Berlin hätte vollständig alleine tragen müssen. Die Berechnung erfolgte durch eine von W geleitete Kommission. Nachdem die fehlerhafte Berechnung von den BSR erkannt worden war, wollte die für die Entgeltmittlung für die folgende Abrechnungsperiode 2001/2002 eingesetzte interne Projektgruppe den Fehler korrigieren. Auf Weisung des früheren Mitangeklagten G wurde dies unterlassen. W gehörte dieser Projektgruppe zwar nicht an, erlangte aber durch einen ihm direkt unterstellten Mitarbeiter Kenntnis davon, dass G den Fehler so „laufen lassen wolle“. Auch nahm W an den Sitzungen der Projektgruppe sporadisch teil und führte bei der Sitzung des Aufsichtsrates Protokoll, in der die unrichtig berechneten Tarife von G vorgestellt und vom Aufsichtsrat schließlich gebilligt wurden. Obwohl es ihm möglich gewesen wäre, unterrichtete W in der Folgezeit weder seinen unmittelbaren Vorgesetzten noch ein Mitglied des Aufsichtsrates der BSR. Von den Eigentümern der Anliegergrundstücke wurden so um insgesamt 23 Millionen Euro überhöhte Entgelte verlangt, die auch überwiegend bezahlt wurden.

Das Landgericht hat das Verhalten des G als einheitlichen Betrug in mittelbarer Täterschaft gewertet. W verurteilte es wegen Beihilfe durch Unterlassen hierzu. Seine Garantenstel-

lung ergebe sich daraus, dass er als Leiter der Tarifkommission den Bewertungsfehler in der vorhergehenden Periode zu vertreten gehabt habe und dessen Behebung in der folgenden Tarifperiode hätte veranlassen müssen. Zudem komme ihm als Leiter der Innenrevision eine Garantenstellung zu.

Die Revision des W blieb ohne Erfolg.

II. Einführung und Problemstellung

Das Urteil des in Leipzig ansässigen 5. Strafsenats des BGH ist für einige Aufregung gut. Es trifft zum ersten Mal eine höchstrichterliche Aussage zur Garantenpflicht des sog. „Compliance-Officers“, die gleichsam „nebenbei“ als „regelmäßig“ gegeben bejaht wird. Intrikat ist diese Aussage auch deshalb, weil der Angeklagte im gegenständlichen Verfahren überhaupt nicht Compliance-Officer, sondern lediglich an maßgeblicher Stelle innerhalb einer Anstalt des öffentlichen Rechts positioniert war. Auch seine Garantenpflicht bejaht der BGH freilich in teilweisem Anschluss an die Argumentation des Landgerichts.

Unter praktischen Gesichtspunkten ist die Entscheidung auch deshalb von immenser Bedeutung, weil sie den immer zahlreicher werdenden Rechtsanwältinnen, die in der Compliance-Beratung tätig sind, scharfe Munition an die Hand gibt, scheint doch die umstrittene Frage nach der Haftung des Compliance-Officers wegen Unterlassens höchstrichterlich entschieden.

Aber auch die Ausbildungsrelevanz im juristischen Studium sollte keinesfalls unterschätzt werden. Der BGH trifft grundlegende Aussagen zu den Voraussetzungen einer Garantenpflicht aufgrund der rechtlichen Position des Betroffenen und präzisiert deren Voraussetzungen in Fortentwicklung seiner Rechtsprechung für einen anspruchsvollen und in der Literatur äußerst umstrittenen Bereich an der Schnittstelle von allgemeiner Strafrechtsdogmatik und Unternehmensstrafrecht.

Das Urteil stellt bereits die dritte Entscheidung zum Komplex BSR dar. Während ein erster Beschluss des 5. Senats¹ sich mit der einigermaßen kuriosen – und hier nicht weiter interessierenden – Besonderheit auseinanderzusetzen hatte, dass drei der zur Entscheidung berufenen Richter als in Berlin ansässige Mieter möglicherweise gem. § 22 Nr. 1 StPO als Verletzte der Tat von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen waren,² hatte der zweite Beschluss³ die Strafbarkeit des Haupttäters G zum Gegenstand.⁴ Da die vom BGH angenommene Teilnahmestrafbarkeit des W nach allgemeinen Grundsätzen der Beteiligungsdogmatik akzessorisch zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des G ist, soll im Folgenden (unter III.) zunächst noch ein kurzer Blick auf die Belastbarkeit der diesbezüglichen höchstrichterlichen Argumentation geworfen werden. Im Anschluss hieran (unter IV.)

¹ BGH, Beschl. v. 24.3.2009 – 5 StR 394/08 (= NStZ 2009, 342).

² Vgl. hierzu *Heghmanns*, ZJS 2009, 706 f. unter II. 1.

³ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08 (= NJW 2009, 2900).

⁴ Vgl. auch hierzu zunächst ausführlich *Heghmanns*, ZJS 2009, 706 ff.

* BGH NJW 2009, 3173; zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.

ist sodann die Begründung der Strafbarkeit des W genauer zu untersuchen. Die Ausführungen schließen mit einer kurzen Zusammenfassung zu Bedeutung und Relevanz des Urteils für Studium und Praxis (V.) und weiterführenden Literaturhinweisen (VI.).

III. Die täterschaftliche Verantwortlichkeit des G – BGH, Beschl. v. 9.6.2009

Obwohl der *Senat* die Möglichkeit sieht, eine Strafbarkeit des Angeklagten G wegen unmittelbar täterschaftlich verwirklichten (Dreiecks-)Betruges gem. §§ 263, 25 Abs. 1 Var. 1 StGB gegenüber der Senatsverwaltung zum Nachteil der Anlieger bereits durch die Tariffestsetzung selbst zu begründen,⁵ lässt er die Frage letztlich offen, „weil der Angeklagte durch die Annahme eines Betruges in mittelbarer Täterschaft jedenfalls nicht beschwert ist.“⁶ Diese für den BGH nicht untypische Vorgehensweise ist unter pragmatischen Gesichtspunkten natürlich effektiv: In der Tat macht es für die Anwendung des Strafrahmens keinen Unterschied, ob bei der Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des G die Beteiligungsform unmittelbare (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB) oder mittelbare (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) Täterschaft angenommen wird.⁷ In der gutachterlichen Fallbearbeitung kann man es sich so einfach freilich nicht machen: Prüft man den Sachverhalt schulmäßig, so sind im Hinblick auf die strafrechtliche Relevanz der Verhaltensweisen der einzelnen Beteiligten auch sämtliche dieser Verhaltensweisen zu erörtern. Im vorliegenden Fall wäre also zunächst die strafrechtliche Verantwortlichkeit des G für die Tariffestsetzung durch die Senatsverwaltung⁸ und sodann diejenige für die unzutreffenden Rechnungsstellungen durch die Sachbearbeiter der BSR⁹ zu erörtern. Kommt man hinsichtlich beider Anknüpfungspunkte zu einer schuldhaften Verwirklichung des Betrugstatbestandes, ist die endgültige Strafbarkeit sodann unter Konkurrenzgesichtspunkten zu klären.¹⁰ Der BGH kümmert sich hierum freilich nicht, sondern belässt es bei der argumentativen Unterfütterung der Strafbarkeit des G wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, indem er hinsichtlich dessen relevanter Tathandlung an die

Bewirkung der Genehmigung der Entgelte durch die Senatsverwaltung anknüpft.¹¹ Bezugsgegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs ist also ein einziger kausaler Steuerungsakt¹² und dieselbe Tathandlung, die auch den Vorwurf unmittelbarer Täterschaft begründet. Da die „eigentliche Betrugshandlung“¹³ mit der Absendung der Zahlungsanforderungen an die anspruchspflichtigen Anlieger durch die mit der Rechnungsstellung und Forderungseinziehung befassten gutgläubigen (vorsatzlosen) Sachbearbeiter vorgenommen worden sei, habe G sich jedoch als mittelbarer Täter wegen Betruges strafbar gemacht. Es handelt sich also um einen klassischen Fall mittelbarer Täterschaft kraft Irrtumsherrschaft¹⁴ und nicht etwa um eine Konstellation der in Fällen ähnlicher Art vom BGH gerne bemühten mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft¹⁵. Dass der BGH hier davon spricht, dass G die „notwendige Tatherrschaft“¹⁶ inne hatte, also objektiv i.S.d. herrschenden Täterlehre und nicht subjektiv argumentiert, spiegelt durchaus die bei der Begründung mittelbarer Täterschaft schon seit geraumer Zeit immer geringer werdende Kluft zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur wider.¹⁷

Damit bleibt hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des G festzuhalten: G ist entweder strafbar wegen Betruges in *mittelbarer* Täterschaft gem. §§ 263, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, weil er die unzutreffenden Rechnungsstellungen durch die gutgläubigen Sachbearbeiter der BSR zu verantworten hat oder er ist strafbar wegen Betruges in *unmittelbarer* Täterschaft gem. §§ 263, 25 Abs. 1 Var. 1 StGB, weil er die Genehmigung der Entgelte durch die Senatsverwaltung bewirkt hat.

IV. Die Strafbarkeit des W als Teilnehmer – BGH, Urt. v. 17.7.2009

1. Die Ansicht des BGH

Nach Ansicht des BGH kann W lediglich Gehilfe des G gewesen sein. Dabei hält der *Senat* sich nicht mit einer Problematisierung der Beteiligungsform auf, sondern übernimmt ohne Weiteres die Wertung des Landgerichts.¹⁸ Eine täterschaftliche Verwirklichung des Betrugstatbestandes scheidet für den BGH in Übereinstimmung mit der Argumentation des Landgerichts aus, da W lediglich mit Gehilfenvorsatz gehandelt und sich dem Haupttäter G ersichtlich untergeordnet habe.¹⁹ Auch lasse sich ein aktives Tun des Angeklagten zwar nicht zweifelsfrei feststellen, es liege jedoch Beihilfe

⁵ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 19. I.d.S. im Ergebnis in der Tat *Heghmanns*, ZJS 2009, 708 f. unter II. 3.

⁶ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 19.

⁷ Im Hinblick auf die *Zulässigkeit der Bestrafung* macht es freilich durchaus einen Unterschied, vgl. *Heghmanns*, ZJS 2009, 709 unter II. 3.

⁸ Es handelt sich um einen Dreiecksbetrug, da Täuschungsopfer (Mitglieder der Senatsverwaltung) und Schädigungsoffer (Anlieger) nicht identisch sind. Zur Frage des insoweit in Frage kommenden Gefährdungsschadens vgl. *Heghmanns*, ZJS 2009, 709 unter II. 3.

⁹ Zur dogmatischen Tragfähigkeit der Annahme einer konkludenten Täuschung in diesem Fall krit. *Heghmanns*, ZJS 2009, 707 f. unter II. 2.

¹⁰ Selbst der BGH geht davon aus, dass der (abgeurteilte) Betrug in mittelbarer Täterschaft als mitbestrafte Nachtat konsumiert würde, vgl. BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 19.

¹¹ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 18.

¹² Das betont zu Recht auch *Heghmanns*, ZJS 2009, 707 unter II. 2.

¹³ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 18.

¹⁴ Hierzu grds. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 25 Rn. 61 ff.

¹⁵ Zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft *Roxin* (Fn. 14), § 25 Rn. 105 ff. m.w.N.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 18.

¹⁷ Das ist z.B. bei der Beihilfe anders, vgl. noch unten IV. 2. b).

¹⁸ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 6.

¹⁹ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 6, 31.

durch Unterlassen vor, da W eine Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB inne gehabt habe.²⁰ Diese Garantenstellung ergebe sich zwar – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht bereits aus der Tatsache, dass W Leiter der Tarifkommission gewesen sei und deshalb den Berechnungsfehler in der vorangegangenen Tarifperiode zu vertreten gehabt habe.²¹ Zu Recht habe das Landgericht die Garantenstellung aber aus der Stellung des W als Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision hergeleitet.²²

2. Analyse des Urteils

Das Urteil des BGH wirft eine Reihe von Fragen auf, auf die die Richter nur zum Teil eingehen. Im Ergebnis lässt sich die Annahme einer Beihilfe durch Unterlassen freilich gut vertreten²³:

a) Die Begehungsform: Tun oder Unterlassen

Während bei dem früheren Mitangeklagten G mit der Anweisung, die Berichtigung des ursprünglichen Berechnungsfehlers zu unterlassen, an ein aktives Tun angeknüpft werden konnte,²⁴ ließ sich für W die Strafbarkeit wegen eines Begehungsdeliktes offenbar nicht annehmen. Die auf einem Versehen beruhende unrichtige Festsetzung der Entgelte für die Tarifperiode 1999/2000 kann eine im Rahmen des Betruges allein in Betracht kommende Vorsatzstrafbarkeit nicht begründen; die Tatsache, dass W an den Sitzungen der neuen Projektgruppe sporadisch teilnahm und bei der Sitzung des Aufsichtsrates Protokoll führte, erfüllt den Tatbestand wegen eines durch aktives Tun begangenen Betruges ebenfalls nicht. Damit blieb nur die Möglichkeit, das Nichtstun des W nach der Anweisung des G, die fehlerhafte Berechnung nicht zu korrigieren, auf seine strafrechtliche Relevanz hin zu untersuchen. Damit gerät dann – zunächst unabhängig von der Beteiligungsform – eine mögliche Strafbarkeit wegen Unterlassens in den Blickpunkt.

b) Die Beteiligungsform: Täterschaft oder Beihilfe

Der Senat übernimmt die Bewertung des Landgerichts, W habe Beihilfe zum Betrug des G geleistet,²⁵ mit der Begründung, W habe „lediglich mit Gehilfenvorsatz gehandelt und sich dem Haupttäter G ersichtlich untergeordnet [...]“.²⁶ Die äußerst kontroverse Diskussion um die Möglichkeit einer Beteiligung durch Unterlassen²⁷ wird vom BGH mit keinem Wort erwähnt. Stattdessen rekurren die Richter – wie bei der Beihilfe üblich – erneut und ohne Weiteres auf den Wil-

len des Beteiligten und grenzen täterschaftliche und teilnehmerschaftliche Beteiligung – wie bei der Mittäterschaft, aber anders als etwa bei der mittelbaren Täterschaft²⁸ – subjektiv voneinander ab. Hält man jedenfalls grundsätzlich eine täterschaftliche Strafbarkeit eines unterlassenden Garanten neben einem Begehungstäter für möglich,²⁹ kommt eine Strafbarkeit des W zumindest auch gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 1 StGB in Betracht. Dass daneben auch G wegen täterschaftlich verwirklichten Betruges verurteilt wurde, hinderte eine solche eigenständige Strafbarkeit des W nicht.³⁰ Daran ändert es auch nichts, dass G Begehungstäter ist, W hingegen Unterlassungstäter wäre. Aber auch über eine Strafbarkeit des W gem. §§ 263 Abs. 1, 13, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB ließe sich nachdenken, wenn man etwa anerkennt, dass die auch in der Rechtsprechung des BGH äußerst prominente mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auch in Unterlassungsfällen in Betracht kommt. Und selbst eine mit-täterschaftliche Strafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 13, 25 Abs. 2 StGB scheidet dann nicht per se aus, wenn man einen sog. „einseitigen Einpassungsentschluss“ (am von der h.M. vorausgesetzten „gemeinsamen Tatenschluss“ fehlt es offensichtlich) genügen lässt.³¹ Unabhängig davon, ob W vorliegend als Gehilfe oder als Täter behandelt wird, kommt eine Strafbarkeit freilich stets nur in Betracht, wenn er eine Garantenpflicht inne hat. Denn diese wird beim Unterlassenden unabhängig davon vorausgesetzt, ob er Täter oder Teilnehmer ist.³² Für die den Schwerpunkt des Urteils bildende Frage nach dem Vorliegen einer Garantenpflicht spielt es daher keine Rolle, ob W als Täter oder Teilnehmer angesehen wird.

c) Beihilfe durch Unterlassen

Folgt man der strafrechtlichen Beurteilung des BGH hinsichtlich der Strafbarkeit des Haupttäters G (oben III.) wie auch des Angeklagten W (oben IV. 1.), so hat W sich dogmatisch wegen Beihilfe durch Unterlassen zum von G durch aktives

²⁸ Vgl. bereits oben im Text bei Fn. 16 und 17.

²⁹ Etwa weil man den Gedanken der Tatherrschaft auch bei den Unterlassungsdelikten fruchtbar machen zu können glaubt (so etwa *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 734 m.w.N.) oder weil man die Unterlassungsdelikte für Pflichtdelikte hält (i.d.S. z.B. *Roxin* [Fn. 14], § 31 Rn. 140 ff.).

³⁰ Ob man in diesen Fällen – wie dies häufig geschieht – von Nebentäterschaft spricht, ist unerheblich, weil der Begriff keine eigenständige dogmatische Bedeutung hat, vgl. *Roxin* (Fn. 14), § 25 Rn. 265 ff.

³¹ I.d.S. etwa *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/43.

³² *Wessels/Beulke* (Fn. 29), Rn. 734. Achtung: Es ist eine Frage, ob man den Garanten als Täter oder als Teilnehmer behandelt, es ist aber eine andere, ob man auch bei demjenigen, der lediglich Teilnehmer ist, für eine Strafbarkeit wegen Unterlassens eine Garantenpflicht voraussetzt. Freilich kann sich die zweite Frage nur denjenigen stellen, die überhaupt eine Teilnahme durch Unterlassen für möglich halten.

²⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 6, 19 ff.

²¹ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 6, 20 f.

²² BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 6, 22 ff.

²³ So auch „ohne Weiteres“ *Jahn*, JuS 12/2009 (im Erscheinen).

²⁴ ZJS 2009, 706.

²⁵ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 6.

²⁶ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31.

²⁷ Vgl. nur *Cramer/Heine*, in *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 25 ff. Rn. 101 ff.

Tun verwirklichten Betrug in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht.³³

aa) Echte und unechte Unterlassungsdelikte

Im Rahmen der Unterlassungsdelikte unterscheidet man die sog. echten und die sog. unechten Unterlassungsdelikte. Während es sich bei den echten Unterlassungsdelikten nach h.A. um das Pendant zu den schlichten Tätigkeitsdelikten handelt, stellen die unechten Unterlassungsdelikte das Gegenstück zu den Erfolgsdelikten dar. Wird also z.B. in § 316 StGB mit dem „Führen“ eines Fahrzeugs im Verkehr die bloße Vornahme einer Tätigkeit unter Strafe gestellt (sofern der Täter infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen), entspricht diesem Begehungsdelikat im Unterlassungsbereich konstruktiv z.B. die Vorschrift des § 323c StGB. Dort genügt es für eine Strafbarkeit nämlich, nicht Hilfe zu leisten, ohne dass es auf den Eintritt eines Erfolges ankommt. Wer also als nicht an einem Unfall Beteiligter einem Verletzten (unter den weiteren Voraussetzungen des § 323c StGB, insbesondere der Zumutbarkeit und Erforderlichkeit) „nicht Hilfe leistet“, wird bereits deshalb bestraft, weil er schlicht untätig geblieben ist. Umgekehrt muss er dann, wenn er Hilfe leistet, nicht befürchten, für den ggfs. trotz seiner Bemühungen eingetretenen Tod des Unfallopfers strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden.³⁴ Für die Abwendung des Todeserfolges ist dieser Dritte mangels besonderer Beziehungen zum Opfer nicht rechtlich „zuständig“. Er hat lediglich im Rahmen seiner allgemeinen Solidaritätspflicht Hilfe zu leisten, Garant für das Leben des Unfallopfers ist er nicht. Das ist anders bei den unechten Unterlassungsdelikten. Wer als Mutter seines Kindes dieses verhungern lässt, macht sich nicht lediglich wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB strafbar; hier kommt vielmehr eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger oder ggfs. gar vorsätzlicher Tötung gem. §§ 222, 13 bzw. §§ 212 (211), 13 StGB in Betracht. Aufgrund der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind ist die Mutter im Rahmen der Tötungsdelikte über eine bloße Hilfeleistungspflicht hinaus zur Abwendung des Todeserfolges verpflichtet. Weil sich eine solch weitgehende Zuständigkeit nicht für Jedermann begründen lässt, setzen diese unechten Unterlassungsdelikte eine Garantenpflicht voraus. Nur der als Garant für die Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolges rechtlich Zuständige kann sich wegen der Verwirklichung eines unechten Unterlassungsdeliktes strafbar machen.

bb) Garantenstellung und Garantenpflicht

Unter Studenten herrscht immer wieder Unsicherheit über den Unterschied zwischen dem Inhalt des Begriffs der Garan-

tenstellung und demjenigen der Garantenpflicht. An dem soeben unter aa) genannten Mutter-Kind-Beispiel wird der Unterschied gut deutlich: Während die Eigenschaft der Frau als Mutter ihres Kindes deren tatsächliches Verhältnis zueinander und damit die Garantenstellung der Mutter begründet, erwächst (erst) aus diesem faktischem Umstand die rechtliche Pflicht zur Erfolgsabwendung, die sog. Garantenpflicht. Relevant wird diese Unterscheidung etwa beim Irrtum: Der Irrtum über die Garantenstellung – F weiß nicht, dass sie die Mutter des K ist – begründet einen Tatsachenirrtum; der Irrtum über die aus der Garantenstellung folgende Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung – V weiß, dass er Vater des K ist, glaubt aber, nicht zur Rettung des K verpflichtet zu sein – stellt lediglich einen Rechtsirrtum dar.³⁵

cc) Grundsätzliche Differenzierung der Garantenpflichten

Das Unterlassen ist bei den unechten Unterlassungsdelikten dem aktiven Tun also nur dann gleichgestellt, wenn der Unterlassende „Garant“ für die Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolges ist. Dies ist nach § 13 StGB dann der Fall, wenn „er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Diese rechtliche Erfolgsabwendungspflicht besteht nach heute allgemeiner Meinung grundsätzlich in zwei Konstellationen:³⁶ Gemeinsam ist ihnen, dass der Betroffene stets zum Schutz bedrohter Rechtsgüter von der Rechtsordnung „auf Posten gestellt“ ist; in der ersten Konstellation hat er die Aufgabe, von seinem Verantwortungsbereich ausgehende Gefahren für die Rechtsgüter Dritter zu unterbinden, in der zweiten Konstellation ist er rechtlich unmittelbar dafür zuständig, dass Rechtsgüter nicht beeinträchtigt werden. Im ersten Fall spricht man gemeinhin von einem Überwachergaranten, im zweiten Fall von einem Beschützergaranten. Beides lässt sich nur über ein besonderes Verhältnis des Täters zu dem jeweils geschützten Rechtsgut begründen.³⁷ Der Überwachergarant hat gleichsam die Gefahr an ihrem Ursprungsort einzudämmen, der Beschützergarant ihre Verwirklichung am Verwirklichungsort zu verhindern.³⁸ Es liegt auf der Hand, dass eine trennscharfe Abgrenzung nicht immer möglich ist.³⁹ Gleichwohl ist die Orientierung an dieser funktionellen Zweiteilung⁴⁰ wichtig und notwendig, da

³⁵ Im ersten Fall schließt der Irrtum gem. § 16 StGB den Vorsatz aus, im zweiten Fall stellt sich gem. § 17 S. 1 StGB die Frage nach der Vermeidbarkeit des (Gebots-)Irrtums.

³⁶ Zur geschichtlichen Entwicklung instruktiv *Roxin* (Fn. 14), § 32 Rn. 1 ff.

³⁷ Gemeinhin begnügt man sich in der Literatur mit der Unterscheidung zwischen der Verantwortlichkeit für bestimmte Gefahrenquellen (Überwachergarant) und besonderen Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter (Beschützergarant), vgl. exemplarisch *Wessels/Beulke* (Fn. 29), Rn. 716. Das ändert aber nichts daran, dass der Garant in beiden Fällen letztlich den Schutz von Rechtsgütern gewährleisten muss.

³⁸ Ähnlich *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 45 m.w.N.

³⁹ Vgl. z.B. *Wessels/Beulke* (Fn. 29), Rn. 716.

⁴⁰ *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl. 2007, § 13 Rn. 12.

³³ Missverständlich die Formulierung des BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31, wo von einer „Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen“ gesprochen wird. Bei dieser Formulierung handelt es sich offensichtlich um ein Versehen.

³⁴ Das gilt freilich wiederum nur, wenn ihm hinsichtlich dieses Erfolgseintritts nicht mindestens Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden muss.

sich eine Garantenpflicht im konkreten Fall auch bei Kenntnis der sie konstituierenden Umstände nur begründen lässt, wenn man weiß, ob es bei ihr um eine Schutz- oder um eine Aufsichtspflicht geht.⁴¹ Der wesentliche Mangel der vorliegenden BGH-Entscheidung besteht denn auch darin, dass sie dies verkennt.⁴²

dd) Die Garantenpflicht im konkreten Fall

Während der 5. Senat es sich im vorhergehenden Beschluss vom 9.6.2009 hinsichtlich der Auseinandersetzung mit den im Rahmen der Strafbarkeit des G in Betracht kommenden Täterschaftsformen etwas zu leicht gemacht hatte (vgl. oben unter III.), kann er es sich bei der Erörterung der für eine Unterlassungsstrafbarkeit des W in Betracht kommenden Garantenpflichten nicht verkneifen, im Rahmen eines obiter dictums eine recht apodiktische Aussage zur Garantenpflicht des Compliance-Officers zu treffen – obwohl W gar nicht Compliance-Officer war! Auch hier gilt als Hinweis für die studentische Fallbearbeitung: Es sind alle in Betracht kommenden Garantenpflichten zu erörtern,⁴³ hinsichtlich der offensichtlich nicht relevanten hat eine Erörterung freilich zu unterbleiben. Für den BGH mag die Möglichkeit, zu einem aktuellen und praktisch höchst bedeutsamen kriminalpolitischen Problem höchstrichterlich Stellung zu beziehen, zu verlockend gewesen sein;⁴⁴ für den Studenten verbietet es sich.

(1) Garantenpflicht aus Ingerenz

Hatte das Landgericht die Garantenpflicht des W auch darauf gestützt, dass W „als Leiter der Tarifkommission [für die vorherige Abrechnungsperiode, Anm. des Verf.] den Bewertungsfehler zu vertreten habe und dessen Behebung in der folgenden Tarifperiode hätte veranlassen müssen“⁴⁵, so stellt der BGH zutreffend klar, dass aus diesem Umstand eine Garantenpflicht im Ergebnis nicht hergeleitet werden kann.⁴⁶ Die insoweit in Betracht kommende (Überwacher-)Garantenpflicht aus Ingerenz setzt nach ganz überwiegender Ansicht zunächst ein pflichtwidriges (sorgfaltswidriges) Vorverhalten voraus.⁴⁷ Sofern W bei dem auf „Versehen“⁴⁸ beruhenden

Berechnungsfehler Fahrlässigkeit nachzuweisen ist, kommt eine solche Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun damit grundsätzlich durchaus in Frage. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird aber vorausgesetzt, dass das pflichtwidrige Vorverhalten „die naheliegende Gefahr des Eintritts des konkret untersuchten, tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht.“⁴⁹ Man wird dem Senat darin zustimmen können, dass es an einer solchen „nahen Gefahr“ hier fehlt: „Der Umstand, dass die vorherige Tariffestsetzung fehlerbehaftet war, bedeutet nämlich nicht, dass sich dieser Fehler auch in die nächste Tarifperiode hinein fortsetzt. Dies gilt jedenfalls, sofern nicht – wofür hier nichts festgestellt ist – eine gesteigerte Gefahr bestand, dass die zunächst unerkannt fehlerhafte Berechnungsgrundlage ohne erneute sachliche Prüfung der neuen Festsetzung ohne weiteres zugrunde gelegt würde. Vielmehr wird in der nächsten Tarifperiode der Tarif uneingeschränkt neu bestimmt. Schon die ausschließliche Verantwortlichkeit der neuen Tarifkommission steht deshalb der Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz entgegen.“⁵⁰ Der den Ausführungen des BGH folgende Verweis auf *Roxin*⁵¹ zeigt, dass diese höchstrichterliche Ansicht in der Sache nicht weit entfernt ist von der objektiven Zurechnungslehre, die *Roxin* ja auf die Ingerenzgarantenpflicht überträgt. Ob man vom Fehlen einer nahen Gefahr oder davon spricht, dass die Vorhandlung dem Verursacher objektiv deshalb nicht zuzurechnen ist, weil die durch sie heraufbeschworene Gefahr im alleinigen Verantwortungsbereich eines anderen (hier: der neuen Tarifkommission) liegt, macht dann im Ergebnis keinen Unterschied. Eine Garantenpflicht des W aus Ingerenz scheidet also aus.

(2) Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung

Dagegen schließt der Senat sich sodann der Argumentation des Landgerichts an, eine Garantenpflicht des W ergebe sich aus dessen Stellung als Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision.⁵² Zwar lassen es die Richter erneut dahingestellt sein, ob der im Schrifttum vertretenen grundsätzlichen Zweiteilung der Garantenpflichten (vgl. oben cc) „wesentliches Gewicht zukommen kann, weil die Überwachungs-pflicht gerade dem Schutz bestimmter Rechtsgüter dient und umgekehrt ein Schutz ohne entsprechende Überwachung des zu schützenden Objekts kaum denkbar erscheint.“⁵³ Wenn sie die Garantenpflicht des W mit der „Übernahme eines Pflichtenkreises“ begründen, auf eine „Sonderverantwortlichkeit für die Integrität des von dem Betreffenden übernommenen Verantwortungsbereichs“ und die Übertragung von „Ob-

⁴¹ Siehe auch *Kühl* (Fn. 38), § 18 Rn. 43.

⁴² Vgl. dazu noch unten dd) (2). Übersichten zu den Entstehungsgründen von Garantenpflichten auf dem Boden der funktionellen Zweiteilung finden sich etwa bei *Wessels/Beulke* (Fn. 29), Rn. 716 und *Kühl* (Fn. 38), § 18 Rn. 46a.

⁴³ *Wessels/Beulke* (Fn. 29), Rn. 716.

⁴⁴ Diese, die Entscheidung nicht tragenden Ausführungen, werden vom BGH offenbar bewusst als Versuchsballon eingesetzt, um – vor einer grundlegenden Entscheidung zu der betreffenden Frage – Reaktionen aus dem Schrifttum zu provozieren.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 6.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 20.

⁴⁷ *Wessels/Beulke* (Fn. 29), Rn. 725; *Roxin* (Fn. 14), § 32 Rn. 143 ff. Vgl. aber auch BGHSt 37, 106.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 4.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 21. Ähnlich jüngst BGH NStZ 2009, 381 (382), sowie bereits zuvor BGHSt 38, 356 (358); BGH NStZ 1998, 83 (84); 2004, 89 (91); BGH NStZ-RR 1997, 292 (293).

⁵⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 21.

⁵¹ *Roxin* (Fn. 29), § 32 Rn. 175 ff.

⁵² BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 22.

⁵³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 23, unter Verweis auf BGHSt 48, 77 (92).

hutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle“ abstellen⁵⁴, so rekurren sie freilich zunächst ausschließlich auf Schutzpflichten im Sinne der modernen Einteilung der Literatur.

Im Folgenden sprechen die Richter dann allerdings ohne weitere Konkretisierung von der „Übernahme entsprechender Überwachungs- und Schutzpflichten“.⁵⁵ Und schließlich heißt es gar: „Der konkrete Dienstposten des Angeklagten umfasste die Aufgabe, die Straßenanlieger vor betrügerisch überhöhten Gebühren zu schützen und begründete so auch eine entsprechende Garantenpflicht.“⁵⁶ Die Garantenpflicht beziehe sich als „Überwachungspflicht“⁵⁷ (!) dann „auf die Einhaltung dessen, was Gegenstand der Tätigkeit des Dienstherrn ist, nämlich den gesetzmäßigen Vollzug der Straßenreinigung, der auch eine gesetzmäßige Abrechnung der angefallenen Kosten einschließt.“⁵⁸

Die Argumentation zeigt deutlich, in welche Schwierigkeiten man gerät, wenn man Schutz- und Überwachungs-pflichten nicht auseinanderhält. Dabei führt eine stringente Systematisierung der in Betracht kommenden Garantenpflichten durchaus zu einem tragfähigen Ergebnis:

Legt man die Unterscheidung in Schutz- und Überwachungs-pflichten zugrunde, so kommen vorliegend mehrere Möglichkeiten der Begründung einer Garantenpflicht des W in Betracht. Sie richten sich danach, ob W in ein Näheverhältnis zu den BSR oder in ein Näheverhältnis zu den anspruchspflichtigen Anliegern gestellt wird. Beides erscheint grundsätzlich möglich: Hinsichtlich seiner Position innerhalb der BSR kommt eine Beschützer- und eine Überwachergarantenpflicht in Betracht, hinsichtlich der Anlieger von vornherein nur eine Beschützergarantenpflicht.

Um den Schutz von Rechtsgütern der BSR geht es aber vorliegend nicht. Das wird sofort deutlich, wenn man sich daran erinnert, dass eine Garantenpflicht – natürlich – tatbestandsbezogen ist, sich also nur auf das konkret in Frage stehende Delikt beziehen kann. Das ist hier der (von G begangene) Betrug gem. § 263 StGB, der nach Ansicht des BGH zu einem Vermögensschaden bei den anspruchspflichtigen Anliegern, nicht aber bei der BSR geführt hat. Insoweit kann W also nicht Beschützergarant gewesen sein.⁵⁹

In Betracht kommt aber eine Überwachergarantenpflicht des W aufgrund seiner dienstlichen Stellung. Auch hier darf

die Deliktsbezogenheit der Garantenpflicht nicht aus dem Blick gelassen werden. Wir erinnern uns noch etwas genauer: In seinem Beschluss vom 9.6.2009 hatte der Senat für den Haupttäter G eine Strafbarkeit wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB angenommen (oben unter III.). Da nun aber die Teilnahmestrafbarkeit des W akzessorisch zu derjenigen des Haupttäters G ist, muss die Pflicht zur Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolges (Garantenpflicht) des Gehilfen W sich auch hier auf das konkret in Frage stehende Delikt beziehen. Da der BGH sich auf die Verwirklichung des Betrugstatbestandes durch G mittels der Benutzung der vorsatzlosen Sachbearbeiter zur Absendung unrichtiger Zahlungsaufforderungen an die anspruchspflichtigen Anlieger festgelegt hatte (s. oben unter III.), kann eine Überwachergarantenpflicht des W sich allenfalls aus der Pflicht zur Verhinderung des Eintritts eines gerade durch die unzutreffenden Rechnungsstellungen eingetretenen Vermögensschadens bei den Anliegern ergeben. Im Hinblick auf die hier relevante Pflicht zur Unterbindung von Straftaten der im Unternehmen beschäftigten Sachbearbeiter handelt es sich hierbei dann aber um die Annahme einer Überwachergarantenpflicht. (Nur) insoweit passt die Formulierung des BGH, dass die Garantenpflicht sich als Überwachungspflicht auf die Einhaltung des gesetzmäßigen Vollzugs der Straßenreinigung, der auch eine gesetzmäßige Abrechnung der angefallenen Kosten einschließt, bezieht.⁶⁰

In Betracht kommt daneben eine Beschützergarantenpflicht gegenüber den zur Zahlung der Entgelte verpflichteten Anliegern. Dabei geht es dann um die Pflicht zur Abwendung des Eintritts eines Vermögensschadens bei den Empfängern der fehlerhaften Rechnungen. Diese Pflicht ist zwar selbstverständlich ebenfalls deliktsbezogen, lässt sich aber unabhängig von einer Verwirklichung in mittelbarer Täterschaft begründen. Denn auch dann, wenn man sich W als unmittelbaren Alleintäter eines Betruges durch Unterlassen denkt – W sei der einzige, der Kenntnis von den fehlerhaften Berechnungen erlangt und nichts unternimmt, um die Bezahlung der überhöhten Entgelte zu verhindern –, ließe sich über eine auf seiner dienstlichen Stellung gründende Rechtspflicht zur Erfolgsvermeidung diskutieren und mit der Argumentation des BGH eine Garantenpflicht begründen. Dabei handelte es sich dann freilich um eine Schutzpflicht gegenüber den anstaltsfremden Anliegern, die naturgemäß schwieriger zu begründen ist, als eine Schutzpflicht gegenüber dem eigenen Unternehmen.⁶¹ Erst vor diesem Hintergrund ist die weitere Formulierung des BGH dann aber nachvollziehbar. Denn jedenfalls dann, wenn – wie hier – das Unternehmen eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist und die von dem Betroffenen nicht unterbundene Tätigkeit sich auf den hoheitlichen Bereich des Unternehmens bezieht,⁶² wird man von einer Handlungs- und Erfolgsabwendungspflicht dann ausgehen können, wenn der „konkrete Dienstposten des Angeklagten

⁵⁴ Wörtliche Zitate jeweils BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 23.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 25. *Hervorhebung* nur hier.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 30.

⁵⁷ So ausdrücklich BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 30. *Hervorhebungen* jeweils nur hier.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 30.

⁵⁹ In Betracht kommt eine solche Beschützergarantenpflicht aber etwa bei der Untreue i.S.d. § 266 StGB, wo der Garant zum Schutz des Vermögens der Gesellschaft einzugreifen verpflichtet ist, vgl. BGHSt 52, 323 (Siemens). Im vorliegenden Fall scheidet eine Strafbarkeit des W wegen Untreue gem. § 266 StGB nach Auffassung des BGH mangels Vermögensnachteils der BSR aus, vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 32.

⁶⁰ Siehe Fn. 58.

⁶¹ Vgl. zur Garantenpflicht von Organen und Amtsträgern *Kühl* (Fn. 38), § 18 Rn. 78 ff.

⁶² BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 29.

[...] die Aufgabe [umfasste], die Straßenanlieger vor betrügerisch überhöhten Gebühren zu schützen.“⁶³

(3) Exkurs: Garantenpflicht des Compliance-Officers

Nicht mehr durch den konkreten Fall veranlasst sind indes die Ausführungen des *Senats* zur Garantenpflicht des Compliance-Officers. Die Frage ist umstritten und wissenschaftlich noch nicht wirklich vertieft untersucht.⁶⁴ Umso mehr erstaunt es, dass der BGH einmal mehr obiter dicta und apodiktisch eine Behauptung aufstellt, der möglicherweise Indizfunktion hinsichtlich der zukünftigen Rechtsprechung zukommt: „Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden.“⁶⁵

In der anwaltlichen Literatur wird das Urteil bereits zur „Grundsatzentscheidung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten“ hochstilisiert.⁶⁶ Auch wenn es hierzu sicher noch zu früh ist, ist die Sorge, dass eine Unterlassungshaftung des Compliance-Beauftragten zukünftig im Gefolge der Entscheidung des 5. *Senats* ohne weitere dogmatische Unterfütterung fortgeschrieben wird, nicht ganz unberechtigt.⁶⁷ Es lässt sich nur hoffen, dass der BGH in seiner zweifellos in nächster Zukunft anstehenden Grundsatzentscheidung nicht ausschließlich das vermeintlich kriminalpolitisch Notwendige, sondern auch das dogmatisch Machbare im Blick behält. Dass dabei zunächst eine klare Stellungnahme des BGH zugunsten der von der modernen Literaturansicht favorisierten Zweiteilung der Garantenpflichten notwendig erscheint, zeigt das vorliegende Urteil in aller Deutlichkeit, ließe sich doch so vermeiden, den konkreten Tatbestandsbezug der Garantenpflicht aus den Augen zu verlieren.

V. Bedeutung und Relevanz des Urteils für Studium und Praxis

Das Urteil bietet Anlass, sich mit den Voraussetzungen und Grenzen der bei den unechten Unterlassungsdelikten vorausgesetzten Garantenpflichten zu beschäftigen. Auch wenn in der höchstrichterlichen Rechtsprechung über die unmittelbar gesetzlich bestimmten Garantenpflichten etwa des Beauftragten für Gewässer- oder Immissionsschutz (vgl. §§ 21a ff. WHG, §§ 53 ff. BImSchG) hinaus bereits mehrfach Garantenpflichten aus der Übernahme von bestimmten Funktionen

hergeleitet worden sind,⁶⁸ darf nicht übersehen werden, dass die aktuelle Entscheidung des BGH den Sonderfall eines Angestellten einer Anstalt des öffentlichen Rechts betrifft. (Nur) insoweit mag man von einer – im Ergebnis durchaus zustimmungswürdigen – Grundsatzentscheidung des BGH sprechen. Inwieweit es sich bei den obiter dicta getroffenen Aussagen zur Garantenpflicht des Compliance-Officers um eine zukunftssträchtige Grundlegung höchstrichterlicher Rechtsprechung handelt, muss die weitere Entwicklung zeigen.

Prüfungs- und Klausurrelevanz kommt darüber hinaus der besonderen Beteiligungskonstellation zu. Denn die Prüfung einer Beihilfe durch Unterlassen zum Betrug in mittelbarer Täterschaft stellt sicher nicht nur Anfangssemester vor Schwierigkeiten.

VI. Weiterführende Literaturhinweise

1. Zur Abgrenzung der Garantenpflichten: *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 41 ff.; *ders.*, JuS 2007, 497; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 32.
2. Zur Garantenpflicht des Compliance-Officers: *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, 29.
3. Zur Entscheidung des BGH: *Berndt*, StV 2009, 687.

Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg

⁶³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 30. Krit. *Stoffers*, NJW 2009, 3176 f.

⁶⁴ Erste Problematisierungen bei *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, 29.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 27.

⁶⁶ Vgl. *Wybitul*, BB 2009, 2263 (2264). Zurückhaltender *Thomas*, CCZ 2009, 239 (240).

⁶⁷ Vgl. auch *Berndt*, StV 2009, 687.

⁶⁸ Vgl. die Nachweise bei BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 24.

Entscheidungsanmerkung

Im Zweifel für die Verbrauchereigenschaft der natürlichen Person

Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 13

BGH, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 7/09 (LG Hamburg, AG Hamburg-Wandsbek)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Fragen der Beweislast bereiten Studierenden oftmals erhebliche Probleme. Die vorliegende, höchst aktuelle Entscheidung (Veröffentlichung der Entscheidungsgründe am 23.11.2009) des 8. Zivilsenats des BGH gibt Anlass dazu, sich der Frage zu widmen, wer in Zweifelsfällen zu beweisen hat, dass die besonderen Vorschriften des Verbraucherprivatrechts Anwendung auf einen Vertrag finden.

Anwendungsvoraussetzung des Verbraucherprivatrechts ist auf der sachlichen Ebene zunächst, dass eine Fallkonstellation vorliegt, für die das Gesetz besondere Regelungen bereitstellt.² Es muss sich also sachlich beispielsweise um einen Vertrag handeln, der in einer Haustürsituation angebahnt resp. abgeschlossen wurde. Es mag auch ein Geschäft vorliegen, das unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln getätigt wurde (Fernabsatzvertrag). Unabhängig von den Besonderheiten der Vertragsabschluss-situation (sog. Besondere Vertriebsformen) hält das BGB darüber hinaus Schutzreglements im Kaufrecht, Kreditrecht oder etwa beim Abschluss eines Vertrages über ein Teilzeitwohnrecht bereit. Doch es soll an dieser Stelle nicht darum gehen, dass es in einem bestimmten Fall zweifelhaft sein kann, ob die sachlichen Anwendungsvoraussetzungen von Verbraucherprivatrecht vorliegen, ob also bei Abschluss des Vertrags etwa tatsächlich eine Haustürsituation gegeben war. Auszugehen haben wir vielmehr davon, dass auf der sachlichen Ebene unstreitig verbraucherschützende Vorschriften zur Anwendung kommen könnten.

Persönlich muss zur Eröffnung des Anwendungsbereichs hinzukommen, dass sich Unternehmer und Verbraucher begegnen. Oftmals, sieht man einmal von den Grenzfällen, z. B. der professionell tätigen ebay-Händler, ab, fällt es nicht son-

derlich schwer, festzustellen, dass ein Verkäufer oder Kreditgeber im Rahmen seiner gewerblichen oder selbständig beruflichen Tätigkeit aufgetreten ist. Kauft man eine Ware bei einem Anbieter, der seine Ware auf einer Internetseite präsentiert, handelt es sich bei diesem in der Regel um einen Unternehmer im Sinne des § 14 BGB. Jedenfalls sollen auch hier vorstellbare und durchaus auftretende Zweifelsfälle nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

Es geht vielmehr und im Kern darum, wie festzustellen ist, ob der konkret handelnde Kunde Verbraucher ist. Rechts-tatsächlich stellt sich dieses Problem immer dann, wenn eine natürliche Person auch selbständig beruflich oder gewerblich tätig ist. Nur dann kann sich die Frage der Abgrenzung zum privaten Bereich stellen, da der Kunde ansonsten stets privat, also als Verbraucher handelt. Insofern ist schon früh von *Flume* darauf hingewiesen worden, dass § 13 BGB unsauber formuliert worden ist.³ Nimmt man den Wortlaut der Vorschrift ernst, fällt nämlich die natürliche Person als der „geborene Verbraucher“ nicht unter § 13 BGB, weil es „ihre“ gewerbliche oder selbständig berufliche Tätigkeit nicht gibt. Es müsste daher in § 13 BGB „einer“ statt „ihrer“ heißen.

Zweifelhaft kann die Verbrauchereigenschaft einer natürlichen Person insbesondere dann sein, wenn Gegenstand eines Vertrags, etwa eines Kaufvertrags, eine Sache ist, die man durchaus im privaten Bereich oder aber als beruflich Selbständiger nutzen kann. Eingängiges Beispiel ist die hochwertige Espressomaschine, die man in das Büro oder die Wohnung stellt. Hinzu kommt in solchen Zweifelsfällen, dass, wie im vorliegenden Fall auch, Gründe der Praktikabilität den Anschein erzeugen können, es handele sich nicht um ein privat motiviertes Geschäft der handelnden natürlichen Person. Dem Urteil liegt insoweit das Paradebeispiel zu Grunde. Eine selbständig tätige Rechtsanwältin bestellt bei einem Internethändler eine Ware, die man sowohl privat als auch zur Ausstattung des Büros nutzen kann. Da sich die Rechtsanwältin tagsüber in ihrem Büro bzw. jedenfalls nicht zu Hause aufhält und sie sicherstellen möchte, dass das Paket entgegen genommen wird, gibt sie bei der Bestellung ihre Kanzleiadresse an. Verhindert wird dadurch, samstags eine Postfiliale aufsuchen zu müssen, um das Paket abzuholen, das wochentags an die Wohnungsadresse der Anwältin nicht zugestellt werden konnte. Gerade in einem solchen Fall können aber nun Zweifel daran aufkommen, ob die Rechtsanwältin die Ware, die sie an ihre Kanzlei senden lässt, privat nutzen möchte.

Ob nun eine natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft abschließt, als Verbraucher einzuordnen ist oder nicht, hat erhebliche Konsequenzen auf das Vertragsverhältnis. Dem Verbraucher steht etwa nach §§ 312, 312 d, 485, 495 BGB ein Widerrufsrecht zu, über dessen Bestehen er ordnungsgemäß zu belehren ist. Im Kaufrecht kann sich der Verbraucher auf die Beweislastumkehr des § 476 BGB berufen und er hat nach Maßgabe von § 474 Abs. 2 Satz 1 BGB im Falle der Nachlieferung keinen Nutzungersatz zu zahlen. Zu beachten ist darüber hinaus etwa auch die besondere Behandlung von

¹ Die Entscheidung ist unter

<http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

² Zu den Grundlagen des Verbraucherprivatrechts *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 1 ff.

³ ZIP 2000, 1427.

Verbrauchern im AGB-Recht nach § 310 BGB, um nur einige Sonderregelungen des Verbraucherprivatrechts zu nennen.

Für die Fallbearbeitung ist es daher sehr wichtig, erst einmal festzustellen, ob es sich bei dem Käufer oder Darlehensnehmer um einen Verbraucher handelt. Wenn dies aber zweifelhaft ist, wird die Frage der Beweislastverteilung relevant.

2. In dem vorliegenden Fall ging es nun, wie bereits angedeutet wurde, darum, dass eine Rechtsanwältin Lampen, die auf einer Internetplattform angeboten wurden, bestellte. Diese Lampen waren für die Privatwohnung der Rechtsanwältin bestimmt. Sie gab aber als Liefer- und Rechnungsadresse ihre Kanzlei an.

Es stellte sich nun die Frage, ob die Rechtsanwältin, die von dem fernabsatzrechtlichen Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat, Verbraucherin war, obwohl dies ihrer Bestellung „von außen“ nicht anzusehen war.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Zwei Vorbemerkungen

Eher beiläufig ist dem Tatbestand des Urteils zu entnehmen (Rn. 2), die Beklagte habe der Klägerin ein Widerrufsrecht eingeräumt. Hierzu sei die Bemerkung erlaubt, dass dem Verbraucher ein solches Widerrufsrecht kraft Gesetzes zusteht und nicht etwa von seinem Vertragspartner eingeräumt wird.

Im Folgenden ist in dem Urteil zu lesen, zwischen den Parteien stehe außer Streit, dass die Klägerin (Käuferin) nicht ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht belehrt worden sei. „Die Beklagte (Verkäuferin) wies den Widerruf als verspätet zurück.“, heißt es weiterhin. Dies verwundert. Ohne den Fall nun genau zu kennen, kommt bei unstreitig fehlerhafter Widerrufsbelehrung § 355 Abs. 3 Satz 2 BGB zur Anwendung, wonach ein Widerruf niemals verspätet erklärt werden kann.

2. Verbrauchereigenschaft der Rechtsanwältin

Nach der Entscheidung des BGH genießt die Rechtsanwältin im vorliegenden Fall Verbraucherschutz. Der *Senat* stellt fest, dass „Unsicherheiten und Zweifel aufgrund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände des Geschäfts [...] nach der negativen Formulierung des Gesetzes nicht zu Lasten des Verbrauchers [gehen]. Es kann daher – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht darauf ankommen, ob der Erklärende sich dem anderen Teil eindeutig als Verbraucher zu erkennen gibt. Vielmehr ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von Verbraucherhandeln auszugehen. Anders ist dies nur dann, wenn Umstände vorliegen, nach denen das Handeln aus der Sicht des anderen Teils eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist.“

Die Entscheidung wirft grundsätzliche Fragen zur Beweislastverteilung im Zusammenhang mit § 13 BGB auf.

3. Beweislastumkehr im Verbraucherkreditgesetz

Zum besseren Verständnis der Entscheidung bedarf es eines Rückblicks in die jüngere Entwicklung des Verbraucherpri-

vatrechts. § 13 BGB wurde im Zuge der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie im Jahre 2000 in das BGB eingefügt. Vormalig fanden sich Regelungen zum Verbraucherbegriff in den einzelnen Nebengesetzen.

So bestimmte etwa § 1 Abs. 1 VerbrKrG:

„¹Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer, der einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einem Verbraucher. ²Als Verbraucher gelten auch alle anderen natürlichen Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrags für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist.“

Inhalt von § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG war eine Beweislastumkehr.⁴ Nach der früheren Rechtslage hatte der Kreditnehmer nur vorzutragen, dass er eine natürliche Person ist und einen Kreditvertrag mit einem Unternehmer abgeschlossen hat. Zum Verwendungszweck des Kredits musste sich der Kunde nicht äußern. Der Bank oblag es dann, darzulegen und zu beweisen, dass die natürliche Person im konkreten Fall nicht als Verbraucher gehandelt hat.

4. Neuregelung in § 13 BGB

Die Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers wurde mit der Einführung des § 13 BGB aufgehoben.⁵ Nach geltendem Recht, so jedenfalls die bislang einhellige Auffassung in der Literatur⁶, hat die natürliche Person, die den besonderen Schutz des Verbraucherprivatrechts für sich in Anspruch nehmen möchte, darzulegen und zu beweisen, dass sie privat handelt. Der Verbraucher hat also, so die bisherige Sicht der Dinge, den Hauptbeweis hinsichtlich des privaten Zwecks des Rechtsgeschäfts zu führen. Dem kann dann nach allgemeinen Regeln des Beweisrechts der Unternehmer entgegenreten, indem er den Gegenbeweis führt. Er vermag damit im Erfolgsfall die Überzeugung des Gerichts erschüttern, dass der Vortrag der beweisbelasteten Partei, des angeblichen Verbrauchers, zutrifft. Auswirkung zeitigt die Beweislastverteilung damit gerade in dem Fall, dass der Gegenbeweis bei dem Gericht Zweifel an dem Vortrag der Partei aufkommen lässt, die den Beweis zu führen hat. In einem solchen Fall des „non liquet“ kommt der Beweislastverteilung entscheidende Bedeutung zu. Die Partei, die sich zu ihren Gunsten auf die Geltung bestimmter Vorschriften beruft (Bsp.: Widerrufsrecht), unterliegt.

⁴ Zur früheren Rechtslage etwa *Schürnbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 491 Rn. 39; *Bülow/Artz*, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, 5. Teil.

⁵ Einführung des § 13 BGB im Zuge der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie mit Gesetz v. 27.6.2000; dazu *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049.

⁶ *Schürnbrand* (Fn. 4), § 491 Rn. 18, 39; *Bülow/Artz* (Fn. 4), § 491 Rn. 73; *Weick*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 13 Rn. 67; *Saenger*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 13 Rn. 20; *Dörner*, in: Handkommentar BGB, 6. Aufl. 2009, § 13 BGB Rn. 2 a.E.

5. Im Zweifel für den Verbraucher

Gerade im Fall des Zweifels an der Verbrauchereigenschaft kommt der *Senat* aber nun unter Verweis auf die Formulierung des § 13 BGB zum gegenteiligen Ergebnis.

Der BGH weist zunächst darauf hin, dass es im Schrifttum umstritten ist, ob für die Abgrenzung zwischen Unternehmer- und Verbraucherhandeln allein der objektive Zweck des Handelns Maß gibt oder darüber hinaus auf die für den Vertragspartner erkennbaren Umstände abzustellen ist (siehe Rn. 8 des vorliegenden Urteils mit zahlreichen Nachweisen). Bedauerlicherweise lässt der *Senat* diese Frage weiterhin offen. Zum einen hätte man sich eine Klarstellung dahingehend gewünscht, dass es zur Klassifizierung eines Vertrags als Verbrauchergeschäft nur auf den objektiv von der handelnden Person verfolgten Zweck ankommen kann.⁷ Allein mit diesem Ansatz kann der Zweck des Verbraucherprivatrechts effektiv verwirklicht werden. Zum anderen mag man sich schon fragen, ob der *Senat*, der sich im Folgenden dem „objektiv verfolgten Zweck“ des rechtsgeschäftlichen Handelns zuwendet, an dieser Stelle nicht hätte Farbe bekennen müssen. Die hier anzusprechenden Fragen der Beweislast stellen sich nur, wenn man davon ausgeht, dass es auf den objektiven Zweck des Handelns ankommt und eben daran Zweifel aufkommen.

Die zentralen Ausführungen des Urteils betreffen aber dann, wie bereits angedeutet wurde, die Frage der Beweislast. Obwohl nach Auffassung des *Senats* das Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist, was aus der negativen Formulierung des § 13 BGB folge (Rn. 10; dazu am Schluss dieser Ausführungen) und Zweifel nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen (Rn. 11, siehe vorstehendes Zitat aus den Entscheidungsgründen), hält der *Senat* an seiner bereits einmal geäußerten und mit dem Schrifttum in Einklang stehenden Auffassung⁸ fest, dass der Verbraucher die Darlegungs- und Beweislast für sein privates Handeln trägt:

„Zwar trägt der Verbraucher die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nach dem von ihm objektiv verfolgten Zweck ein seinem privaten Rechtskreis zuzuordnendes Rechtsgeschäft vorliegt [...]“

Gleichwohl stellt der BGH in derselben Textziffer in aller Deutlichkeit fest:

„Eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck kommt daher nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.“

Nun muss man die Frage des „non liquet“ vor dem Hintergrund dieser Feststellungen noch einmal aufwerfen. Der Käufer als natürliche Person und Kläger behauptet, die erworbene Sache privat nutzen zu wollen und dem Verkäufer gelingt es, diese Argumentation zu erschüttern. Hat der Richter nun in Anbetracht dieser unklaren Sachlage zu entscheiden, obsiegt der Käufer, der somit als Verbraucher anzusehen

ist, weil das Rechtsgeschäft nach der Formulierung des § 13 BGB nicht seiner gewerblichen oder selbständig beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Wenn sich aber der Unternehmer nicht darauf beschränken kann, den Hauptbeweis des Kunden sich erschüttern, also einen Gegenbeweis anzutreten, weil Zweifel zu seinen Lasten gehen, sieht sich der Unternehmer gezwungen, nicht nur den Gegenbeweis zu führen sondern unter vollständiger Last das Gegenteil zu beweisen. Er, der Unternehmer, hat darzulegen und zu beweisen, dass das Geschäft der natürlichen Person, das nach Auffassung des BGH grundsätzlich als Verbrauchergeschäft anzusehen ist, ausnahmsweise anders zu qualifizieren ist und keine verbraucherprivatrechtliche Sonderbehandlung genießt.

Doch dann stellt sich die entscheidende Frage, worin der Unterschied zu der vormals, etwa im Anwendungsbereich des VerbrKrG bis Mitte 2000, geltenden Beweislastumkehr besteht.

Hierzu ist noch einmal auf die erste Feststellung des BGH in dem vorliegenden Urteil zur Regelung des § 13 BGB zurückzukommen, die bei Lichte betrachtet ursächlich für das Unbehagen ist, das einen auch bei der mehrfachen Lektüre der Entscheidung beschleicht (Rn. 10):

„Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des zweiten Halbsatzes der Vorschrift des § 13 BGB wird deutlich, dass rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sind.“

Der BGH misst der negativen Formulierung des § 13 BGB eine Vermutungswirkung hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft der natürlichen Person zu. Schon hier liegt die Weichenstellung, durch die der Konflikt zur Beweislastverteilung provoziert wird. Wirft man einen Blick in das zu § 13 BGB veröffentlichte Schrifttum, wird der negativen Formulierung der Vorschrift diese Aussage gerade nicht beigemisst. Vielmehr geht man durchweg davon aus, dass rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person zunächst einmal neutral zu bewerten ist und die natürliche Person darlegen und beweisen muss, dass sie zu privaten Zwecken handelt. Die Prämisse des BGH mag zwar stimmen, wird aber – und dies sei in aller Deutlichkeit festgestellt – so nicht im Schrifttum zu § 13 BGB vertreten. Der *Senat* stellt in Rn. 10 die Behauptung, das Handeln privater Personen sei grundsätzlich Verbraucherhandeln, geradezu folgerichtig auch ohne jeden Hinweis auf das Schrifttum und insoweit unter Verzicht auf eine eingehende Begründung in den Raum.

Wenn aber mit der durchaus verblüffenden Auffassung des BGH rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist, kann sich der Fernabsatzkunde zurücklehnen und ohne weiteren Vortrag als Verbraucher fühlen. Mit anderen Worten: Er obsiegt als Kläger, ohne dass er Weiteres vorträgt und es ergeht bei Schweigen des Verkäufers als Beklagtem ein Versäumnisurteil zu seinen Gunsten. Doch genau dies ist üblicherweise die Folge der Beweislastumkehr.

⁷ So etwa überzeugend *Herresthal*, JZ 2006, 695 (698).

⁸ NJW 2007, 2619 Rn. 13.

Man mag dies zwar so sehen. Nicht vereinbar ist die Auslegung der Vorschrift des § 13 BGB durch den BGH im Ergebnis aber dann damit, dass in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung und dem Schrifttum die natürliche Person weiterhin die Beweislast dafür trägt, „dass nach dem von ihm objektiv verfolgten Zweck ein seinem privaten Rechtskreis zuzuordnendes Rechtsgeschäft vorliegt“.

Der in der Entscheidung steckende und unauflösbar scheinende Widerspruch mag in einer Fehldeutung des Normtexts von § 13 BGB liegen. Der negativen Formulierung, auf die der BGH seine ganze Argumentation stützt und die sich eindeutig von der ausdrücklich und unzweifelhaft angeordneten Beweislastumkehr in § 1 VerbrKrG unterscheidet, wo es „*es sei denn*“ heißt, muss man nicht zwingend eine solche Vermutungswirkung beimessen.

Es stehen zwei alternative Lesarten zur Verfügung.

Zum einen kann man § 13 BGB schlicht als Definitionsnorm lesen. Mit anderen Worten: Würde man der negativen Formulierung des § 13 BGB ähnliches Gewicht zukommen lassen, wenn die Vorschrift lautete:

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem privaten Zweck abschließt. Private Zwecke sind solche, die weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Womöglich käme in diesem Fall der negativen Formulierung des § 13 BGB weniger Gewicht zu.

Zum anderen mag man es folgendermaßen sehen: Die natürliche Person hat zwar die Tatsachen, die ihre Verbraucherhandeln begründen umfänglich vorzutragen, im Falle des „*non liquet*“ lässt sich der Zweck des Rechtsgeschäfts aber nicht einer unternehmerischen Tätigkeit zurechnen, so dass die natürliche Person als Verbraucher angesehen wird. Damit würde man der negativen Formulierung des § 13 BGB gerecht, unterließe es aber, eine Vermutungswirkung zu Gunsten des Verbrauchergeschäfts aufzustellen. Der entscheidende Unterschied zu der Sichtweise des BGH liegt darin, dass die natürliche Person, die sich auf den Verbraucherschutz beruft, hier dazu vortragen muss. Bei Schweigen der Klägerin kann also kein Versäumnisurteil zu ihren Gunsten ergehen.

III. Ergebnis

Der BGH lässt § 13 BGB durch diese Entscheidung in einem völlig neuen Licht erscheinen. Die zentrale und überraschende Feststellung liegt darin, dass das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln angesehen wird. Dies steht so bislang in keinem Buch! Im Ergebnis ist die durch den 8. Senat vollzogene Auslegung des § 13 BGB nicht vereinbar mit der gleichzeitigen Feststellung, der natürlichen Person obliege die Darlegungs- und Beweislast für ihr privates Handeln.

Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zur Wirksamkeit eines formularmäßigen Kündigungsausschlusses bei der Wohnraummiete

Ein beiderseitiger Kündigungsausschluss in einem Formularmietvertrag des Vermieters für zwei Jahre ist gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, sofern Mietobjekt ein Studentenzimmer ist, weil der Ausschluss dem ausbildungsbedingt gesteigerten Interesse des Mieters an einer Wahrung seiner Flexibilität nicht in angemessener Weise Rechnung trägt. (Leitsatz des Verfassers)

BGB §§ 307 Abs. 1, 557a Abs. 3, 542 Abs. 1 u.a.

BGH, Urt. v. 15.7.2009 – VIII ZR 307/08 (LG Nürnberg-Fürth, AG Erlangen)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung des u.a. für das Wohnraummietrecht zuständigen 8. Zivilsenats betrifft eine mietrechtliche Konstellation, die für so manchen studentischen Leser nicht allein Ausbildungsrelevanz besitzen dürfte. Gegenstand ist nämlich die Vermietung eines möblierten Wohnheimzimmers an einen Studenten. Aus § 549 Abs. 3 BGB folgt im Umkehrschluss, dass auch für ein solches Mietobjekt grundsätzlich das Wohnraummietrecht gilt, mithin neben den allgemeinen Normen der §§ 535 bis 548 BGB die §§ 550 ff. BGB. Im Zentrum des Urteils steht allerdings die Beurteilung der Wirksamkeit einer Formulklausel, weshalb es bei der Falllösung neben dem Miet- vor allem auf das AGB-Recht und hier speziell § 307 BGB ankommt.

2. Der unterschiedene *Sachverhalt* weist die Besonderheit auf, dass neben dem eigentlichen Nutzer des Zimmers auch dessen Vater Partei des Mietverhältnisses war. Dies, obwohl allein der Sohn die Mietsache nutzen wollte und auch nur er das Zimmer anlässlich der Aufnahme seines Studiums bezog. Wer mit dem Wohnraummietrecht (noch) nicht näher vertraut ist, mag sich nach dem Sinn einer derartigen Gestaltung fragen. Er wird deutlich, wenn man § 551 BGB einmal näher betrachtet. Dort nämlich wird die Sicherheit („Kautio“), die sich der Vermieter ausbedingen darf, der Höhe nach auf drei Nettokaltmieten beschränkt. Da Studenten häufig nicht über eigenes Vermögen verfügen, sind Vermieter auf einen weiteren, solventen Schuldner bedacht. Wird, wie im vorliegenden Fall, neben dem Sohn auch der Vater Partei des Vertrages, haften beide gem. § 427 BGB gesamtschuldnerisch für die aus dem Vertragsverhältnis erwachsenden Forderungen. Der BGH nimmt an dieser Gestaltung keinen Anstoß, obwohl darin bisweilen eine Umgehung des § 551 Abs. 1 BGB erblickt wurde.² Folgt man dem BGH, bestand der vom Ver-

mieter geltend gemachte Mietzinsanspruch also zunächst gegen Vater und Sohn.

Zur gerichtlichen Auseinandersetzung über die Zahlungspflicht kam es, als das Mietverhältnis seitens der Mieter gekündigt, die Schlüssel für das Zimmer später zurückgegeben und die Mietzahlungen eingestellt wurden, obwohl noch nicht einmal ein Jahr seit Vertragsbeginn verstrichen war. Auslöser des Rechtsstreits ist der von der Vermieterin verwendete Formularvertrag, der zur Vertragslaufzeit folgende Bestimmung enthält: „Das Mietverhältnis beginnt am 1.10.2006. Der Vertrag läuft auf unbestimmte Dauer. Es wird vereinbart, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung für beide Parteien bis zum 15.10.2008 ausgeschlossen ist“. Zwar kündigte der Mieter außerordentlich aus wichtigem Grund wegen der „durchweg unzumutbaren gesundheitsgefährdenden unhygienischen Zustände [sowohl] im (gemeinschaftlichen) sanitären Bereich, als auch im Eingangsbereich“. Jedoch unterblieb eine vorherige Aufforderung an den Vermieter, die vertragswidrigen Zustände zu beseitigen, weshalb die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung offensichtlich nicht gegeben waren (vgl. § 543 Abs. 3 BGB).³ Aus diesem Grund kam es entscheidend darauf an, ob der formularvertragliche Kündigungsausschluss der Inhaltskontrolle standhält.

3. Das Mietrecht gehört zu den Materien, in denen die §§ 305 ff. BGB immer wieder für aufsehenerregende Entscheidungen gut sind. Dass etwa der Begriff „Schönheitsreparaturen“ mittlerweile zu einem Schlüsselbegriff des deutschen Immobilienmietrechts geworden ist, zu dem buchstäblich wöchentlich neue Entscheidungen und Literaturbeiträge publiziert werden – was weltweit einzigartig ist –, hat seine Ursache in der ambitionierten gerichtlichen Inhaltskontrolle. Eine solche Entwicklung der Rechtspraxis muss sich geradezu zwangsläufig auf den Ausbildungs- und Prüfungsstoff auswirken. Die Examensrelevanz liegt damit auf der Hand.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Die gerichtlich geltend gemachte Zahlungspflicht der Mieter besteht dann über den Kündigungstermin hinaus, wenn die Kündigung das Mietverhältnis nicht beendet haben sollte. Da, wie erwähnt, keine wirksame außerordentliche, sondern allenfalls eine ordentliche Kündigung in Betracht kam, steht man vor zwei Fragen: a) Enthält die ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund zugleich eine ordentliche Kündigungserklärung? b) Wenn ja, war die an sich gem. § 542 Abs. 1 BGB jederzeit zulässige ordentliche Kündigung durch die Vertragsklausel ausgeschlossen? Es ist geboten, beide Fragen im Gutachten zu trennen; denn die erste betrifft den Tatbestand der Kündigung und die zweite deren Wirksamkeit.⁴

a) Der BGH weist unter Rn. 14 seiner Entscheidung darauf hin, dass das Berufungsgericht „der Kündigungserklärung unangegriffen auch den Erklärungsgehalt beigemessen hat, das Mietverhältnis jedenfalls zum nächstmöglichen Zeitpunkt

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (Stand: 15.11.2009) abrufbar.

² S. LG Leipzig NZM 2006, 175 und hierzu *Derleder*, NZM 2006, 601 (603 f.).

³ Zur Abhilfefrist selbst bei Gesundheitsgefährdung s. BGH NJW 2007, 2177.

⁴ Zu dieser Unterscheidung grundlegend und unbedingt lezenswert *Leenen*, JURA 2007, 721 (speziell zu den hier relevanten einseitigen Rechtsgeschäften S. 723 f.).

und damit hilfsweise ordentlich beenden zu wollen“. Ganz so einfach, wie diese Passage vermuten lässt, ist die Sache aber nicht. Die Umdeutung einer unwirksamen fristlosen in eine ordentliche Kündigung ist nach h.M. nicht ohne weiteres statthaft.⁵ Um eine solche Umdeutung vornehmen zu können, muss nach Ansicht des BGH⁶ der Wille, den Vertrag auf jeden Fall zu beenden, für den Vertragsteil, für den die Kündigung bestimmt ist, bei Abgabe der Kündigungserklärung zweifelsfrei erkennbar sein. Grundsätzlich, so der BGH weiter, müsse sich deshalb aus der Erklärung selbst ergeben, dass die Kündigung hilfsweise als ordentliche gelten soll. Das sei zur Sicherheit des Rechtsverkehrs geboten. Nur wenn sich dem Vertragsteil, für den die Kündigung bestimmt ist, aus Umständen, die aus der Kündigungserklärung nicht ersichtlich sind, eindeutig ergibt, dass der Kündigende das Vertragsverhältnis auf alle Fälle zur Beendigung bringen will, könne auch in einem solchen Falle eine fristlose Kündigung in eine ordentliche umgedeutet werden.

In Rechtsprechung und Schrifttum wird die Ansicht vertreten, zu diesen Umständen zähle auch die Rückgabe der Mietsache an den Vermieter, weil darin der Wille des kündigenden Mieters zum Ausdruck komme, das Mietverhältnis auf jeden Fall beenden zu wollen.⁷ Das mag sein, ist aber dann für die Auslegung der Kündigungserklärung irrelevant, wenn – wie im vorliegenden Fall – zwischen Zugang der Kündigungserklärung und Rückgabe der Mietsache ein Zeitraum von über einem Monat liegt. Für den Inhalt der Erklärung kommt es maßgeblich darauf an, wie ein redlicher Erklärungsempfänger sie verstehen durfte; aus Gründen der Rechtssicherheit können bei fristgebundenen Gestaltungserklärungen die nach Zugang der Erklärung beim Empfänger zu Tage tretenden Umstände nicht zur Auslegung der fristwährenden Erklärung herangezogen werden.

Dennoch ist dem BGH für den besprochenen Fall im Ergebnis beizupflichten. Wenn nämlich ein Mieter wegen unzumutbarer hygienischer Bedingungen kündigt, bringt er unzweifelhaft den Willen zum Ausdruck, sich von dem Vertragsverhältnis lösen zu wollen. Entgegen anderslautender Bekundungen des Schrifttums⁸ dürften diese Fälle in der Praxis eher die Regel sein.⁹ Nur selten wird hingegen eine Kündigungserklärung so abgefasst, dass der Empfänger ihr den Willen entnehmen muss, der Vertrag solle zu einem bestimmten Termin oder aber gar nicht beendet werden.¹⁰

b) Liegt die erforderliche, inhaltlich auf eine ordentliche Kündigung gerichtete Willenserklärung (= *Kündigungstatbestand*) somit vor, spitzt sich alles auf die Frage zu, ob den Mietern ein *Kündigungsrecht* zustand. Dieses ist, wie § 542

Abs. 1 BGB zeigt, nicht identisch mit einem Kündigungsgrund. Allerdings könnte das Kündigungsrecht vertraglich ausgeschlossen sein. Dem wiederum könnte ein Verstoß der Vertragsklausel gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstehen, mit der Folge, dass gem. § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung des § 542 Abs. 1 BGB zum Tragen kommt.

Ob eine Klausel in AGB des Verwenders den anderen Teil entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, ist im Wege einer Abwägung der widerstreitenden Parteiinteressen zu ermitteln. Der BGH¹¹ geht in ständiger Judikatur von Folgendem aus: „Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Die Anwendung dieses Maßstabs setzt eine Ermittlung und Abwägung der wechselseitigen Interessen voraus. Die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch höherrangige oder zumindest gleichwertige Interessen des AGB-Verwenders gerechtfertigt ist.“

In Bezug auf die Vertragsklausel in dem Streitgegenständlichen Wohnheimmietvertrag gewichtet der BGH die Interessen des Vermieters, die er darin erblickt, die Fluktuation in dem Wohnheim gering zu halten und durch Vermeidung eines innerhalb des Semesters liegenden Mietendes eine nahtlose Anschlussvermietung sicherzustellen, geringer als die Mieterinteressen. Auf Mieterseite misst der Senat dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass das angemietete Zimmer mit dem Zweck verknüpft war, vor Ort studieren zu können. Diese Zweckbeziehung und ein daraus resultierendes sachliches Veränderungsbedürfnis durfte die Vermieterin nach Ansicht der Richter nicht einfach ignorieren. Gerade Studenten haben nach vom BGH bestätigter Ansicht ausbildungsbedingt ein derartigen Kündigungsbeschränkungen entgegenstehendes gesteigertes Interesse an einer Wahrung ihrer Flexibilität, weil sie oftmals nach wenigen Monaten feststellen, dass das begonnene Studium nicht das Richtige für sie ist, oder weil in späteren Ausbildungsphasen ein Auslandsaufenthalt sinnvoll ist oder sogar erforderlich wird. Ergänzend knüpft das Gericht an seine Rechtsprechung zu Schul- und Ausbildungsverträgen an.¹²

Infolge der Unwirksamkeit der Klausel konnten die Mieter wirksam kündigen und waren nach Ablauf der Kündigungsfrist von der Zahlungsverpflichtung frei.

2. Die Entscheidung überzeugt im Ergebnis. Um sie richtig einordnen zu können, muss man jedoch wissen, dass der BGH einen wechselseitigen Kündigungsausschluss in Vermieter-AGB grundsätzlich nur dann für unwirksam hält, wenn er die Dauer von 4 Jahren überschreitet.¹³ Er orientiert

⁵ *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl. 2008, § 542 Rn. 23; *Rolfs*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 542 Rn. 119.

⁶ BGH NJW 1981, 976 (977 a.E.) – zur Pacht; bestätigt für die Wohnraummiete durch BGH WuM 2005, 584.

⁷ OLG Rostock ZMR 2001, 29; *Blank* (Fn. 5).

⁸ *Blank* (Fn. 5): nur im Ausnahmefall.

⁹ In diesem Sinne wohl auch *Lammel*, Wohnraummietrecht, 3. Aufl. 2007, § 542 Rn. 53.

¹⁰ Beispiele führt *Rolfs* (Fn. 5) ins Feld.

¹¹ Zur Überprüfung eines Kündigungsausschlusses unlängst etwa BGHZ 175, 102 = NJW 2008, 1064 (1065).

¹² BGHZ 120, 108 (120 f.); s. aber auch BGHZ 175, 102.

¹³ S. BGH NJW 2005, 1574. Zur Unangemessenheit eines einseitigen Ausschlusses des Kündigungsrechts s. BGH NJW

sich hierbei an § 557a Abs. 3 S. 1 BGB. Bei individualvertraglicher Vereinbarung hat der BGH sogar längere Kündigungsverzichtserklärungen (nur) des Mieters akzeptiert.¹⁴ Die vorliegende Entscheidung betrifft also besonders gelagerte Sachverhalte, für die im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, das Kündigungsrecht dürfe überhaupt nicht ausgeschlossen werden.¹⁵

Das gibt Anlass, abschließend auf eine Besonderheit der Inhaltskontrolle von AGB hinzuweisen, die in Klausuren erfahrungsgemäß oft aus dem Blick gerät. Nicht selten begründen Bearbeiter die Unangemessenheit einer Klausel unter Rekurs auf die besondere Situation des konkreten Vertragspartners des Verwenders, z.B. dessen Unerfahrenheit, infolge derer dem Vertragspartner die Bedeutung der Regelung verborgen blieb. Dies ist deswegen problematisch, weil die Unangemessenheit grundsätzlich anhand eines *überindividuell-generalisierenden Maßstabs* festzustellen ist.¹⁶ Es sind die *typisierten* Parteiinteressen der beteiligten Verkehrskreise und nicht die subjektiven Belange der konkreten Vertragsparteien gegeneinander abzuwägen.¹⁷ Dabei sind Art und Gegenstand des Vertrages zu berücksichtigen, weswegen der BGH den Vertragsgegenstand (Zimmer in Studentenwohnheim) bei der Angemessenheitsprüfung berücksichtigen durfte. Die Ausführungen zu den Zwecken, die der konkrete Mieter bei Abschluss des Vertrages verfolgte¹⁸, sind demgegenüber vor dem Hintergrund des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB zu sehen. Diese auf die Klauselrichtlinie¹⁹ zurückgehende Bestimmung dient dem Verbraucherschutz. Die konkreten Umstände des Vertragsschlusses können daher nicht herangezogen werden, wenn es darum geht, die Wirksamkeit einer bei typisierender Betrachtung unangemessenen Klausel zu begründen. Der vorformulierte Kündigungsausschluss in einem Studentenwohnheimmietvertrag ist daher selbst dann unwirksam, wenn der Mieter bei Vertragsschluss genau weiß, dass er die nächsten zwei Jahre keinen Ortswechsel vornehmen wird.

Prof. Dr. Martin Häublein, Innsbruck

2009, 912; abw. bei Bestehen einer Staffelmietvereinbarung – m.E. aber nicht überzeugend – BGH NJW 2006, 1056.

¹⁴ S. BGH ZMR 2004, 251 m. Anm. Häublein.

¹⁵ *Blank* (Fn. 5), § 575 Rn. 97.

¹⁶ S. hierzu *Stoffels*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rn. 473.

¹⁷ Statt auf die Unerfahrenheit des konkreten Vertragspartners sollte man daher – nicht nur in der Klausur – auf die fehlenden juristischen Kenntnisse eines durchschnittlichen Kunden des Verwenders abstellen.

¹⁸ Vgl. Rn. 18 des hier vorgestellten Urteils.

¹⁹ Genauer gesagt: Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; abrufbar unter

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:DE:HTML>.

Entscheidungsanmerkung

Europarechtswidrigkeit von Nutzungsersatz bei Verbraucherwiderruf im Fernabsatz

Ein Verbraucher, der im Internet oder sonst im Fernabsatz Waren erworben und später den Kaufvertrag fristgerecht widerrufen hat, muss keinen Nutzungsersatz für den bestimmungsgemäßen Gebrauch vor Ausübung seines Rechts zahlen. Eine anders lautende Vorschrift nationalen Rechts verstößt gegen Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie (RL 97/7/EG). (Redaktioneller Leitsatz)

BGB §§ 312d, 355, 357, 366

EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07 (Vorlage AG Lahr – Pia Messner / J. Firma Stefan Krüger)

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Wieder hat der EuGH den deutschen BGB-Gesetzgeber hinsichtlich der Umsetzung einer EG-Richtlinie korrigiert. Das aktuelle Urteil erscheint geradezu als die logische Konsequenz der berühmten Quelle-Entscheidung¹. Beide Entscheidungen betreffen Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern und sind daher nicht nur in der Praxis², sondern auch für die Ausbildung in hohem Maße relevant³. Während es in der Quelle-Entscheidung um den wegen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) problemati-

schen Nutzungsersatz bei Nacherfüllung durch Lieferung einer neuen Sache ging, stellte sich jetzt die Frage nach dem Nutzungsersatzanspruch des Verkäufers im Zusammenhang mit dem durch die Fernabsatzrichtlinie (RL 97/7/EG) vorgesehenen Widerrufsrecht und der nach dessen Ausübung erforderlichen Rückabwicklung des Vertrages. Als Folge der Quelle-Entscheidungen hat der deutsche Gesetzgeber im Dezember 2008 den § 474 Abs. 2 BGB ergänzt. Auch auf die mögliche Richtlinienwidrigkeit der jetzt vom EuGH beanstandeten Vorschrift ist in der Literatur schon seit Entstehung des § 357 Abs. 1 BGB hingewiesen worden⁴.

2. Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Klägerin im Dezember 2005 im Internetshop des Beklagten ein gebrauchtes Notebook für 278 Euro gekauft. Im August 2006 – also nach Ablauf der Frist des § 476 BGB, der innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang bei einem Verbrauchsgüterkauf das Vorliegen des Sachmangels schon bei Gefahrübergang vermuten lässt – kam es zu einem Defekt des Displays. Der Beklagte lehnte die kostenlose Beseitigung ab. Die Klägerin konnte nicht beweisen, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang (§ 434 Abs. 1 BGB) vorlag, weil das Display ja etwa acht Monate funktioniert hatte. Im November 2006 widerrief dann die Klägerin den Kaufvertrag. Sie war über ihr Verbraucherwiderrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt worden⁵. Folge der fehlerhaften Belehrung ist ein unbefristetes Widerrufsrecht (§ 355 Abs. 3 S. 3 BGB).

3. Nunmehr verlangte die Klägerin vor dem AG Lahr die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen und außergerichtlicher Kosten sowie die Feststellung, dass sich der Beklagte im Verzug befinde. Der Beklagte wendete dagegen ein, dass ihm ein Anspruch auf Nutzungsersatz für etwa acht Monate – also bis zu dem Defekt des Displays – zustehe. Bei einem vergleichbaren Notebook liege der Mietpreis im Marktdurchschnitt bei 118,80 Euro für drei Monate, so dass sich für die Nutzungszeit durch die Klägerin ein zu zahlender Wertersatz von 316,80 Euro ergebe.

Das AG Lahr setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH gemäß Art. 234 EGV folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

Sind die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 97/7/EG dahin auszulegen, dass diese einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegensteht, die besagt, dass der Verkäufer im Falle des fristgerecht-

¹ EuGH Urt. v. 17.4.2008 – C-404/06 mit Anmerkung *Staudinger*, ZJS 3/2008, 309 ff. Diese Entscheidung sowie die zugrunde liegende und die darauf folgende BGH-Entscheidung sind besonders methodisch spannend, vgl. dazu *Adomeit/Hähnchen*, *Rechtstheorie für Studenten*, 5. Aufl. 2008, Rn. 70-71. Vgl. auch *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen, zugleich Besprechung von BGH Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle), ZJS 7/2009, 7 ff.

² Die Entscheidung ist Gegenstand zahlreicher Presseberichte, Blogs und Diskussionen im Internet, vgl. beispielsweise *Föhlich* schon am 3.9.2009, www.shopbetreiber-blog.de, *Schupp* am 22.9.2009, www.it-recht-plus.de m.w.N. In der Praxis führt das EuGH-Urteil zu zahlreichen hinsichtlich des Nutzungsersatzes fehlerhaften Widerrufsbelehrungen, die wiederum wegen § 355 Abs. 3 S. 3 BGB zu einem unbefristeten Widerrufsrecht führen. Das wird wohl weitere Fälle wie den vorliegenden provozieren, die nicht dem ursprünglichen Sinn der Fernabsatzrichtlinie (Möglichkeit zur Probe und Prüfung der Ware als Schutz vor übertriebenen Anpreisungen und schönfärbenden Bildern in Katalogen, beim Teleshopping etc.) entsprechen. Aber auch die berüchtigten wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen von Rechtsanwälten bekommen dadurch neues „Futter“.

³ Auffällig schnell gibt es schon viele Besprechungen, vgl. *Faust*, JuS 2009, 1049 ff.; *Lapp*, jurisPR-ITR 19/2009 Anm. 2; *Schinkels*, LMK 2009, 291092; *Schirnbacher*, BB 2009, 2166.

⁴ *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, Diskussionsbericht S. 455 (456); *Rott*, *Widerruf und Rückabwicklung nach der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie und dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, VuR 2001, 78 ff.; *Masuch*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2007, § 357 BGB Rn. 5-6 m.w.N.

⁵ Die unzulässige AGB-Klausel im Wortlaut findet sich in Rn. 15 der Schlussanträge der Generalanwältin. Diese Stellungnahme ist – ebenso wie auch das Urteil – unter <http://curia.europa.eu> mit Angabe des Aktenzeichens abrufbar. *Verica Trstenjak* war übrigens auch die zuständige Generalanwältin für das Quelle-Vorlageverfahren.

ten Widerrufs durch den Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des gelieferten Verbrauchsgutes verlangen kann?

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der EuGH bejahte die vorgelegte Frage in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen der Generalanwältin. Daher kann die Klägerin, die gemäß §§ 312 d Abs. 1, 355 Abs. 1 und Abs. 3 S. 3 BGB wirksam widerrufen hat, gemäß §§ 346 Abs. 1 i.V.m. 357 Abs. 1 S. 1 BGB Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Dem steht kein Gegenanspruch des Beklagten auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen in der Form von Wertersatz gemäß §§ 346 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i.V.m. 357 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen.

Der Nutzungsersatz für die erlangten Gebrauchsvorteile korrespondiert mit der Herausgabepflicht des Verkäufers hinsichtlich der Kaufpreisverzinsung und ist zu unterscheiden von dem – im vorliegenden Fall nicht geltend gemachten – Wertersatz nach §§ 346 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. 357 Abs. 3 S. 1 BGB für die Verschlechterung der Sache durch Ingebrauchnahme. In der Praxis ist die Unterscheidung manchmal nicht ganz einfach, weil Nutzungen und Wert in einem Wechselverhältnis stehen. Aber auch der EuGH und die auf die Entscheidung bezogene Literatur differenzieren hier nicht immer klar, worauf noch einzugehen sein wird.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Fernabsatzrichtlinie kann der Verbraucher einen Fernabsatzvertrag „ohne Angaben von Gründen und ohne Strafzahlung“ widerrufen. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Warenrücksendung (Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2). Im vorliegenden Fall ging es daher vor allem um die Frage, ob Nutzungsersatz als Strafzahlung oder andere (unzulässige) Kosten im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist.

Zur Begründung seiner Entscheidung zog der EuGH vor allem den 14. Erwägungsgrund der Fernabsatzrichtlinie heran. Danach besteht das Widerrufsrecht, weil der Verbraucher „keine Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrags das Erzeugnis zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen“. Das gewährte Widerrufsrecht sei „mehr als ein bloß formales Recht“.

Die deutsche und die österreichische Regierung sowie die Kommission hatten sich in ihren Stellungnahmen dennoch gegen eine den Nutzungsersatz ausschließende Auslegung des Art. 6 Fernabsatzrichtlinie ausgesprochen, dafür hingegen die belgische, die spanische und die portugiesische Regierung. Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes von 2001 bezog sich ausdrücklich auf den 14. Erwägungsgrund der Fernabsatzrichtlinie, worin es auch heißt, dass es „Sache der Mitgliedstaaten“ sei, „weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen“⁶. Zu Recht sprach daher die Generalanwältin *Trstenjak* von einem „nicht unerheblichen Auslegungsspielraum“⁷.

Relevant für die Nutzungskostenersatzentscheidungen des EuGH war der grundsätzliche Gedanke, dass negative Kostenfolgen den Verbraucher von der Ausübung seines Rechts abhalten könnten. Im konkreten Fall würde die Klägerin bei Anerkennung eines Nutzungsersatzanspruchs des Verkäufers unter Umständen keinerlei Rückzahlung des Kaufpreises bekommen, weil ein gebrauchtes Notebook ohnehin nur noch eine kurze Lebensdauer erwarten lässt. Dann wäre die Ausübung des Widerrufsrechts tatsächlich sinnlos. Erfolgreich bleibt aber die auf die Mietkosten abstellende Berechnungsmethode des Beklagten, die von der anerkannten linearen Teilwertabschreibung⁸ nicht unerheblich abweicht und sogar den Kaufpreis übersteigt. Bei langlebigeren Waren könnte der Nutzungsvorteil allerdings etwa gleich hoch dem Zinsvorteil aus der Kaufpreissumme sein und wäre daher nach bisherigem Recht zu saldieren. Der erst bei teureren Waren (und nur für diese ist auch Nutzungsersatz durch den Käufer praktisch relevant) erhebliche Zinsvorteil, bei dem es sich um vom *Verkäufer* (zumindest theoretisch) zu leistenden Nutzungsersatz handelt, scheint den EuGH aber nicht zu interessieren.

Es sei gerade das Ziel des Widerrufsrechts, dem Verbraucher eine unverbindliche Prüfung und Probe der im Fernabsatz gekauften Ware zu ermöglichen⁹. Nur wenn der Verbraucher die Ware „auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Weise benutzt hat“, ist nach Ansicht des EuGH ein angemessener Wertersatz zulässig¹⁰.

2. Die konkrete Fallgestaltung ist geeignet, die Unzulässigkeit von Nutzungsersatz in Frage zu stellen. Immerhin konnte deshalb die Verbraucherin das Notebook mehrere Monate kostenlos benutzen. Man muss sich aber bewusst machen, dass das nur wegen der fehlerhaften Widerrufsbelehrung passieren konnte, also die Ursache dafür in der Sphäre des Unternehmers lag – darauf wird aber abschließend noch einmal zurück zu kommen sein. Im „Normalfall“ einer ordnungsgemäßen Belehrung muss der Verbraucher im Fernabsatz innerhalb von 14 Tagen ab Erhalt der Ware widerrufen (§§ 355 Abs. 1 S. 2, 312 d Abs. 2 BGB).

3. Allerdings könnte man sich im Sinne eines „milderen Mittels“ gegenüber der vom EuGH favorisierten Lösung vorstellen, dass am Zweck der Fernabsatz-Richtlinie orientiert die reine (An-)Probe und Prüfung keine Ersatzpflicht auslöst, wohl aber die darüber hinaus gehende Benutzung. So sieht es § 357 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB für den Wertersatz (also den Ersatz der Wertminderung, nicht für den Nutzungsersatz) bei Ingebrauchnahme vor. Fraglich ist, ob das derzeit mit dem EuGH-Urteil zu vereinbaren ist¹¹. Voraussetzung

⁸ Allgemein zur linearen Teilwertabschreibung *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 357 BGB Rn. 25 und 41.

⁹ EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07, Rn. 24.

¹⁰ Dazu EuGH, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07, Rn. 25-27.

¹¹ *Lapp*, jurisPR-ITR 19/2009 Anm. 2 hält die Differenzierung zwischen Prüfung und Benutzung im Rahmen des Wertersatzanspruchs für Verschlechterung wegen Benutzung nach

⁶ Wörtliches Zitat auch im Entwurf, BT-Drs. 14/6040, S. 199.

⁷ Schlussanträge, Rn. 28-29.

muss jedenfalls eine korrekte Widerrufsbelehrung sein, die auch die Vermeidbarkeit der Ersatzpflicht durch bloße Probe statt echter Ingebrauchnahme erklärt – sonst wäre der Umgehung des Verbraucherschutzes bzw. dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet.

Einer differenzierenden Lösung wird entgegen gehalten, dass Abgrenzungsprobleme zwischen Prüfung und Probe einerseits und Ingebrauchnahme, d.h. echter Benutzung andererseits entstünden¹². Die Darlegungs- und Beweislast für Nutzungersatz müsste aber – den allgemeinen Grundsätzen entsprechend – der durch diese Differenzierung begünstigte Unternehmer tragen¹³. Die schon dadurch für den Verbraucher geringe Rechtsunsicherheit wäre im Interesse einer durch die gerichtlichen Entscheidungen herzustellenden Einzelfallgerechtigkeit hinnehmbar¹⁴. Das Problem, dass klare harte Regelungen sicherer, aber eben nicht gerechter sind, ist

§§ 346 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. 357 Abs. 3 S. 1 BGB auch nach dem EuGH-Urteil für möglich, ohne aber klar zwischen Nutzungs- und Wertersatz zu unterscheiden. *Faust*, JuS 2009, 1051 scheint ebenfalls Ersatz der tatsächlichen Nutzungen als Wertersatz nach §§ 346 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. 357 Abs. 3 S. 1 BGB für möglich zu halten. Die Ausführungen sind aber in diesem Punkt nicht ganz klar. Auch der EuGH differenziert nicht deutlich zwischen Nutzungs- und Wertersatz bzw. Abs. 1 und Abs. 3 von § 357 BGB. Zweifelnder hinsichtlich der nach dem Urteil verbleibenden Möglichkeiten für Wertersatz wegen Benutzung mit klarer dogmatischer Unterscheidung und deshalb überzeugender *Schirnbacher*, BB 2009, 2166. *Schinkels*, LMK 2009, 291092 bejaht Ersatz „wohl nur für den überschießenden Gebrauch“, aber auch den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten zumindest hinsichtlich der „überschießenden deutschen Umsetzung“. Nach der Fernabsatzrichtlinie muss das Widerrufsrecht bei fehlerhafter Belehrung nämlich nicht unbefristet sein, wie es der für alle Verbraucherwiderrufsrechte vereinheitlichte § 355 Abs. 3 S. 3 BGB vorsieht, sondern nur 3 Monate betragen. Für die darüber hinausgehende Zeit ist laut *Schinkels* grundsätzlich Nutzungersatz zulässig und im konkreten Fall daher die Vorgabe des EuGH gar nicht einschlägig. § 357 BGB sei insofern richtlinienkonform auszulegen. Etwas unklare Ausführungen zur Widerrufsfrist finden sich schon bei Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussanträge Rn. 86-87. Aber auch zu diesem Gedanken äußerte sich der EuGH gar nicht.

¹² Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, Rn. 85; *Faust*, JuS 2009, 1051. Anders dagegen (u.a.) der deutsche Gesetzgeber, BT-Drs 14/6040, S. 200 mit Beispielen (Kfz und Buch).

¹³ Vgl. auch Stellungnahmen der Bundesregierung und der Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussanträge Rn. 33 und 85; *Schinkels*, LMK 2009, 291092. Eine Beweislastumkehr (wie für den Wertersatz in § 357 Abs. 3 S. 2 BGB, der an dieser Stelle aber nicht genannt wird) hat der EuGH zu Recht als verbraucherfeindlich und damit richtlinienwidrig beanstandet, Urt. v. 3.9.2009 – C-489/07, Rn. 27.

¹⁴ Vgl. auch *Föhlisch*, www.shopbetreiber-blog.de: „Von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Onlinehandel sind wir aber so weit entfernt wie lange nicht mehr“.

im Übrigen nicht neu. In vielen Rechtsgebieten (z.B. im Mietrecht, im Reisevertragsrecht oder im Haftungs- und Schadensrecht) kam es daher zu einer manchmal schwer zu überblickenden Kasuistik, die aber eben auch ihren (gerechten) Sinn hat. Nach einer gewissen Zeit pendelt sich die Rechtsprechung doch auf eine ausgewogene und dann auch vorhersehbare, sichere Lösung ein.

Es mag viele Fälle geben, in denen sich für den Unternehmer der Aufwand gar nicht lohnen würde, Nutzungersatz wegen echter Benutzung zu fordern. Dennoch hätte man diese Möglichkeit besser offen halten sollen, um eine einseitige und damit letztlich ungerechte Nutzungsherausgabe des Zinsvorteils zu vermeiden. Denn der Unternehmer muss nach wie vor den Kaufpreis gemäß §§ 346 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 347 Abs. 1 i.V.m. 357 Abs. 1 BGB verzinsen (auch wenn das praktisch selten geschieht). Dies hat der EuGH soweit ersichtlich bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt¹⁵.

Der EuGH hat auch die hier befürwortete Differenzierung nicht thematisiert und – wieder einmal – den (unter II.1. beschriebenen) Auslegungsspielraum zu Lasten der Rechte der Mitgliedstaaten für eine schematische, einseitig den Verbraucher begünstigende Entscheidung benutzt. Die Differenzierung ist aber jedenfalls präziser, als der vom EuGH ausnahmsweise vorgesehene Wertersatz bei Benutzung „auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise“¹⁶. Gleichzeitig würde diese Differenzierung das Problem vermeiden, ob nach dem deutschen Bereicherungsrecht die theoretische Nutzungsmöglichkeit oder nur tatsächliche Nutzung zum Ersatz verpflichtet. Es ist nicht ganz unwahrscheinlich, dass der EuGH sich irgendwann auch dazu noch äußern muss.

4. Die nächste Entscheidung des EuGH im Zusammenhang mit Art. 6 der Fernabsatzrichtlinie wird aber zunächst die Frage betreffen, ob der Verbraucher mit den Kosten der Hinsendung der Ware zu ihm (dauerhaft) belastet werden darf, wenn er später von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht¹⁷.

¹⁵ Die Generalanwältin *Trstenjak* führt allerdings in ihren Schlussanträgen (Rn. 33) die Stellungnahme der deutschen Regierung aus, die bereits darauf hinwies. Der Vorschlag von *Faust*, JuS 2009, 1053, *de lege ferenda* auf Nutzungersatzansprüche generell zu verzichten und alles über die tatsächliche Wertminderung auszugleichen, ist daher besser gegenüber der jetzigen, durchaus nicht eindeutigen Situation.

¹⁶ *Föhlisch*, www.shopbetreiber-blog.de, nennt in diesem Punkt die „EuGH-Entscheidung völlig unklar“. *Schinkels*, LMK 2009, 291092 sieht in der Präzisierung dieser Ausführungen die „eigentliche Schwierigkeit“. Vgl. auch *Faust*, JuS 2009, 1052, der dem EuGH-Urteil zwar ebenfalls nicht grundsätzlich kritisch gegenüber zu stehen scheint, aber dennoch beklagt, dass der EuGH „mit Sicherheit nicht einfach“ auf die nationalen Rechtsordnungen verweise und sich „leider nicht um eine Konkretisierung bemüht“ habe.

¹⁷ EuGH-Vorlage des BGH vom 1.10.2008, Az. VIII ZR 268/07. Zu diesem Thema eine Fallbesprechung von

5. Verbraucherschutz ist ein legitimes rechtspolitisches Ziel – Privatautonomie, stringente Zivilrechtsdogmatik der Mitgliedstaaten und gewisse Autonomiereste trotz Europäisierung des Privatrechts sind es aber auch. Die Entscheidung zeigt wieder einmal deutlich: Ersterer ist dem EuGH wichtig, letzteres kaum¹⁸.

Tatsächlich wird aber der durchschnittliche Verbraucher nur als Reflex dieser Rechtsprechung geschützt, nämlich gegenüber Unternehmen, die sich (ohnehin) um rechtmäßige Widerrufsbelehrungen bemühen und die in der Regel schon vorher keinen Nutzungersatz verlangt haben. Es profitieren also jetzt vor allem solche Verbraucher, die sich in diesem Dschungel besser bewegen, als ihre Vertragspartner und die nach einer langen Nutzungsdauer nun ohne sich um Nutzungersatz Sorgen machen zu müssen, wegen falscher Belehrung widerrufen können – jedenfalls bis zur wohl erforderlichen Präzisierung durch den EuGH. Man muss nämlich erst einmal auf die Idee kommen, die Widerrufsbelehrung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, wird dann aber leicht fündig – die Probleme mit der Formulierung rechtmäßiger Muster für die BGB-InfoV, die selbst das Bundesministerium der Justiz hatte, sind bekannt. Ob aber gerade diese Rechtskundigen oder gut Beratenen die Nutznießer eines Verbraucherschutzes auf Kosten von redlich bemühten Unternehmern bzw. der Gesamtheit der Verbraucher, auf die die Kosten umgelegt werden, sein sollten, erscheint doch fraglich.

Priv.-Doz. Dr. Susanne Hähnchen, Münster (Vertretung)

Jansen/Latta, Schwerpunktbereichsklausur – Europäisches Vertragsrecht: Der Kickertisch „München 74“, JuS 2007, 550 ff.

¹⁸ Ausführlichere Kritik zur jüngeren Rechtsfortbildung und Kompetenzbegründung durch den EuGH *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW 2009, 1841 ff. m.w.N.

Entscheidungsanmerkung

Aufforderung zur „umgehenden“ Reparatur als Fristsetzung i.S.v. § 281 Abs. 1 BGB

Für eine Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht. (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 281 Abs. 1

BGH, Versäumnisurt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08 (LG Bochum, AG Bochum)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Das Urteil² behandelt die Anforderungen an die Nachfristsetzung als Regelvoraussetzung für den Übergang von der Primärleistung auf den Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 BGB. Es betrifft damit eine Kernmaterie des allgemeinen Schuldrechts, die gleichermaßen ausbildungs- und prüfungs- wie praxiserheblich ist. Konkret geht es um die Frage, ob eine hinreichend bestimmte Nachfristsetzung i.S.v. § 281 Abs. 1 BGB auch dann zu bejahen ist, wenn der Gläubiger die Nacherfüllung nicht für einen fixen Termin oder innerhalb bestimmter Zeiteinheiten, also gleichsam mit einer „harten“ Nachfrist fordert, sondern durch „weiche“ Formulierungen wie „sofort“, „unverzüglich“, „in angemessener Zeit“, „umgehend“ o.ä. deutlich macht, dass dem Schuldner nur ein begrenzter Zeitraum für die Nachholung der (einwandfreien) Leistung zur Verfügung stehen soll.

2. Im Streitfall hatte der Käufer eines Gebrauchtwagens Mängel am Motor des Fahrzeuges geltend gemacht und die Verkäuferin, eine Händlerin, aufgefordert, diese „umgehend“ zu beseitigen, wobei er ankündigte, dass er andernfalls eine Drittwerkstatt mit der Reparatur beauftragen würde. Nachdem der Käufer in der Folgezeit vergeblich versucht hatte, die Händlerin telefonisch zu erreichen und diese sich entgegen einer Zusage ihrer Mitarbeiterin, sich um die Sache zu kümmern, nicht gemeldet hatte, ließ er das Fahrzeug bei einem Dritten reparieren und verlangt nun im Wege des Schadensersatzes Ersatz der Reparaturkosten.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Entgegen der h.Lit.³ und beiden Vorinstanzen nimmt der BGH an, dass es für eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1

BGB genüge, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich mache, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung stehe.⁴ Auch wenn die Entscheidung unmittelbar nur zu § 281 BGB erging, fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass für die Nachfrist in § 323 Abs. 1 BGB als Voraussetzung zum Übergang auf den Rücktritt anders entschieden worden wäre.

2. Der Senat argumentiert zunächst mit dem Wortlaut des Gesetzes.⁵ Dem Begriff der Fristsetzung lasse sich nicht entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein müsse oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben sei. Anders als § 286 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB für den Verzugsseintritt ohne Mahnung verlange § 281 Abs. 1 BGB keine in dieser Weise bestimmte Frist. Vielmehr könne die Dauer einer Frist – wie häufig bei rechtsgeschäftlichen Fristen – grundsätzlich auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden und sei eine Frist nach allgemeiner Meinung ein Zeitraum, der bestimmt oder bestimmbar sei. Mit der Aufforderung, die Leistung „in angemessener Zeit“, „umgehend“ oder „so schnell wie möglich“ zu bewirken, so der Senat weiter, werde eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar sei.

3. Dem BGH ist sicherlich insoweit zuzustimmen, als er vom Begriff der Frist jeden bestimmbaren Zeitraum umfasst sieht. Ein solches weites Fristenverständnis, das sich nicht auf kalendermäßig oder durch Zeiteinheiten umrissene „harte“ Fristen beschränkt, wird etwa auch durch § 121 BGB gestützt, der (nunmehr) die amtliche Überschrift „Anfechtungsfrist“ trägt und in Abs. 1 für die Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB eine Ausübung „ohne schuldhaftes Zögern“ (unverzüglich) verlangt.

4. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass sich nicht aus dem jeweiligen Zweck eines Fristenerfordernisses strengere Anforderungen an die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Frist ergeben können. Auch dies verneint der BGH jedoch für § 281 Abs. 1 BGB.⁶ Der Zweck der Fristsetzung gem. § 281 Abs. 1 BGB erfordert nach Ansicht des BGH nicht die Angabe eines genauen (End-)termins. Der Zweck, dem Schuldner vor Augen zu führen, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken könne, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt sei, werde bereits durch die Aufforderung, innerhalb „angemessener Frist“, „unverzüglich“ oder „umgehend“ zu leisten, hinreichend erfüllt. Zwar bestehe, so der BGH weiter, für den Schuldner dann die Ungewissheit, welcher genaue Zeitraum ihm für die Leistung zur Verfügung stehe. Diese Ungewiss-

¹ Die Entscheidung ist unter

<http://www.bundesgerichtshof.de> (25.11.2009) abrufbar.

² S. dazu auch Klein, NJW 2009, 3154 (3155); Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 21/2009 Anm. 1.

³ Vgl. die Nachweise in Rn. 8 der Entscheidungsgründe; zur Gegenansicht s. die Nachweise in Rn. 9 der Entscheidungsgründe.

⁴ Ähnl. auch bereits RGZ 75, 354 (357) zu § 542 BGB a.F. für Frist zur „unverzüglichen“ Beseitigung eines Heizungs-mangels; in diesem Sinne auch RG WarnR 1909 Nr. 289 für die Aufforderung zur Leistung binnen „angemessener“ Frist; dagegen lässt das Verlangen „sofortiger“ Leistung nicht genügen RG Recht 1920 Nr. 1497.

⁵ S. die Entscheidungsgründe, Rn. 10.

⁶ S. die Entscheidungsgründe, Rn. 11.

heit sei aber auch bei Angabe einer bestimmten Frist immer dann gegeben, wenn die vom Gläubiger gesetzte Frist zu kurz sei. Eine solche Fristsetzung sei aber nach der Rechtsprechung des BGH zum alten Schuldrecht⁷ ebenfalls nicht unwirksam, sondern setze eine angemessene Frist in Gang, die ggf. vom Gericht in einem späteren Prozess festgestellt werde. Diese zu § 326 BGB a.F. ergangene Rechtsprechung habe der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber unberührt lassen wollen.⁸ Schließlich betont der BGH, dass die Fristsetzung ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht zu einer Hürde werden sollte, an welcher der Käufer aus formalen Gründen scheitere.⁹

5. Die Argumentation des BGH zur Ratio des Fristsetzungserfordernisses begegnet Bedenken. Zunächst spricht für das Erfordernis einer „harten“ Frist die Überlegung, dass § 281 BGB und § 323 BGB, anders als § 326 BGB a.F. keine Ablehnungsandrohung mehr verlangen, der Schuldner also nur noch durch die Fristsetzung selbst vor dem Übergang des Gläubigers auf Schadensersatz bzw. auf den Rücktritt gewarnt wird. Dann aber sollte diese Warnung wenigstens klar und unmissverständlich ausfallen.¹⁰

6. Davon abgesehen ist zweifelhaft, ob es wirklich aus Gründen der Folgerichtigkeit geboten ist, die Rechtsprechung zu § 326 BGB a.F. dahin fortzuschreiben, dass eine „weiche“ Frist genügt, deren Endtermin nur ungefähr umrissen ist.¹¹ Entgegen dem BGH kann man durchaus Unterschiede ausmachen zwischen der Situation der Festsetzung einer „harten“, aber zu kurz bemessenen Frist und der bloßen „weichen“ Angabe einer vage umschriebenen Leistungszeit. Dies zunächst hinsichtlich der Interessenlage des Schuldners. Eine „harte“ Frist mit präzise benanntem bzw. nach Zeitabschnitten exakt festgelegtem Endpunkt bietet dem Schuldner die Klarheit und Sicherheit, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt von einer Rückabwicklung bzw. einem Verlangen nach Ersatz des positiven Interesses verschont zu bleiben. Dies gilt auch im Falle einer unangemessen kurzen Frist. Denn auch dann darf sich der Schuldner auf die weitere Durchführung des Vertrages für den Fall verlassen, dass ihm die fristgemäße Erfüllung gelingt, was ja selbst bei einer zu knappen Frist nicht per se ausgeschlossen ist und erst recht nicht in Grenz- und Zweifelskonstellationen einer nur möglicherweise zu kurz bemessenen Frist. Dagegen fehlt diese Klarheit und Sicherheit, wenn der Schuldner mit „weicher“ Nachfrist zur Leistung aufgefordert wird. Vielleicht stellt sich der Gläubiger unter „angemessen“, „sofort“, „umgehend“ usw. ganz andere Zeitspannen vor als der Schuldner. Selbst eine zu kurz geratene „harte“ Frist bietet also aus Sicht des Schuldners

unter Umständen weniger Anlass zu Zweifeln und Streit als eine „weiche“ Frist.

7. Aber auch die Interessenlage des Gläubigers gebietet aus meiner Sicht keine Gleichbehandlung von zu knapper „harter“ Terminbestimmung einerseits und „weicher“ Fristsetzung andererseits. Bemerkenswert erscheinen in diesem Zusammenhang die Gründe, die das Reichsgericht in Bezug auf § 326 BGB a.F. dazu bewogen hatten, anzunehmen, mit der zu kurz bemessenen „harten“ Frist werde eine angemessene Frist in Gang gesetzt: „Über die Angemessenheit der von ihm gesetzten Frist kann der Gläubiger unverschuldet irren, weil sie von den Umständen des Falles abhängig ist, die ihm vielfach unbekannt sind.“¹² Dementsprechend kam das Reichsgericht zu dem Schluss, dass „der Zweck der Gesetzesvorschrift [...] vereitelt werden [würde], wenn der Schuldner, obwohl ihm durch die Erklärung des Gläubigers bekannt geworden war, dass der Gläubiger von seiner Befugnis der Ablehnung der Leistungsannahme nach dem Ablaufe der Nachfrist Gebrauch machen wolle, diesen beim Vertrage sollte deshalb festhalten können, weil er über die Angemessenheit der Nachfrist irrt.“¹³ Mit der Anerkennung auch der zu kurz bemessenen „harten“ Frist als wirksam sollte also der Gläubiger vor der Unwirksamkeit der Fristsetzung bei einem unverschuldeten Irrtum über die Angemessenheit bewahrt werden. Folgerichtig behandelte die Rechtsprechung schon früh die zu knapp bemessene „harte“ Fristsetzung ausnahmsweise dann als wirkungslos, wenn der Gläubiger die Nachfrist nur zum Schein gesetzt oder zu erkennen gegeben hatte, dass er die Leistung keinesfalls annehmen werde, selbst wenn sie innerhalb einer angemessenen Frist erbracht werden sollte.¹⁴ Gerade weil aber der Gläubiger nach ständiger Rechtsprechung vor dem Risiko einer unverschuldet zu kurz bemessenen „harten“ Frist bereits dadurch geschützt wird, dass regelmäßig eine angemessene Frist in Gang gesetzt wird, fehlt es an einer Rechtfertigung dafür, ihm zu gestatten, sich bei der Fristsetzung vage zu halten. Oder anders gewendet: Setzt die zu kurze „harte“ Frist eine angemessene Frist in Gang, dann kann der Gläubiger auch dann, wenn er unsicher ist, ob die beabsichtigte Frist tatsächlich angemessen ist, diese Frist präzise umreißen, ohne deshalb Nachteile befürchten zu müssen.

8. Zusammengefasst könnte man der aktuellen Entscheidung also vorwerfen, dass sie es dem Gläubiger ohne Not gestattet, die weitere Vertragsdurchführung zu belasten mit der Unsicherheit, welchen Nacherfüllungszeitraum er, der Gläubiger, jedenfalls noch akzeptiere. Dieser Verzicht auf Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hinsichtlich des weiteren Schicksals des Vertrages ist nicht nur aus Sicht des Schuldners bedenklich, sondern auch mit Blick auf eine Inanspruchnahme der Gerichte, die bei „harter“ Fristsetzung vielleicht vermeidbar wäre. Denn Streit darüber, was unter „sofort“, „umgehend“, „in angemessener Zeit“ und ähnlichen „weichen“ Formulierungen richtigerweise zu verstehen ist, wird in

⁷ S. BGH NJW 1985, 2640 unter II. 1. a) m.w.N.

⁸ Vgl. die Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 14/6040, S. 138.

⁹ Vgl. die Begr. zum Regierungsentwurf BT-Drs. 14/6040, S. 185.

¹⁰ In diesem Sinne vor allem *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 68.

¹¹ Kritisch auch *Wassermann*, jurisPR-BGHZivilR 21/2009 Anm. 1.

¹² RGZ 62, 66 (69).

¹³ RGZ 62, 66 (70).

¹⁴ RGZ 56, 231 (234); w.N. bei BGH NJW 1985, 2640.

der Praxis sicherlich weit häufiger aufkommen als bei einer „harten“ Fristsetzung.

9. Aufschlussreich ist im vorliegenden Zusammenhang ein rechtsvergleichender Blick in andere Regelwerke wie das UN-Kaufrecht (CISG) oder auch den Draft Common Frame of Reference (DCFR), die ebenfalls in bestimmten Fällen bei fruchtlosem Nachfristablauf einen Übergang auf Sekundärrechte vorsehen. So setzt das Recht zur Vertragsauflösung gem. Art. 49 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 47 Abs. 1 CISG bzw. Art. 64 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 63 Abs. 1 CISG nach ganz h.A. eine bestimmte Nachfrist im Sinne einer „harten“, also kalendermäßig oder in Zeitabschnitten ausgedrückten Frist voraus.¹⁵ Parallel dazu wird in den Comments¹⁶ zu Art. III.-3:503 DCFR¹⁷ betont: „It will not suffice to ask for performance 'as soon as possible'. It must be a request for performance, say, 'within a week' or 'not later than July 1'." Und dies, obwohl in Abs. 2 von Art. III.-3:503 DCFR parallel zur deutschen Rechtsprechung sogar explizit vorgesehen ist, dass der Gläubiger bei zu knapp bemessener Frist gleichwohl nach Ablauf einer angemessenen Frist zum Rücktritt berechtigt ist.¹⁸ Anders als der BGH sehen die Verfasser des DCFR also offenbar keinen Widerspruch darin, dass zwar einerseits bei zu kurz bemessener Frist eine angemessene Frist in Gang kommt, andererseits aber der Gläubiger dennoch eine „harte“ Frist setzen muss.

10. Die Entscheidung ist übrigens, dies sei abschließend angemerkt, nicht geeignet, Zweifel an der Vereinbarkeit des prinzipiellen Nachfristerfordernisses in §§ 437 Nr. 1, 323 Abs. 1 BGB mit der EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf zu überwinden.¹⁹ Denn nach Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 der Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf²⁰ braucht der Verbrau-

cher-Käufer beim Verbrauchsgüterkauf *gar keine*, also nicht einmal eine „weiche“ Nachfrist zu *setzen*, sondern entsteht das Recht zur Vertragsauflösung schon dann, wenn schlicht ein angemessener Zeitraum verstrichen ist, ohne dass der Verkäufer nacherfüllt hat. Selbst wenn man also wie der BGH in der aktuellen Entscheidung eine „weiche“ Fristsetzung genügen lässt, so bleibt die Europarechtskonformität des deutschen Rechts immer noch fraglich hinsichtlich der Konstellation, dass die Nacherfüllung binnen angemessener Frist unterblieben ist, ohne dass der Verbraucher-Käufer überhaupt eine Frist *gesetzt* hat. Nach wohl h.M. ist § 323 BGB mit Blick auf diese Fälle richtlinienkonform dahin auszulegen, dass bei einem Verbrauchsgüterkauf wegen Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf die Nachfrist ausnahmsweise nach § 323 Abs. 2 BGB *entbehrlich* ist.²¹

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

¹⁵ S. nur *Magnus*, in: Staudinger, Kommentar zum CISG, Neubearb. 2005, Art. 47 Rn. 16 f. u. Art. 63 Rn. 12 f., jeweils m.w.N.

¹⁶ Vgl. von Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Bd. 1, 2009, S. 863.

¹⁷ Art. III.-3:503 DCFR (Termination after notice fixing additional time for performance) lautet:

(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.

(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice.

¹⁸ Auch für das CISG entspricht es wohl h.M., dass eine zu knapp bemessene „harte“ Nachfrist eine angemessene Frist in Gang setzt, vgl. *Magnus* (Fn. 15), Art. 47 Rn. 20 u. Art. 63 Rn. 16, jeweils m.w.N. auch der Gegenansicht.

¹⁹ Anders offenbar *Klein*, NJW 2009, 3154 (3155).

²⁰ Art. 3 Abs. 5 Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf lautet: (5) Der Verbraucher kann eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen,

- wenn der Verbraucher weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung hat oder

- wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat oder

- wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat.

²¹ S. dazu nur *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 85 m.w.N.

Entscheidungsanmerkung

Zulässigkeit des Einsatzes von Wahlcomputern

1. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 38 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen.

2. Beim Einsatz elektronischer Wahlgeräte müssen die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 38 Abs. 1 S. 1; BVerfGG § 13 Nr. 3, § 48; BWahlG § 1 Abs. 1 S. 2, § 31, § 35 Abs. 1 und 2, § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 6

BVerfG, Urt. v. 3.3.2009 – 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07

I. Einleitung

Als im Jahr 2005 die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag durchgeführt wurde, gaben erstmalig etwa zwei Millionen Stimmberechtigte in Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt ihre Stimme über rechnergesteuerte Wahlgeräte ab. Die Wahlcomputer des niederländischen Unternehmens Nedap wurden hierbei von einem Mikroprozessor und einem eigens entwickelten Softwareprogramm gesteuert. Nach Vorlage der amtlichen Wahlunterlagen gaben die Stimmberechtigten ihre Stimme über ein am Wahlgerät befindliches Tastenfeld ab, das dem Stimmzettel in Papierform nachgebildet war.

Die abgegebenen Stimmen wurden ausschließlich im Speichermodul des Wahlcomputers abgelegt und am Ende des Wahltages durch das Gerät selbst ausgezählt. Einen externen Beleg über die Stimmabgabe oder deren Speicherung durch das Wahlgerät erhielten die Wählerinnen und Wähler nicht. Lediglich das Gesamtergebnis der Auszählung konnte durch einen integrierten Drucker ausgedruckt werden. Das Speichermodul des Wahlcomputers, das neben den Daten der Stimmzettel auch die Zuordnung der Wahlvorschläge zu den einzelnen Tasten sowie Daten zu Wahllokal und Datum gespeichert hatte, konnte als kassettenförmige Speichereinheit aus dem Gerät entfernt werden, um die Daten zu sichern. Es wird daher auch als elektronische Urne¹ oder Blackbox der Demokratie² bezeichnet.

Die gegen die Bundestagswahl 2005 eingelegten Wahlprüfungsbeschwerden wendeten sich gegen diese Form der Stimmabgabe, die verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätzen, insbesondere dem ungeschriebenen Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl gem. Art. 38 i.V.m. 20 Abs. 1, 2 GG nicht genügen sollte.

Anhand der vom BVerfG nun getroffenen Richtungsentscheidung³ wird im Folgenden erörtert, wo die verfassungsrechtlichen Probleme einer computergestützten Stimmabgabe liegen und wie eine neue Generation von Wahlcomputern aussehen könnte, die den Wahlrechtsgrundsätzen des Grundgesetzes und den Vorgaben des BVerfG entsprechen.

II. Zulässigkeit rechnergesteuerter Wahlgeräte im Einzelnen

1. Überblick über die Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG stellt im Rahmen des Wahlprüfungsverfahrens die Verfassungswidrigkeit der Bundeswahlgeräteverordnung fest. Zwar sei die in § 35 BWG statuierte Ermächtigungsgrundlage der Bundeswahlgeräteverordnung verfassungsgemäß, da sie insbesondere den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genüge, jedoch sei die Bundeswahlgeräteverordnung, die den Einsatz der Wahlcomputer der Firma Nedap gestattet, nicht mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl gem. Art. 38 i.V.m. 20 Abs. 1, 2 GG vereinbar. Die Verwendung rechnergesteuerter Wahlgeräte könne weder eine wirksame Kontrolle der wesentlichen Schritte der Wahlhandlung noch eine zuverlässige Nachprüfung des Wahlergebnisses ohne besondere Sachkenntnis gewährleisten. Zwar seien verfassungsrechtliche Prinzipien denkbar, die eine Ausnahme bzw. Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes rechtfertigen, jedoch bildeten das Interesse an einer raschen Klärung der Zusammensetzung des Deutschen Bundestages und eine Kostenreduzierung keine anzuerkennenden gegenläufigen Verfassungsbelange.

2. Rechtsgrundlage für den Einsatz von Wahlcomputern

Die rechtliche Grundlage für den Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte findet sich in § 35 BWG. Gem. § 35 Abs. 3 BWG wird das Bundesministerium des Innern ermächtigt, durch Rechtsverordnung den Einsatz von Wahlcomputern zu gestatten. Auf dieser Grundlage erließ das Bundesministerium des Innern eine Bundeswahlgeräteverordnung, die den Einsatz der Wahlcomputer der Firma Nedap in oben beschriebener Form gem. § 35 Abs. 2 BWG i.V.m. § 4 BWahlGV genehmigte.

Die Verordnungsermächtigung des § 35 BWG begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken⁴, da Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung insbesondere in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 6 BWG hinreichend bestimmt geregelt sind, so dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG an die Ermächtigungsgrundlage eingehalten sind.

Jedoch muss die Bundeswahlgeräteverordnung, die die verwendeten rechnergesteuerten Wahlgeräte genau bezeichnet und beschreibt, ebenfalls den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Wahl genügen. Somit ist stets zu prüfen, ob die Wahlgeräte, die durch die Verordnung zum Einsatz kommen sollen, die Einhaltung der Wahlrechtsgrundsätze sicherstellen, also eine allgemeine, unmittelbare, freie, glei-

¹ Schönau, Elektronische Demokratie, 2007, S. 53.

² Schreiber, Bundeswahlgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 35 Rn. 9.

³ BVerfG NJW 2009, 2195 = NVwZ 2009, 708 ff.

⁴ BVerfG NVwZ 2009, 708 (713).

che und geheime Wahl und die Öffentlichkeit dieser Wahl gewährleisten.

3. Einhaltung der Wahlgrundsätze

Nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Ergänzt werden diese fünf Wahlrechtsgrundsätze in objektiv-rechtlicher Hinsicht⁵ durch das Gebot der Öffentlichkeit der Wahl, das aus dem Demokratie-, Republik- und Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 38 GG hergeleitet wird⁶ und für die Wahlhandlung in § 31 BWG eine einfachgesetzliche Ausprägung gefunden hat.

a) Allgemeinheit der Wahl

Die Allgemeinheit der Wahl bedeutet Gleichheit aller Bürger bezüglich der Fähigkeit zu wählen und damit stimmberechtigt zu sein sowie gewählt zu werden⁷. Dieser Grundsatz wird durch den Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte nicht beeinträchtigt.

b) Unmittelbarkeit der Wahl

Ebenso ist auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht verletzt, der sich auf das Wahlverfahren bezieht und jedes Verfahren ausschließt, bei dem sich zwischen Wähler und Wahlbewerber eine weitere Instanz wie beispielsweise eine Versammlung gewählter Wahlmänner⁸ einschleibt und somit den direkten Einfluss der Stimmabgabe auf Erfolg und Misserfolg der Wahlbewerber verfälschen kann⁹. Das BVerfG nimmt zu diesem Punkt keine Stellung, da der Speicherungsprozess nicht als weitere Willensentscheidung angesehen werden kann¹⁰, sondern lediglich die Frage betrifft, ob die vom Wähler abgegebene Willensentscheidung den korrekten Niederschlag im Wahlergebnis gefunden hat. Folglich betrifft die Speicherung nicht die Frage der Unmittelbarkeit, sondern die des Öffentlichkeitsgrundsatzes, da das Computerprogramm die Eingabe des Wählers durch die Speicherung letztlich sofort aus zählt. Ob diese Auszählung korrekt erfolgt, ist jedoch ebenso wie bei einer Auszählung per Hand durch Wahlhelfer keine Frage der Unmittelbarkeit, sondern gerade der Transparenz.

c) Freiheit der Wahl

Weiterhin behält jeder Bürger im Rahmen der Freiheit der Wahl weiterhin sein Recht, dass die Stimmabgabe frei von Zwang und wirtschaftlichem Druck bleibt¹¹.

d) Gleichheit der Wahl

Problematisch wird jedoch bereits die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl. Im Rahmen des aktiven Wahlrechts bedeutet Gleichheit, dass jede Wählerstimme im Wahlgesehene rechtlich und faktisch das gleiche Gewicht besitzen muss, also den gleichen Zählwert haben muss¹². Insofern müsste der Wähler aber darauf vertrauen, dass seine Stimme einmal vom Computer gezählt und abgespeichert wurde und in einem zweiten Schritt auch die Stimmen der anderen Wähler nur einmal gezählt wurden. Das BVerfG legt in seiner Entscheidung dar, dass ein Vergleich der Anzahl der Stimmabgabevermerke im Wählerverzeichnis sowie der Zahl der eingenommenen Wahlscheine mit der am Wahlcomputer angezeigten Gesamtstimmzahl kein Beweis für die Richtigkeit der Stimmverteilung ist. Dessen ungeachtet kann bei einem solchen Abgleich, der auch bei der Bundestagswahl 2005 von der Wahlvorstehern durchgeführt wurde, aber sichergestellt werden, dass jede abgegebene Stimme auch nur einmal gezählt wurde¹³. Somit ist das Gebot der gleichen Wahl gewahrt¹⁴.

e) Geheime Wahl

Ferner muss der Computereinsatz auch die Geheimhaltung der Wahl sicherstellen, die den einzelnen Wähler davor schützen soll, dass ein Dritter gegen seinen Willen von seinem Stimmverhalten Kenntnis erlangt¹⁵. Wenngleich das BVerfG klargestellt hat, dass zwischen den einzelnen Wahlgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 GG grundsätzlich kein Rangverhältnis besteht¹⁶, so stellt der Grundsatz der geheimen Wahl doch den wichtigsten institutionellen Schutz der Wahlfreiheit¹⁷ dar, da gerade hierdurch zu einem hohen Grade die Unabhängigkeit der Wahlentscheidung gesichert wird¹⁸. Eine einfachgesetzliche Ausprägung für die Stimmabgabe mit Wahlgeräten findet sich in § 35 Abs. 4 BWG, der auf § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BWG verweist.

Die elektronische Speicherung der Stimmabgabe birgt stets die Gefahr in sich, dass nachvollzogen werden kann,

⁵ Sachs, JuS 2009, 746 (748).

⁶ Schreiber, Bundeswahlgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 31 Rn. 2.

⁷ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 38 Rn. 5.

⁸ Achterberg/Schulte, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2005, Art. 38 Rn. 124.

⁹ BVerfGE 95, 335 (350).

¹⁰ A.A.: Schiedermaier, JZ 2007, 162 (166).

¹¹ BVerfGE 44, 125 (139).

¹² Badura, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 131. Aktualisierung 2007, Anh. zu Art. 38 Rn. 12.

¹³ BVerfG NVwZ 2009, 708 (714).

¹⁴ Schreiber, Bundeswahlgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 35 Rn. 4.

¹⁵ Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 49. Aktualisierung, 2007, Art. 38 Rn. 110.

¹⁶ BVerfGE 99, 1 (13).

¹⁷ BVerfGE 99, 1 (13).

¹⁸ Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 49. Aktualisierung, 2007, Art. 38 Rn. 110.

welcher Wähler diese Stimme abgegeben hat, indem die Wähler durchnummeriert und mit der entsprechenden Stimmabgabe abgeglichen oder Funksignale der Wahlcomputer bei der Stimmabgabe abgefangen werden. Obwohl das BVerfG in seiner Entscheidung insoweit keine Einwände erhoben hat, wird in dieser Möglichkeit des Abgleichens ein Verstoß gegen den Grundsatz der geheimen Wahl gesehen¹⁹. Die eingesetzten Wahlcomputer müssen also, um eine geheime Wahl zu gewährleisten, die Stimmen anonym speichern, indem die Speicherplatzzuordnung für die abgegebene Stimme selbstständig und zufällig erfolgt²⁰.

f) Öffentlichkeit der Wahl

Letztlich jedoch hat das BVerfG die Bundeswahlgeräteverordnung, die den Einsatz von Wahlcomputern dieser Bauart erlaubt, für unvereinbar mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit des Art. 38 i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 2 GG erklärt.

Dieser erfordert die öffentliche Überprüfbarkeit des gesamten Wahlverfahrens, ausgehend vom Wahlvorschlagsverfahren, über die Wahlhandlung bis hin zur Ermittlung des Wahlergebnisses²¹. Die einzig zugelassene Ausnahme bildet hierbei der Akt der Stimmabgabe des Wahlberechtigten selbst, die dem Wahlgeheimnis unterliegt²².

Der Öffentlichkeitsgrundsatz, der auch als Grunderfordernis eines parlamentarisch-demokratischen Verfassungslebens angesehen wird²³, sichert dabei die Ordnungsgemäßheit der Wahlvorgänge durch deren Überprüfbarkeit. Nur so kann begründetes Vertrauen der Bürger in den korrekten Ablauf der Wahl entstehen²⁴, welches in der parlamentarischen Demokratie, in der die Herrschaft des Volkes nicht dauernd unmittelbar ausgeübt wird, als Grundvoraussetzung für eine demokratische politische Willensbildung anzusehen ist²⁵. Die Wahl als grundlegender Legitimationsakt verlangt nämlich nach Kontrollierbarkeit des Wahlvorgangs, damit Manipulation ausgeschlossen oder korrigiert und unberechtigter Verdacht widerlegt werden kann²⁶.

In dem Erfordernis der Nachvollziehbarkeit der essentiellen Schritte der Wahl liegt das entscheidende Problem des Wahlcomputereinsatzes. Zwar ist auch weiterhin ein freier Zugang zum Wahllokal zur Abstimmungsbeobachtung gewährleistet²⁷, jedoch kann gerade die Ergebnisermittlung durch die Auszählung nicht nachvollzogen werden. Aber auch diese muss der Kontrolle des Einzelnen zugänglich

sein²⁸. Der Wahlcomputer zeigt lediglich ein Endergebnis an, dem seine eigene Stimmenspeicherung zu Grunde liegt. Es kann weder kontrolliert werden, ob die Stimmen richtig abgespeichert worden sind, noch, ob der Wahlcomputer korrekt und fehlerfrei ausgezählt hat.

Das BVerfG stellt klar, dass eine solche Kontrolle nicht nur im Hinblick auf den Öffentlichkeitsgrundsatz notwendig ist, sondern gerade auch im Hinblick auf die Manipulierbarkeit von Computerprogrammen und Fehleranfälligkeit elektronischer Wahlgeräte²⁹. Wird die Stimmabgabe nur auf einem Speichermodul abgelegt, so kann der Wähler selbst nicht nachvollziehen, ob seine abgegebene Stimme wie beim Einwurf in die Wahlurne unverfälschte Grundlage für die Auszählung geworden ist.

Ferner kann auch eine spätere Nachzählung nicht erfolgen, da nur die gespeicherten Stimmen erneut gezählt werden können, was jedoch nicht über die Frage hinweghilft, ob die Stimme vom Computer richtig erfasst wurde. Es genügt deshalb nicht, wenn der Wähler ausschließlich über eine elektronische Anzeige am Wahlcomputer darüber unterrichtet wird, dass seine Stimmabgabe registriert worden ist, da er somit darauf verwiesen ist, ohne die Möglichkeit eigener Kontrolle auf die Funktionsfähigkeit des Systems zu vertrauen³⁰.

Demzufolge muss eine neue Generation von Wahlgeräten die Möglichkeit einer Aus- bzw. Nachzählung gewährleisten, die gerade nicht mehr allein vom Wahlgerät selbst durchgeführt werden kann. Nur eine anderweitige Auszählungsmöglichkeit kann eine zuverlässige Richtigkeitskontrolle sicherstellen.

Einschränkungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit durch den Gesetzgeber sind in begrenztem Umfang zwar zulässig, wenn andere verfassungsrechtliche Belange eine solche Ausnahme rechtfertigen. Dies wird insbesondere dann angenommen, wenn den geschriebenen Wahlgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG Geltung verschafft werden soll. So werden beispielsweise die Beeinträchtigungen des Grundsatzes der freien und geheimen Wahl im Rahmen der Briefwahl ausnahmsweise zugelassen, um eine möglichst hohe Wahlbeteiligung zu ermöglichen und damit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl Rechnung zu tragen³¹.

Der Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte lässt indessen keinen solchen verfassungsrechtlichen Belang erkennen. Der Einsatz dieser Geräte dient in erster Linie der Beschleunigung der Stimmenauszählung sowie der Einsparung von Wahlhelfern und somit der Kostenreduzierung. Rein finanzielle Rationalisierungsvorteile stellen für sich jedoch keinen Wert von Verfassungsrang dar. Eine schnellere Bekanntgabe des Wahlergebnisses und der damit verbundenen Klärung der Zusammensetzung des Deutschen Bundestages ist im Hinblick auf Art. 39 Abs. 2 GG zwar wünschenswert und als verfassungsrechtlicher Belang anzuerkennen, jedoch wird auch bei der momentan üblichen Auszählung per Hand durch Wahlhelfer binnen angemessener Frist ein Ergebnis vorge-

¹⁹ Schiedermaier, JZ 2007, 162 (167).

²⁰ Will, CR 2008, 540 (541).

²¹ BVerfG NVwZ 2008, 991 (992).

²² Trute, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 38 Rn. 66.

²³ Schreiber, Bundeswahlgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 31 Rn. 2.

²⁴ Schreiber, Bundeswahlgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 10 Rn. 1.

²⁵ BVerfG NVwZ 2009, 708 (709).

²⁶ BVerfG NVwZ 2009, 708 (709 f.).

²⁷ Schreiber, Bundeswahlgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 31 Rn. 3.

²⁸ Sachs, JuS 2009, 746 (747).

²⁹ BVerfG NVwZ 2009, 708 (710 f.).

³⁰ BVerfG NVwZ 2009, 708 (711).

³¹ BVerfGE 21, 200 (205); 59, 119 (125).

legt, so dass eine so weit reichende Einschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit nicht gerechtfertigt ist. Denn Art. 39 Abs. 2 GG verlangt nicht, dass das Wahlergebnis binnen Minuten nach Schließung der Wahllokale vorliegt³². Die letzten Bundestagswahlen haben zudem gezeigt, dass ein erstes aussagekräftiges Endergebnis binnen weniger Stunden vorliegen kann. So wurde bei der Bundestagswahl am 18.11.2005 ein erstes vorläufiges amtliches Endergebnis bereits am 19.11.2005 um 1.35 Uhr durch den Bundeswahlleiter verkündet³³, bei den vergangenen Bundestagswahlen am 27.11.2009 um 3.35 Uhr³⁴.

III. Ausblick

Das Urteil des BVerfGs stellt keine grundsätzliche Absage an die Verwendung von Wahlcomputern dar. Deren Einsatz ist in § 35 BWG ausdrücklich vorgesehen und verfassungsrechtlich unbedenklich³⁵, sofern die aufgezeigten Rechtsverstöße gegen die Wahlgrundsätze vermieden werden, die Bürger also die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüfen können. Das BVerfG hat jedoch keine Aussagen darüber getroffen, wie genau die Wahlcomputer zukünftig funktionieren müssen.

Bei der Frage, wie zukünftige Wahlgeräte aussehen und funktionieren sollen, ist nochmals auf den verfolgten Zweck abzustellen. Der Einsatz computergestützter Wahlgeräte dient in erster Linie der schnelleren Ermittlung des Wahlergebnisses, daneben der Vermeidung von Auszählungsfehlern von Hand und letztlich der Kostenreduzierung durch die Einsparung von mehreren hunderttausend Wahlhelfern³⁶.

Ein Umbau der von der Firma Nedap eingesetzten Wahlcomputer gestaltet sich hierbei schwierig, da der Zählvorgang auf einem elektronischen Speicher unabhängig vom eingesetzten Computer letztlich nur von Computerexperten nachvollzogen werden kann.

Die letztlich verbleibende Möglichkeit liegt momentan im Einsatz sog. „Wahlscanner“, die einzig mit den Grundsätzen der Wahl in Einklang gebracht werden können.

³² BVerfG NVwZ 2009, 708 (712).

³³ Vgl. Pressemitteilung des Bundeswahlleiters vom 19.11.2005,

http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_05/presse/pd360211.html (Stand: 11.11.2009).

³⁴ Vgl. Pressemitteilung des Bundeswahlleiters vom 28.11.2009,

http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_09/presse/72_Vorlaeufiges_amtliches_Ergebnis_der_Bundestagswahl_2009.html (Stand: 11.11.2009).

³⁵ Kretschmer, in: Schmidt/Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art. 38 Rn. 32.

³⁶ Bei der Bundestagswahl 2009 wurden nach Angaben des Bundeswahlleiters rund 630.000 Wahlhelfer eingesetzt, vgl. Pressemitteilung vom 14.11.2009, http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_09/presse/61_Wahlhelfer.html (Stand: 11.11.2009).

Die Bürger wählen dabei wie gewohnt durch ein Kreuz auf dem Stimmzettel. Der übliche Einwurf des Stimmzettels in die Urne wird jedoch durch den mechanischen Einzug ersetzt. Während dieses Einzugs wird die Wahlentscheidung des Stimmberechtigten erkannt und zufällig abgespeichert. Der entscheidende Unterschied dieser Alternative besteht darin, dass der Originalstimmzettel Grundlage der Auszählung wird, nicht der Tastendruck auf einem Bildschirm. Daneben ist zu beachten, dass auch kein Stimmzettelausdruck in Papierform durch das Wahlgerät erfolgt, sondern der Wähler selbst seinen Stimmzettel ausfüllt. Somit ist auch der vereinzelt geäußerten Gefahr³⁷ begegnet, dass der Wahlcomputer zwar einen Stimmzettel ausdrückt, der der Stimmgabe des Wählers entspricht, aber dennoch eine falsche Stimmenspeicherung vornimmt. Ebenso wie der oben dargestellte Wahlcomputer kann ein computergestützter Scanner unmittelbar nach Schluss der Wahllokale das Ergebnis feststellen, das dann dem Bundeswahlleiter übermittelt werden kann. Im Gegensatz zu den Wahlcomputern ist die Ergebnisermittlung der Öffentlichkeit jedoch nicht vollständig entzogen und rein auf eine elektronische Speicherung verlagert, da alle Stimmen wie bisher auf den Originalstimmzetteln der Wähler vorhanden sind.

Damit ist den oben dargestellten Bedenken des BVerfGs begegnet. Jeder Wähler weiß genau, ob seine Stimme richtig angenommen wurde, da er den Stimmzettel vor sich hat. Ob der Scanner die Stimme dann unverfälscht erfasst hat, kann auch in diesem Verfahren weder der Wähler noch der Wahlvorstand mit letzter Sicherheit überprüfen, jedoch stehen die Stimmzettel für eine Nachzählung gleichermaßen zur Verfügung wie für eine gewöhnliche obligatorische Auszählung. Das Ergebnis der Wahl kann somit durch eine Nachzählung verifiziert werden, deren Gegenstand die Originalstimmzettel sind und nicht nur die elektronisch gespeicherten Stimmen, hinsichtlich derer weder Wähler noch Wahlvorstand überprüfen können, ob sie unverfälscht erfasst worden sind.

Die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten der Ergebnisermittlung sind damit vielfältiger Natur. Das Ergebnis kann letztlich so als Endergebnis angenommen werden, wie es vom Scanner ausgezählt ist, es kann aber auch zusätzlich per Hand ausgezählt werden.

In jedem Fall sind aber die intendierten Vorteile gewahrt. Denn ein – zumindest vorläufiges – Ergebnis kann binnen kürzester Zeit durch das Ergebnis der Scanner bekannt gegeben werden. Eine kostenintensive Aus- bzw. Nachzählung mit vielen Wahlhelfern am Wahlabend kann auf die darauf folgende Woche verschoben werden. Diese Auszählung erfordert dann aber nicht eine derart hohe Zahl an Wahlhelfern, da die Auszählung mehrerer Wahlurnen von den gleichen Helfern durchgeführt werden kann. Dies wiederum hätte die erwünschte Kosteneinsparung zur Folge.

IV. Fazit

Die langfristige Umstellung der Wahlen auf Wahlcomputer stellt eine gute Möglichkeit dar, eine schnelle Ergebnisermittlung

³⁷ Will, NVwZ 2009, 700 (701).

lung zu ermöglichen, die frei von menschlichen Auszählungsfehlern ist.

So lange jedoch ein Computerprogramm vor Verfälschungen oder Manipulationen nicht absolut geschützt werden kann und nicht mit Gewissheit von der Richtigkeit der Stimmenauszählung und Speicherung ausgegangen werden kann, müssen weiterhin die Nachteile einer Auszählung per Hand hingenommen werden. Vor dem Hintergrund der Funktionsweise der verwendeten Wahlcomputer stellt die Entscheidung des BVerfGs jedenfalls eine absolute Notwendigkeit dar. Die Bedeutung der Wahl als grundlegender Legitimationsakt in einer repräsentativen Demokratie gebietet einen restriktiven Umgang mit modernen Stimmauszählungsmethoden.

Ass. iur. Nicolas Mähner, München

B u c h r e z e n s i o n

Peter Bringewat, Methodik der juristischen Fallbearbeitung: Mit Aufbau- und Prüfungsschemata aus dem Zivil-, Strafrecht und dem öffentlichen Recht, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2007, 205 S., kart., € 22,-

Seit der Einführung außeruniversitärer Prüfungen besteht von studentischer Seite her die Nachfrage nach über den materiell rechtswissenschaftlichen Stoff hinausgehenden und auf das Prüfungsspezifische gerichteten Anleitungen. Derart studienpraktisch ausgerichtete Bücher sind längst nicht mehr den Repetitoren und den „schnell-und-billig“-Verlagen vorbehalten, sondern in durchaus qualifizierter Form mittlerweile Bestandteil aller gängigen Verlagsprogramme, welche nicht selten auf namhafte Autoren verweisen können. Die Schwerpunktsetzungen fallen dabei recht unterschiedlich aus und reichen von generellen Anleitungen, wie etwa Einführungen in die juristische Arbeitstechnik, bis zur Bearbeitung einzelner Teilbereiche juristischer Tätigkeit, wie der juristischen Rhetorik.

In diesem Spektrum verspricht der vorliegende Titel zur „juristischen Fallbearbeitung“ ein eher breit aufgestelltes Lehrbuch. Eine Besonderheit des Titels stellt aber wohl der Anspruch dar, nicht lediglich eine Einführung in die juristische Fallbearbeitung zu bieten, sondern gleich eine Methodik derselben vorzulegen, und für einen Moment ist der unbedarfte Leser versucht, gar ein Lehrbuch zur juristischen Methodik vor sich zu wähen. Als ein solches versteht sich *Bringewats Methodik der Fallbearbeitung* jedoch nicht: Nicht die komplexen Mechanismen und Funktionen des Rechts und die grundsätzliche Handhabung desselben sollen vermittelt werden, sondern ein besserer Umgang mit den juristischen Leistungskontrollen, insbesondere mit Klausuren und Hausarbeiten, ausgehend von den hier geforderten Falllösungen. Dabei ist es auch nicht das Anliegen des *Autors* die Art der Fallbearbeitung i.d.S. wissenschaftlich zu begründen, weshalb der Titel „Methoden der Fallbearbeitung“ den Stoff wohl treffender beschrieb.

Zu einer solchen praktisch-methodischen Einweisung scheint dem *Autoren* allerdings eine besondere Eignung zukommen, legt man den Erfolg seiner Schrift „*Klausuren schreiben leicht gemacht: Form und Aufbau der juristischen Klausur und Hausarbeit mit Musterarbeiten für Juristen, Betriebs- und Volkswirte*“ (Ewald von Kleist Verlag) zugrunde, deren Erstauflage in diesem Jahr ihr vierzigjähriges Jubiläum feiert und unter seiner Bearbeitung zuletzt 1996 in der 15. Auflage erschienen ist. 2007, also im gleichen Jahr wie die vorliegende Arbeit, erschien *Klausuren schreiben leicht gemacht* in der „16., völlig neu bearbeiteten Auflage“, diesmal allerdings nicht in der Bearbeitung von *Peter Bringewat*, sondern von dessen Sohn *Björn Bringewat*.

Die „Methodik der juristischen Fallbearbeitung“ gliedert sich in zwei Teile. Der erste, „allgemeine“, Teil ist den fächerübergreifenden Themen gewidmet. Hervorzuheben ist dabei die Einstellung, die der *Autor* der Leistungskontrolle gegenüber empfiehlt: Der Bearbeiter solle sich vergegenwärtigen, dass die Prüfung auf die Einübung berufspraktischer

Tätigkeit gerichtet sei, es also darum gehe, „eine tragfähige juristische Entscheidung zu erarbeiten, sie zu treffen und sie überprüfungsfest zu begründen“. Auch wenn diese Empfehlung zunächst dort auf Skepsis stoßen mag, wo unter einem Universitätsstudium zu Recht mehr verstanden wird als Berufsausbildung, so kann dieser Hinweis für den Studenten durchaus hilfreich sein. Er verdeutlicht doch, was im engen Rahmen einer Klausur oder Hausarbeit überhaupt erwartet werden kann. So wird sicher der ein oder andere Bearbeiter vor der Enttäuschung bewahrt, seine weitreichenden und tiefgründigen Ausführungen zu besonderen Aspekten des Falles vom Korrektor nicht honoriert zu sehen. Die schriftliche Prüfung in der Rechtswissenschaft eignet sich halt kaum für kleinwissenschaftliche Abhandlungen – ein nicht unerheblicher Teil juristischer Befähigung lässt sich eben nicht ohne weiteres in den Prüfungen eines Massenstudienganges abfragen. Diesen besonderen Aspekt der juristischen Prüfungssituation stellt *Bringewat* immer wieder zutreffend heraus und baut fortwährend auf diesem auf. Dadurch gelingt es ihm, dem Leser eine „gesunde“ Haltung zu den abzulegenden Prüfungen zu vermitteln.

Prüfungsgegenstand, Aufgabenstellung und Sachverhalt werden anhand längerer Beispielfälle aus dem Zivil-, Straf- und Öffentlichem Recht aufgezeigt. Die Fälle sind bereits andernorts veröffentlicht und ohne Lösungen abgedruckt. Sie dienen lediglich als Anschauungsobjekte und vermitteln zugleich eine „Zielvorstellung“. Wie in der Prüfungssituation wird der Leser zunächst mit dem blanken, unbekanntem Fall konfrontiert.

Das folgende Kapitel *Methodik der Fallbearbeitung*, reiht sich mit seinen 35 Seiten dem Umfang nach in die übrigen Kapitel ein, woraus geschlossen werden kann, dass es sich hierbei um die Methoden der Fallbearbeitung *i.e.S.* wohl im Gegensatz zu den Methoden der Fallbearbeitung *i.w.S.* des Buchtitels handelt. Es werden die Bedeutung der Fallfrage, der Wechselblick zwischen Gutachten und Sachverhalt und die Grundlagen der Subsumtion behandelt. Leider vernachlässigt der *Verf.* grade in diesem Abschnitt die Praxistauglichkeit seiner Darstellung. Ausgehend von dem klaren Schema des Rechtssyllogismus bleibt grade die ausführlichere Beschreibung der eigentlichen Subsumtionstätigkeit aus. Grund hierfür mag sein, dass *Bringewat* an dieser Stelle vor allem einfachste Beispiele auswählt, bei denen sich die Darstellung des eigentlichen Subsumierens auch in der Prüfung erübrigte und der vorgeschlagene Lösungsweg so nicht über den sterilen Dreiklang der Frage nach der Menscheigenschaft des Sokrates hinausgeht. Der *Modus Barbara* bedarf jedoch in der juristischen Fallbearbeitung oft auch der ausführlichen Darlegung sowohl der Konkretisierung des Sachverhalts, als auch des Subsumtionsverfahrens. Grade dieser Schritt wird in der Bearbeitung häufig vernachlässigt, obwohl er der richtige Ort für die Darstellung vieler Probleme einer Falllösung sein kann.

Ein weiteres Versäumnis an dieser Stelle ist die fehlende Fruchtbarmachung der Gesetzesauslegung für die Streitdarstellung. Anders als der *Verf.* annimmt, ist diese – mit Einschränkungen bezüglich der subjektiv-teleologischen Auslegung – durchaus in der Fallbearbeitung, sowohl in der Klau-

sur, erst recht in der Hausarbeit, für den studentischen Bearbeiter nachvollziehbar. Nach der Darstellung des Meinungsstandes, der bei Klausuren umfassend ohnehin nur für Standardprobleme beherrscht werden kann, muss die Streitentscheidung regelmäßig nach den Methoden der Gesetzesauslegung erfolgen. Nur so kann eine qualifizierte Streitentscheidung in der Fallbearbeitung erreicht werden, die sich von einem stumpfen Wiederholen eines Beispielarguments der jeweils favorisierten Auffassung absetzt. Gleichzeitig muss der Bearbeiter in den Kernbereichen des Prüfungsstoffs, in denen eine umfassende Kenntnis der Rechtsprechung und Lehre zu erwarten ist, zumindest doch in der Lage sein, die Argumente der erlernten Auffassungen *lege artis* zu ordnen und dementsprechend einander gegenüberzustellen. Stattdessen verbleibt es bei *Bringewat* bei der Empfehlung, „kenntnisreich auf Auslegungsergebnisse, die bereits von der Rechtsprechung und (rechtswissenschaftlicher) Lehre erarbeitet worden sind“ zurück zu greifen. Mit der anwachsenden Vielfältigkeit von Fallkonstellationen und den immer umfangreicher werdenden Rechtsgebieten muss auch der eifrigste Student angesichts der steigenden Anforderungen an sein Gedächtnis über kurz oder lang passen und die Prüfung wird zum Glücksspiel, verfügt er dann nicht über die *allgemeinen* Mittel um für jeden noch so kniffligen Fall „eine tragfähige juristische Entscheidung zu erarbeiten, sie zu treffen und sie überprüfungsfest zu begründen“. Erst im Abschnitt *Problembearbeitung* klingt die Bedeutung der „eigenen Begründung“ wieder an – auch hier fehlt dann jegliche Anleitung zur Würdigung der widerstreitenden Argumente, wodurch ein zentraler Teil der Fallbearbeitung nicht hinreichend zur Geltung kommt.

Anschließend wendet sich der *Verf.* wieder der formalen Gestaltung zu. Treffend und kurz vermittelt er die Regeln einer angemessenen Schriftsprache, die sich auch in seiner eigenen klaren Sprache widerspiegeln und es dem Leser erleichtern, *Bringewats* Hinweise nachzuvollziehen.

Die Darstellung der Formalia trifft die üblichen Vorgaben für Hausarbeiten. Die Hinweise zum Erstellen des Literaturverzeichnisses entsprechen zwar nicht den allgemeinen wissenschaftlichen Standards, genügen aber den üblichen – in der Rechtswissenschaft ohnehin oft vernachlässigten – bibliographischen Anforderungen an juristische Hausarbeiten.

Dem ersten, „allgemeinen“ Teil schließt sich der „besondere Teil“ der Darstellung an, in dem der *Verf.* den Aufbau juristischer Fallbearbeitung in Bezug auf die Rechtsgebiete des Straf-, Zivil- und Öffentlichen Rechts beschreibt.

Auf den ersten Blick lassen die Beispiellastigkeit dieses Kapitels und die umfassenden Schemata zurückschrecken. Es stellt sich jedoch schnell heraus, dass beides in einem angemessenen Umfang die Herleitung der jeweiligen Prüfungsaufbauten aus dem materiellen Stoff verdeutlicht. Dieses gelingt gut und ohne falsche Scheu, vereinzelt auch einen weitergehenden Blick auf die materiellrechtlichen Grundlagen zu werfen. Insgesamt ist dieser Abschnitt besser gelungen als der erste, lediglich genauere Anweisung zur Erarbeitung von Schemata aus einzelnen Rechtsnormen, insb. zur Reihung der Tatbestandsmerkmale, fehlen.

Die Spezifika der einzelnen Rechtsgebiete im Prüfungsaufbau werden zutreffend zusammengefasst. Eine Überlast des Strafrechts – als des Unterrichts-faches *Bringewats* – ist kaum feststellbar.

Bringewat gelingt es mit seiner *Methodik der juristischen* auf einfache Art, die für die Prüfungen relevanten Zusammenhänge darzustellen und die Funktionen der verschiedenen Elemente juristischer Aufgabenstellungen offenzulegen. Dabei werden abstrakte Analysen solcher Mechanismen nur dort geführt, wo sich hieraus auch zugleich ein Mehrwert für den Leser ergibt. Gleichzeitig gewährt der *Verf.* dem Studenten einen Einblick in die Vorgehensweisen und möglichen Absichten des Aufgabenstellers. Und auch wenn diesbezüglich in der Prüfungssituation immer eine letzte Unsicherheit bleibt, finden sich bei *Bringewat* doch vielfach Hinweise, die auch dann Orientierung bieten können. Einige Ratschläge können dabei zwar durchaus trivial erscheinen, die Erfahrung lehrt jedoch, dass gerade in vermeintlich einfachen Bereichen die häufigsten Fehlerquellen verborgen sind, sodass ein stetiges Hinweisen hierauf unerlässlich ist. Auch vom Umfang her ist das vorliegende Lehrbuch dem Studenten – auch in einem Studiengang, in dem das Lesen ganzer Bücher eine selten geübte Tugend ist - zumutbar.

Noch nicht ganz austariert ist jedoch das Verhältnis von Praxis und Methodik insbesondere im ersten Teil. So wäre hier etwa ergänzend der Hinweis auf die Möglichkeit, einschlägige Normen auch über die „Idiotenwiese“ zu suchen ebenso angebracht wie mehr Mut zur Methodenlehre – nicht im Sinne einer Methodologie, aber doch überall dort, wo sie in der konkreten Fallbearbeitung einen echten Mehrwert darstellt (und das ist die Regel).

Dem Anspruch, eine studienbegleitende Lektüre anzubieten, wird *Bringewat* gerecht. Die anfänglichen falltechnischen Anleitungen entsprechen dem Stoff der Arbeitsgruppen zur propädeutischen Übung und behalten ihre Gültigkeit vielfach nicht nur bis zum ersten Staatsexamen. Gleichzeitig sind gerade die fachspezifischen Darstellungen des zweiten Teils auch dadurch, dass das materielle Recht hier weiter und konkreter einbezogen wird, zum wiederholten Nachschlagen geeignet.

Bringewat legt mit seiner Methodik der juristischen Fallbearbeitung eine in der Ausrichtung gelungene und für die meisten Studenten hilfreiche Anleitung zum Umgang mit juristischen Leistungskontrollen vor, die jedoch im oben aufgezeigten Rahmen noch verbesserungswürdig ist.

Wiss. Mitarbeiter Hans Ulrich Richter-Hopprich, Trier

Buchrezension

Claus Ahrens, Europäisches und Internationales Wirtschaftsprivatrecht, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2008, br., 210 S., € 24,-

Der aus der Feder des Wuppertaler Zivilrechtlers *Claus Ahrens* stammende und in der Reihe Studienbücher erschienene Band ist der europäischen und internationalen Dimension wirtschaftsprivatrechtlicher Sachverhalte gewidmet. Ein Bedarf für die Schrift ergebe sich, so der *Verf.*, vorwiegend für Studierende interdisziplinär ausgerichteter, nicht-juristischer Studiengänge; zudem sei die Verzahnung von Europa- und Internationalem Recht nur selten in juristischen Lehrbüchern anzutreffen.

Die Reise in das Feld des in 9 Teile untergliederten europäischen und internationalen Wirtschaftsprivatrechts nimmt seinen Ausgangspunkt bei einer knapp gehaltenen Vorstellung zum Gesamtsystem des Rechts grenzüberschreitender Sachverhalte, in dem die Unterschiede zwischen Hoheitsträgern und nichthoheitlichen Regelungen in ansprechendem Ton aufbereitet werden. Das supranationale Recht wird im Europarecht gespiegelt, das –dicht und prägnant formuliert– in wenigen Absätzen die Lehre vom Anwendungsvorrang, Inländerdiskriminierung, Rechtsquellenlehre nebst vertikaler und horizontaler Wirkung des Europarechts aufbereitet. Nichthoheitliche Regelungen werden auf allgemeine Geschäftsbedingungen sowie auf die in der Praxis fraglos bedeutsamen und in jedem Lehrbuch vermerkten INCOTERMS beschränkt, obgleich ein Ausblick auf die in der internationalen Wirtschaftspraxis gebräuchlichen Vertragsstandards, wie etwa die der FIDIC-Bestimmungen im Industrieanlagegeschäft, den Blick die Branchenspezifität der internationalen Wirtschaftspraxis geschärft hätte. Das Handelsgeschehen auf das Kaufrecht zu begrenzen, ohne zumindest ansatzweise das Gütertransportrecht wenigstens in seiner einheitsrechtlichen internationalen Ausprägung (z.B. CMR) zu umreißen, belässt die Flagge der Internationalität dann doch in etwas lauer Luft.

Im zweiten Teil, dem Schuldvertragsrecht, wird der Leser an die Besonderheiten des internationalen Privatrechts herangeführt, wobei im Zeitpunkt des Manuskriptschlusses (September 2007) lediglich auf den Entwurf der europäischen VO vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) verwiesen werden konnte. Umso erfreulicher ist es, dass *Ahrens* nicht nur generell den Blick auf die zukünftige Entwicklung lenkt, sondern die europäische Entwurfsfassung im Zuge der Erläuterungen zum EBGB genau eingearbeitet hat. Mehr kann für den angesprochenen Nutzerkreis zur umfassenden, auch zeitlichen Orientierung nicht erwartet werden. Es folgt eine für den Geschmack des Rezensenten überladene Darstellung internationaler Rechtsvereinheitlichung, die neben dem von derzeit 74 Vertragsstaaten gezeichneten UN-Kaufrecht (CISG) auch die jeweils nichthoheitlichen UNIDROIT-Vertragsprinzipien und die Principles of European Contract Law (PECL) der sog. Lando-Kommission detailliert berücksichtigt. Die im Klappentext des Buches ausgerufene Praxisnähe bleibt ein wenig auf der Strecke, mag auch der Gedanke an universelle Ver-

tragsprinzipien seinen eigenen Reiz ausüben. Die der Orientierung dienende Feststellung, dass die UNIDROIT-Prinzipien jedenfalls in der Vertragspraxis keine Rolle spielen, mögen sie auch in der Schiedsgerichtsbarkeit anzutreffen sein, wäre nicht überflüssig gewesen. Auch wenn CISG, UNIDROIT und PECL bereits als drei „Evangelien“ eines zukünftigen europäischen und sogar globalen Vertragsrechts bezeichnet wurden (*Lando*), ist der jeweilige praktische Bezug zumindest gegenwärtig unterschiedlich. Zutreffend wird auf das in weiter Ferne liegende Vorhaben eines Europäischen Zivilgesetzbuches verwiesen. Einer durchaus kritisch zu würdigenden „Lex Mercatoria“, einem Welthandelsrecht, wird dagegen deutlich mehr Aufmerksamkeit und Sympathie gezollt. Die Transformation der Gattungsschuld zu einer Stückschuld bei Bring-, Hol- und Schickschuld gehört zum akademischen Standardrepertoire, erreicht aber in der Praxis der INCOTERMS die ihr zugeordnete Bedeutung aufgrund bereitgestellter Versicherungslösungen kaum. Hier stehen die Eindeckung einer Versicherung für spezifische Transportrisiken, die Zahlung der Prämie, der Gefahrübergang und die Frage der Übernahme der Kosten einer (z.B. seewasserresistenten) Verpackung nebst Zollformalitäten sowie die Kalkulation eines tauglichen Preises im Vordergrund.

Der dritte Teil ist dem Gesellschaftsrecht und dem Unternehmensrecht vorbehalten, wobei die *Societas Europaea* (SE) und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) den Schwerpunkt bilden, während die nach Manuskriptschluss vorgestellte Planung der EU (Small Business Act) für eine europäische Privatgesellschaft (SPE) vor allem für klein- und mittelständische Unternehmen (KMU) unerwähnt bleiben musste.

Der vierte Teil hebt Verfügungen mit Instrumentarien der Zahlungssicherung hervor. Der den Lieferantenkredit absichernde Eigentumsvorbehalt erweist sich aufgrund unterschiedlicher Ausgestaltung eigentumsrechtlicher Regelungen, insbesondere des Abstraktionsprinzips schon innerhalb Europas als kein geeignetes grenzüberschreitendes Sicherungsmittel. Auf die Alternative des Dokumentenakkreditivs wird eingegangen. Das Wertpapierrecht erfährt als Annex eine Betrachtung von immerhin 1,5 Seiten. Gesetzliche Schuldverhältnisse, das Immaterialgüterrecht, das Wettbewerbsrecht sowie das Kartellrecht werden in den Teilen 5-8 in ihren Grundzügen dargestellt, bevor der Band mit einem knappen Überblick zum internationalen Zivilverfahrensrecht abschließt.

Es ist dem *Verf.* gelungen, die Mehrdimensionalität des europäischen und internationalen Wirtschaftsprivatrechts in einer für Studierende ansprechenden, lebendigen und zeitgemäßen Darstellung aufzuzeigen. Die zahlreichen Distinktionen, Schaubilder und Fallbeispiele können Studierende mit Gewinn in einem Land nutzen, das als (noch) amtierender Exportweltmeister sein Geschäftsmodell ohnehin auf Europa und Internationalität gegründet hat.

Prof. Dr. Winfried Huck, Brunswick European Law School (BELS), Wolfenbüttel und Tongji-Universität, Shanghai

B u c h r e z e n s i o n

Petra Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2009, 284 S., € 23,50

Spätestens seit der Einführung der universitären Schwerpunktbereiche gewinnt das Kapitalmarktrecht für Studierende an Bedeutung. Es ist daher erfreulich, dass die Lücke an ausbildungsbegleitender Literatur in diesem Bereich langsam geschlossen wird. Dementsprechend möchte das nunmehr in der 3. Auflage erschienene Buch von *Buck-Heeb* als Lehrbuch verstanden werden, das dem Studenten einen Überblick über die Strukturen dieses Rechtsgebiets bietet. Aber auch dem Referendar und dem Praktiker, der sich zum ersten Mal mit dieser Materie beschäftigt, liefert es eine gute Grundlage zur Einarbeitung.

Das auf in Vorlesungen gewonnenen Erfahrungen fußende Werk ist in acht Teile gegliedert, wobei schwerpunktmäßig das „Grundgesetz des Kapitalmarktrechts“, das WpHG, erläutert wird. Nicht zu kurz kommen die Verknüpfungen zum Gesellschaftsrecht und dem allgemeinen Zivilrecht. So wird etwa das umstrittene Spannungsverhältnis zwischen der Naturalrestitution bei einer Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen und dem Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG) bzw. dem Verbot des Erwerbes eigener Aktien (§ 71 AktG) diskutiert. Durchbrochen wird die abstrakte Darstellung von insgesamt 18 Fällen samt Lösungen, die durch graue Unterlegung vom abstrakten Text abgehoben sind. Leider wählt die *Autorin* eine Vorgehensweise, die mühsames Vor- und Zurückblättern erfordert, da Sachverhalt und Lösung nicht zusammenhängend präsentiert werden. Doch dieser Kritikpunkt vermag den positiven Gesamteindruck nicht zu trüben.

Den Leser erwartet eine klare und verständliche Vorgehensweise, die sich (zum einen) in der Gliederung zu Beginn des Buches zeigt und sich sodann im Text fortsetzt. Zunächst werden die unabdingbaren Grundlagen des Kapitalmarktrechts erläutert, deren Verständnis das Fundament für die in diesem Bereich mannigfaltig aufwartenden Rechtsprobleme bildet. So kommt es beispielsweise für die Schutzgesetzzeigenschaft (§ 823 Abs. 2 BGB) kapitalmarktrechtlicher Vorschriften maßgeblich auf die Frage an, ob die betreffende Norm den Anleger als Individuum oder die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes, mithin ein Kollektivgut, schützen möchte. Diese das gesamte Kapitalmarktrecht durchziehende Problematik wird auf die wesentlichen Aspekte reduziert, ohne dass rechtspolitische Nebenschlachtfelder eröffnet werden, wie sie in diesem Rahmen häufig anzutreffen sind. Solche und andere Rechtsprobleme werden gut nachvollziehbar aufgebaut, wobei eine „herrschende Meinung“ stets als solche gekennzeichnet ist. Da jedoch allein der Verweis auf eine herrschende Ansicht die juristische Argumentation nicht ersetzen kann, ist es umso erfreulicher, dass *Buck-Heeb* zur Begründung häufig allgemeine Auslegungsmethoden heranzieht. Damit führt sie dem Studenten vor Augen, dass eigenständige – und damit punkteträchtige – Argumentation auch im komplexen Kapitalmarktrecht kein „Hexenwerk“ ist.

Das weitere Vorgehen spiegelt die Trennung des Kapitalmarktrechts in das Recht des Primärmarktes, d.h. der Markt, auf dem Wertpapieren zum ersten Mal zum Handel zugelassen werden, und das Recht des Sekundärmarktes, das die Rahmenbedingungen für den Handel mit bereits zugelassenen Papieren umfasst, wider. Während die primärmarktrechtliche Betrachtung vergleichsweise kurz ausfällt, wird sekundärmarktrechtlichen Zulassungsfolgepflichten auf nahezu 140 Seiten breiter Raum gegeben. Ob das den praktischen Bedürfnissen, auf die sich das Buch laut Vorwort vermehrt ausrichten möchte, angesichts der enormen Bedeutung des Wertpapierprospekterrechts entspricht, mag hier dahinstehen. Jedenfalls aus didaktischer Sicht ist nichts dagegen einzuwenden, den Fokus auf die Kernbereiche des WpHG zu lenken. Eingehend besprochen werden das Insiderrecht (§§ 12 ff. WpHG), das Verbot der Marktmanipulation (§ 20a WpHG) und die Beteiligungstransparenz (§§ 21 ff. WpHG). *Buck-Heeb* begnügt sich nicht damit, Fakten darzustellen und Tatbestandsvoraussetzungen „abzuklappen“, sondern setzt darauf, Verständnis zu schaffen. Einzig bei der Kapitalmarktinformationshaftung bleibt das erforderliche Hintergrundverständnis hinter den Erwartungen zurück. Da dieser Bereich grundlegende Prägung erst durch den BGH erfahren hat, wäre es schön gewesen, wenn die Entwicklung der Rechtsprechung etwas ausführlicher dargestellt worden wäre. Hierfür ist leider nur ein kurzer Absatz vorgesehen.

Abschließend beschäftigt sich die *Autorin* mit dem im WpÜG geregelten Übernahmerecht. Neben dem bei Übernahmeangeboten einzuhaltende Verfahren wird die wichtige Frage nach Möglichkeiten zur Abwehr von Übernahmeangeboten beantwortet. Die letzten drei Abschnitte sind den Grundzügen des Investmentrechts, der Kapitalmarktaufsicht und dem Kapitalanlagemusterverfahrensgesetz, das durch die Sammelklage von Telekom-Aktionären den ersten Praxistest bestehen muss, gewidmet.

Alles in allem liefert *Buck-Heeb* eine fundierte Betrachtung des Kapitalmarktrechts und gibt dem Studenten ein – auch mit Blick auf den angemessenen Preis – uneingeschränkt empfehlenswertes Lehrbuch an die Hand. Dabei zeigt sich das Werk auf neuem Stand, was Gesetzesänderungen, Literatur und Rechtsprechung angeht. Der interessierte Leser findet weiterhin sowohl in einer Literatursammlung zu Beginn eines Kapitels als auch in den Fußnoten reichliche (mitunter gar zu umfangreiche) Hinweise zur Vertiefung. Für eine weitere Neuauflage wäre – gerade zu Ausbildungszwecken – eine Zusammenfassung wesentlicher Punkte am jeweiligen Kapitelende wünschenswert. Das erleichtert die Lernkontrolle und bietet die Möglichkeit effizienter Wiederholung.

Wiss. Mitarbeiter Dipl. jur. Matthias Heusel, Tübingen

Buchrezension

Hans-Wolfgang Arndt/Kristian Fischer, Europarecht (UTB-Band 2238), 9. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg/München 2008, 257 S., kart., € 22,90

Nationales Recht ist ohne Europarecht „ernsthaft“ nicht mehr zu verstehen, wobei das Europarecht wohl mehr ist als der bloße „Acquis communautaire“, die Summe der europäischen Rechtsakte. Wie viele Vorschriften das Gemeinschaftsrecht umfasst, ist nicht ganz klar. In Verfolgung seiner labyrinthischen Konzeptionen hat der niederländische Architekt Rem Koolhaas schon vor einigen Jahren eine 31-bändige Gesamtausgabe des Acquis mit ca. 85.000 Seiten produziert. Nach einer Schätzung aus dem Jahr 2003, die *Kirsti Rissanen*, Staatssekretärin im finnischen Justizministerium, wagte, dürften jährlich etwa 700 Verordnungen, 800 Entscheidungen und 100 Richtlinien hinzukommen. Die Schweizer Bundeskanzlerin *Annemarie Huber-Hotz* meinte dazu: „Die größte Herausforderung für die Verständlichkeit unserer Gesetze stellt aber zurzeit zweifellos das EU-Recht dar, [...] die manchmal geradezu groteske Unüberschaubarkeit, Umständlichkeit und Unverständlichkeit der EU-Rechtserlasse [...]“.

Der damit verbundenen Herausforderung stellen sich *Hans-Wolfgang Arndt* und *Kristian Fischer* mit ihrem Lehrbuch, den sie als Grundriss verstehen, der die als unabdingbar angesehenen europarechtlichen Kenntnisse abdecken soll, die im Pflichtfach „Grundzüge des Europarechts“ verlangt werden. Sie stellen sich der didaktischen Aufgabe, die Komplexität des Themas so zu reduzieren, dass einerseits der Studierende es verstehen, verarbeiten und memorieren kann, ohne andererseits auf Wesentliches zu verzichten. Damit „balancieren“ sie – ganz bewusst – gewissermaßen auf der Grenzlinie zwischen Notwendigkeit und Oberflächlichkeit bzw. zwischen Stoffüberfrachtung und Stoffreduzierung. Der Leser kann sich der Expertise beider *Autoren* getrost anvertrauen. *Hans-Wolfgang Arndt*, ordentlicher Professor für Öffentliches Recht, Steuerrecht, sowie Rektor der Universität Mannheim, hat das Werk begründet und sich dabei stets an den Bedürfnissen und Nöten der Studenten ausgerichtet. Für die 9. Auflage konnte er mit *Kristian Fischer* (außerplanmäßiger Professor an der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim, Rechtsanwalt und Counsel einer internationalen Anwaltssozietät) einen Mitautor gewinnen, der für die Praxisnähe des zu vermittelnden Lehrstoffes bürgt. Das Ergebnis der Verbindung überzeugt.

Die souveräne und gezielte Beschränkung des Stoffes auf das examensrelevante Grundwissen lässt einerseits das Werk gegenüber der Voraufgabe um mehr als 60 Seiten schrumpfen und steigert (!) andererseits die Orientierungssicherheit des Lesers. Das gelingt im Wesentlichen durch zwei Kunstgriffe: zum einen durch eine konsequente Schwerpunktsetzung und zum anderen durch die dem Werk beigelegte CD, die ihrerseits dem Studierenden nicht nur eine Arbeitserleichterung, sondern auch die Vertiefung und Erweiterung des Stoffes ermöglicht.

In der Einführung (Teil 1, ca. 6 Seiten) beschreiben die *Autoren* die Zielsetzung des Werkes und geben einen Überblick über die gängige Literatur zum Europarecht unter Einschluss einschlägiger, zu ihrem Werk teilweise in Konkurrenz stehender Lehrbücher. Im zweiten Teil (ca. 12 Seiten) führen sie beeindruckend klar in Geschichte und Perspektiven der Europäischen Union ein. Der dritte Teil (ca. 8 Seiten) stellt das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und den Europäischen Gemeinschaften und der vierte Teil (ca. 23 Seiten) die Organe der Europäischen Gemeinschaft dar. Der fünfte Teil (ca. 23 Seiten) widmet sich dem Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten und der sechste Teil (ca. 21 Seiten) den Rechtsquellen, den subjektiven Rechten und der Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft. Der siebte Teil (ca. 13 Seiten) geht auf das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Gemeinschaft und der achte Teil (ca. 8 Seiten) auf die europäischen Grundrechte ein. Danach behandelt der neunte Teil aus sachlichen Gründen etwas breiter (auf ca. 61 Seiten) die Grundfreiheiten im EG-Vertrag, übrigens bereits einschließlich der ungeliebten Dienstleistungsrichtlinie wie der ebenso populären Berufsankennungsrichtlinie, mit denen gegenwärtig die europäische Verwaltung revolutioniert und auf elektronische Abwicklung umgestellt werden soll. Freizügigkeitsrechte und Diskriminierungsverbote finden im zehnten Teil (auf ca. 13 Seiten) Berücksichtigung. Das Lehrbuch wird abgerundet durch Teil elf mit der „Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht“ (ca. 8 Seiten), Teil zwölf mit den „Grundlagen der sonstigen Materien im EG-Vertrag“ (ca. 38 Seiten) und Teil dreizehn mit den „Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaften“ (ca. 7 Seiten).

Alle Teile des Lehrbuchs befinden sich in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander. Was noch weitaus wichtiger ist, sie sind in einer Sprache und Diktion verfasst, die der Studierende leicht verstehen und verarbeiten kann. Dabei treten an keiner Stelle Überfrachtung des Lehrstoffs oder Verflachung ein. Die Informationsdichte ist angemessen. Diese Vorzüge allein wären schon Grund genug, das Lehrbuch dem Studierenden anzupfehlen, übrigens ganz gleichgültig, ob dieser Europarecht als Pflicht- oder Schwerpunktfach betreibt. Darüber hinaus ist ein Punkt zu vermerken, der wohl gar nicht in der Intention der *Autoren* lag: Dieses Lehrbuch ist auch für jeden gestandenen Juristen geeignet, der im Berufsleben vorwiegend mit anderen Dingen beschäftigt ist und sich einen ausgezeichneten Überblick über Rechtsquellen des Europarechts, Rechtsnatur, Organe und Handlungsfähigkeit der EG, Grundfreiheiten, Beihilferecht, Durchsetzung und Struktur der EU auf durchaus angenehme Weise und in relativ kurzer Zeit verschaffen will.

Die *Autoren* haben sich nicht mit der Textform begnügt und haben dem Lehrbuch eine gegenüber den Voraufgaben erweiterte CD (mit ca. 35 MB) beigelegt. Wäre deren Inhalt in den Text des Lehrbuchs integriert worden, wäre dieses wohl wesentlich umfangreicher geraten und sicherlich – von einem didaktischen Standpunkt her gesehen – nicht mehr so effizient lesbar. Leider kann es zu geringfügigen, aber durchaus behebaren Schwierigkeiten beim Gebrauch der CD kommen: Nicht immer öffnet sich das Programm selbständig. Das

funktioniert bisweilen nur über den „index“ und „open with internet explorer“. Die Konzeption der CD selbst ist im Lehrbuch beschrieben. Sie enthält Material zu den Grundfreiheiten, zum Richtlinienrecht und zum Rechtsschutz, außerdem den EG-Vertrag in der Fassung der Verträge von Nizza und Amsterdam in deutscher und englischer Sprache, den Vertrag von Lissabon, Original-Examensklausuren von 1995 bis 2003 (allerdings aus urheberrechtlichen Gründen ohne Lösungen!) und eine Auswahl an Case Law (in englischer Sprache). Hinzukommt eine komprimierte Fassung des Lehrbuchs in englischer Sprache, die sich hinter der Überschrift „European Union Law“ (Europarecht) versteckt. Die CD ermöglicht dem Studierenden eine problemlose Vertiefung des Stoffes, und zwar zweisprachig in Englisch und Deutsch. Besonders positiv fällt die standardisierte Form der Darstellung der einzelnen Grundfreiheiten auf, die jeweils gegliedert ist nach Prüfungsschema, EuGH-Entscheidungen, sekundärem Gemeinschaftsrecht (hier allerdings noch ohne Dienstleistungsrichtlinie), aktueller Problemlage, Übungsfall, Lernkontrolle und weiterführender Literatur. Leider sind die Übungsfälle didaktisch nicht aufbereitet, bieten jedoch nicht nur einen Link auf die gelegentlich kryptischen Urteile des EuGH im Volltext, sondern auch auf die erhellenderen Schlussanträge des Generalanwaltes. Auch ist die Lernkontrolle etwas zu kurz geraten. Eine echte Lernkontrolle würde unter anderem voraussetzen, dass die wesentlichen Informationen eines jeden Kapitels abgefragt und die falschen Antworten – soweit möglich – kommentiert werden. Für eine Weiterentwicklung in dieser Richtung bieten die heutigen Forschungsergebnisse zum Erwachsenen-Lernen und des TSL (Technique Supported Learning) umfangreiches Material. Den *Autoren* ist zu wünschen, dass sie die Kraft und die Zeit aufbringen können, ihren hocheffizienten und modernen Ansatz in diese Richtung weiterzuentwickeln.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es sich um ein Lehrbuch von ausgezeichneter Qualität mit einem konsequent didaktischen Ansatz handelt, das nicht nur dem Studierenden, sondern auch dem Praktiker, der sich einen zuverlässigen Überblick über das Europarecht verschaffen möchte, uneingeschränkt anzuempfehlen ist.

Dr. Axel Schwarz, Bukarest

Buchrezension

Stefan Kirsch, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, Bd. 115, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M. 2009, 176 S., € 41,80

Stefan Kirsch, in völkerstrafrechtlicher Praxis und Literatur gleichermaßen beheimatet,¹ hat nunmehr mit seiner kürzlich erschienenen Dissertation zum Begehungszusammenhang bei Menschlichkeitsverbrechen ein Buch vorgelegt, das schon aufgrund seiner aparten Hauptthese zur Auseinandersetzung reizt. Den Gegenstand der knapp 180 Seiten umfassenden Arbeit bildet das in der Literatur auch als internationales Element² oder Kontextelement³ bezeichnete Verbindungsmerkmal zwischen individueller Tat und makrokriminellen Hintergrundgeschehen im Rahmen der Menschlichkeitsverbrechen. Zweckmäßigerweise stellt der Autor seiner dogmatischen Analyse einen Abschnitt voran, in dem er unter Hinzuziehung aller wesentlichen Rechtsquellen und Rechtskenntnisquellen des Völkerstrafrechts die wechselvolle Genese des Kontextmerkmals nachzeichnet. Nachfolgend entwickelt Kirsch die These, dass es sich beim Begehungszusammenhang weder um ein unrechthöherndes Merkmal des objektiven Tatbestandes, noch um eine objektive Strafbarkeitsbedingung, sondern um ein zuständigkeitsbegründendes Merkmal und somit um eine Verfahrensvoraussetzung handele.

Die praktischen Konsequenzen einer solchen Sichtweise sind alles andere als trivial: Ein subjektives Element im Hinblick auf den Begehungszusammenhang wäre nicht erforderlich, das Kontextmerkmal könnte ohne Geltung des *in-dubio*-Satzes und im Freibeweisverfahren festgestellt werden, im Falle seines Fehlens dürfte kein Sachurteil ergehen (und das Verfahren wäre – mit entsprechenden Konsequenzen für die Frage des Strafklageverbrauchs – lediglich einzustellen), und schließlich genügte zur Feststellung des Merkmals auch vor deutschen Gerichten die absolute Mehrheit der Richterstimmen gemäß § 196 Abs. 1 GVG anstelle der von § 263 Abs. 1 StPO für die Schuldfrage geforderten Zweidrittelmehrheit.⁴

Sein erstaunliches Ergebnis stützt Kirsch auf vier argumentative Säulen, deren Tragfähigkeit im Folgenden kritisch hinterfragt werden soll.

I. Zunächst sucht Kirsch im Wege völkerrechtskonformer Auslegung den Wortlaut der deutschen Regelung der Menschlichkeitsverbrechen in § 7 VStGB zu entkräften. Zwar handele es sich dem Gesetzeswortlaut zufolge bei dem Erfordernis der Tatbegehung „im Rahmen eines ausgedehnten oder sys-

tematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ um die Beschreibung eines äußeren Tatumstands, jedoch müsse insoweit die historische Vorlage – die entsprechende Regelungen im Rom-Statut – mitberücksichtigt werden. Dort jedoch seien die Menschlichkeitsverbrechen entsprechend anglo-amerikanischer Tradition als Zuständigkeitsvorschrift formuliert worden.⁵

Dieser Ansatz indes ist nur schwer nachzuvollziehen. Als Zuständigkeitsvorschrift weist sich allein Art. 5 Rom-Statut aus („The Court shall have jurisdiction [...]“). Die eigentliche Regelung und Begriffsbestimmung der Menschlichkeitsverbrechen jedoch erfolgt in Art. 7 Rom-Statut allgemein „for the purpose of this Statute“. Damit dürfte dieser Regelung nicht mehr zuständigkeitsbezogener Regelungsgehalt zukommen als jedem Straftatbestand des StGB: Allein dadurch, dass die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte an das Rechtsanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB anknüpft, welches seinerseits die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB in Bezug nimmt, mutieren letztere trotz ihrer mittelbaren Bedeutung für die internationale Zuständigkeit schwerlich zu Prozessvoraussetzungen. Gleiches gilt für die vergleichbare Regelungstechnik der Art. 5, 7 Rom-Statut. Auch die Abschnittsüberschrift „Part 2 Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law“ führt zu keinem anderen Schluss, da offensichtlich neben Gerichtsbarkeits- und Zulässigkeitsfragen auch das materielle Recht Gegenstand der Regelung des Abschnitts sein soll.

Ferner ist Kirsch der Auffassung, dass auch „die dem Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit entsprechende“ Schwellenklausel in Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut für das Verständnis des Begehungszusammenhangs als Zuständigkeitsregel streite.⁶ Nach hier vertretener Ansicht scheint eher das Gegenteil der Fall zu sein: Die eigentliche Tatbestandsbeschreibung wird in den Art. 6, 7 Abs. 1 und 8 Abs. 2 Rom-Statut einheitlich mit der Formulierung „for the purpose of this Statute, ‚genocide‘ / ‚crimes against humanity‘ / ‚war crimes‘ means [...]“ eingeleitet, wohingegen eine der Tatbestandsumschreibung vorangestellte Regelung wie Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut in den beiden vorausgegangenen Artikeln gerade fehlt. Obendrein ist die Regelung des Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut wie auch des Art. 5 Abs. 2 S. 2 Rom-Statut ihrem eindeutigen Wortlaut nach („shall have jurisdiction“) als Zuständigkeitsvorschrift ausgewiesen, wohingegen eine entsprechende Kennzeichnung im Rahmen des Art. 7 Rom-Statut nicht enthalten ist. Beides legt den Schluss nahe, dass die Staatenkonferenz, wenn sie denn das Kontextmerkmal als Zuständigkeitsregel hätte ausgestalten wollen, zu einer dem Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut entsprechenden, ausdrücklichen Regelung gegriffen hätte. Das Fehlen einer solchen stützt demnach die Verortung des Kontextmerkmals auf Tatbestandsebene.

¹ Ein Überblick über seine bisherigen Veröffentlichungen und anwaltlichen Tätigkeiten findet sich auf der Kanzlei-Homepage <http://www.hammpartner.de>.

² Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 90 ff.

³ Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 174 ff.

⁴ Vgl. aber Art. 74 Abs. 3 Rom-Statut, das im Falle eines unbehebaren Dissenses innerhalb des Spruchkörpers eine nicht näher qualifizierte Mehrheit der Richter für den Schuldpruch genügen lässt.

⁵ Kirsch, Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 2009, S. 113.

⁶ Kirsch (Fn. 5), S. 113; Art. 8 Abs. 1 Rom-Statut lautet: „The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.“

Hierfür spricht zudem, dass sich nach sämtlichen aktuellen völkerstrafrechtlichen Grundlagen der Vorsatz auch auf das Kontextmerkmal erstrecken muss. Mit Blick auf das VStGB lässt sich dies zwar noch nicht zwangsläufig dem Wortlaut bzw. den über § 2 VStGB anwendbaren §§ 15, 16 StGB, wohl aber den insoweit eindeutigen Gesetzesmaterialien entnehmen.⁷ Im Rom-Statut findet die Ausweitung des Vorsatzes auf den Begehungszusammenhang sogar in doppelter Form Ausdruck: Einerseits fordert bereits Art. 7 Abs. 1 Rom-Statut im *chapeau* die täterschaftliche Kenntnis des Angriffs auf die Zivilbevölkerung, andererseits setzt die allgemeine Vorschrift des Art. 30 Abs. 3 Rom-Statut die Kenntnis der tatbegleitenden Umstände („circumstances“) voraus, denen auch das Kontextmerkmal des Art. 7 Rom-Statut unterfallen dürfte.⁸ Und schließlich verlangt auch der ICTY, welcher das in seinem Gerichtsstatut an sich nicht vorhandene Erfordernis eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs auf die Zivilbevölkerung unter Rückgriff auf Art. 3 ICTR-Statut und Art. 18 des ILC Draft Codes (1996) in den Begriff des Art. 5 ICTY-Statut „armed conflict [...] directed against any civilian population“ hineinliest,⁹ dass der Täter Wissen um das Einfügen seiner Einzeltat in die begleitende Gesamttat haben müsse.¹⁰

II. Mit einigem Aufwand sucht *Kirsch* sodann nachzuweisen, dass das Kontextmerkmal das materielle Unrecht der Tat nicht erhöhe. Dies erstaunt insoweit, als selbst bei Richtigkeit dieser Annahme das Merkmal nicht zwangsläufig als prozessrechtliches Element zu qualifizieren wäre, wenn man, wie es *Kirsch* offenbar tut,¹¹ die Existenz von materiellrechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen außerhalb des Unrechts tatbestands bejaht. Gemeint sind objektive Strafbarkeitsbedingungen und Strafausschließungs- bzw. Strafaufhebungsgründe als Einfallstor für außerstrafrechtliche Erwägungen und Zwecke bei Begründung der Strafbarkeit.¹² Angesichts der bislang unvollständigen Entwicklung einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre kann die Existenz solcher Merkmale im Völkerstrafrecht derzeit wohl weder bestätigt noch verneint werden.¹³ Selbst wenn man jedoch zugunsten der These *Kirschs* annähme, dass sich der völkerstrafrechtliche Tatbe-

stand stets in der Erfassung des materiellen *Unrechtsgehalts* erschöpfte, begegneten gleichwohl noch die von ihm gegen einen eigenen Unrechtsgehalt des Begehungszusammenhanges vorgebrachten Argumente einigen Bedenken:

Als Indiz gegen die Verortung des Kontextmerkmals im Unrechtstatbestand zieht *Kirsch* zunächst einen Vergleich der Strafandrohung einzelner Verbrechen gegen die Menschlichkeit mit der Strafandrohung für die mit diesen Einzeltaten vergleichbaren Straftatbeständen des StGB heran.¹⁴ Dabei spreche der Umstand, dass der Gesetzgeber mit Ausnahme der vorsätzlichen Tötung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) durchweg lediglich das Mindeststrafmaß angehoben habe, gegen die Annahme einer erheblichen Unrechtssteigerung durch den Begehungszusammenhang, da andernfalls auch eine Anhebung der Höchststrafen zu erwarten gewesen wäre.¹⁵

Gegen dieses Argument spricht methodisch, dass der deutsche Gesetzgeber – was *Kirsch* offenbar entgangen ist – ausdrücklich seine Ansicht bekundet hat, dass gerade das Kontextelement einen erheblichen Unrechtszuwachs bewirke,¹⁶ womit sich das Hineinorakeln von Motiven in die Nichterhöhung von Höchststrafen an sich bereits erübrigte. Darüber hinaus ist auch nicht recht ersichtlich, weshalb nur die Anhebung des Höchstmaßes, nicht aber bereits die des Mindeststrafmaßes als Indikation für einen erhöhten Unrechtsgehalt zu werten sein soll, da die insoweit erreichte Anhebung des „arithmetischen Mittels“ des Strafrahmens freilich zu einer durchschnittlich schwereren Bestrafung führen wird. Überdies vermittelt auch die Einbeziehung der

¹⁴ Konkrete Vergleiche stellt der *Autor* an zwischen Versklavung (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) und Menschenhandel, Menschenraub und Verschleppung (§§ 232, 233, 234, 234a StGB), sexueller Gewalt (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB) und sexueller Nötigung (§ 177 StGB) sowie Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB) und schwerer Körperverletzung (§ 226 StGB).

¹⁵ *Kirsch* (Fn. 5), S. 115.

¹⁶ Zur Auffassung des Bundestages: BT-Drs. 14/8524, S. 12: „Der eigentliche völkerrechtliche Unrechtsgehalt wird im geltenden deutschen Strafrecht hingegen derzeit nicht spezifisch erfasst. So wird bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit beispielsweise der funktionale Zusammenhang der Tatbegehung mit einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung ebenso wenig berücksichtigt wie im Fall der Kriegsverbrechen der Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt [...]“. BT-Drs. 14/8524, S. 21 (zu § 7 Abs. 1 Nr. 4): „Wie in den Fällen der Nr. 1, 3, 5 bis 9 genügt es, wenn eine Person Opfer der Tat ist. Die entscheidende Unrechtssteigerung ergibt sich auch hier durch den funktionalen Zusammenhang der Einzeltat mit der Gesamttat.“ Der Bundesrat bekundete mittelbar seine Auffassung zur unrechtssteigernden Wirkung des Kontextmerkmals, indem er zum einen in seiner Stellungnahme die Aufnahme des § 7 VStGB in die Regelungen des § 138 StGB und des § 112 Abs. 3 StPO befürwortete (BR-Drs. 29/02, S. 2-4), s. dazu sogleich. Zum anderen bezeichnet er die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als „schwerste Verbrechen, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren.“

⁷ BT-Drs. 14/8524, S. 20: „Der Vorsatz muss zum einen auf das Einfügen der Tathandlung in einen ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung gerichtet sein, wobei auch hinsichtlich eines solchen Angriffs bedingter Vorsatz genügt. [...]“

⁸ *Weigend*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1375 ff. (S. 1389) Fn. 57; *Werle* (Fn. 2), Rn. 388.

⁹ ICTY-Limaj et al. TC 30.11.2005 paras. 181 ff. m.w.N. auf die vorausgegangene Tribunalsrechtsprechung.

¹⁰ ICTY-Tadić TC 7.5.1997 paras. 626, 656 ff.; ICTY-Tadić AC 15.7.1999 paras. 238 ff.

¹¹ *Kirsch* (Fn. 5), S. 109, 152.

¹² Näher hierzu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, § 23 Rn. 27 ff.

¹³ Als Kandidat für einen Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund käme etwa die Regel über den Rücktritt vom Versuch in Art. 25 Abs. 3 lit. f Rom-Statut in Frage.

Verbrechen gegen die Menschlichkeit in die Vorschrift des § 112 Abs. 3 StPO einen gewissen Fingerzeig. Denn während ein dringender Tatverdacht hinsichtlich der den einzelnen Menschlichkeitsverbrechen vergleichbaren Tatbeständen des StGB nur unter den Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 zum Erlass eines Haftbefehls ermächtigt, reiht der Gesetzgeber die Menschlichkeitsverbrechen in die Tatbestände der Schwerekriminalität nach Absatz 3 ein und gibt somit die Unrechtssteigerung gegenüber den parallelen StGB-Tatbeständen zu erkennen. Ähnliches gilt für die Aufnahme der Menschlichkeitsverbrechen in § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB.

Hilfsweise führt Kirsch überdies an, dass selbst wenn bei Menschlichkeitsverbrechen von einem gesteigerten Unrecht auszugehen wäre, dies jedenfalls nicht im Begehungszusammenhang, sondern in der Umschreibung der einzelnen Deliktvarianten seinen Grund finde, die sich im Detail eben doch von ihren StGB-Schwesternormen unterschieden. Beispielfähig führt er zum einen die „Versklavung“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB) ins Feld, bei der in Gestalt der erforderlichen „Anmaßung eines Eigentumsrechts“ eine Unrechtsqualität liege, die in den vergleichbaren Tatbeständen des Menschenhandels zum Zweck sexueller Ausbeutung (§ 232 StGB) bzw. zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft (§ 233 StGB) keine Entsprechung finde. Zum anderen sei auch der besondere Unrechtsgehalt der sexuellen Gewalt in Gestalt des „Beraubens der Fortpflanzungsfähigkeit“ oder des „Gefangenhaltens einer unter Anwendung von Zwang geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung der Bevölkerung zu beeinflussen“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB) in dem vergleichbaren Tatbestand der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung (§ 177 StGB) nicht abgebildet.

Allgemein wird man Kirsch auch hier entgegenhalten müssen, dass der erhöhte Mindeststrafrahmen für Menschlichkeitsdelikte nach den Gesetzesmaterialien recht eindeutig nicht an ein etwaig höheres Unrecht der Einzelaten, sondern an den Begehungszusammenhang geknüpft wurde.¹⁷

Bei Licht betrachtet schlagen darüber hinaus auch die angeführten Vergleiche nicht recht durch. Zweifelhaft erscheint zunächst, ob die Anmaßung eines Eigentumsrechts an einer Person tatsächlich ein über die Tatbestände des Menschenhandels hinausgehendes Unrechtsquantum beinhaltet. Als Indizien für die dem Begriff der „Versklavung“ bereits innewohnende Anmaßung eigentümerähnlicher Verfügungsgehalt über das Opfer hat die Verhandlungskammer des ICTY unter anderem folgende Kriterien aufgestellt: Kontrolle der Bewegungsfreiheit, psychische Kontrolle, Maßnahmen zur Verhinderung oder Abschreckung von Flucht, Gewalt, Androhung von Gewalt oder Zwang, Fortdauer, Unterwerfung

¹⁷ Vgl. neben oben Fn. 14 auch BT-Drs. 14/8524, S. 18: „Sieht man vom Zusammenhang mit einem [...] ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung ab, so enthält das StGB vielfach parallele Tatbestände. Die maßgeblichen Unrechtsbewertungen des bundesdeutschen Gesetzgebers lassen sich hier aus den Strafrahmen ablesen und für die relative Gewichtung der Tatbestände des VStGB untereinander nutzbar machen.“

unter grausame Behandlung und Missbräuche, Kontrolle der Sexualität und Zwangsarbeit.¹⁸ Davon abgesehen, dass die letzten beiden Gesichtspunkte bereits die Kernregelung der §§ 232 und 233 StGB widerspiegeln, finden auch die übrigen Kriterien entweder ausdrücklich oder immanent Anklang in den beiden Grundtatbeständen des Menschenhandels und ihren Qualifikationen.¹⁹ Angesichts dessen erscheint die von Kirsch gesehene Unrechtssteigerung als schwer greifbar.

Mit Blick auf die Tatvariante „Berauben der Fortpflanzungsfähigkeit“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB ist zudem anzumerken, dass § 177 StGB kaum zur Bezugnahme taugen dürfte, da dieser auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, jener aber auf die Integrität des Körpers und seiner Funktionen abzielt. Am ehesten bietet sich § 226 Abs. 2 StGB (Körperverletzung mit wissentlicher/absichtlicher Herbeiführung der Zeugungsunfähigkeit) als Vergleichstatbestand an. Dieser sieht als Mindeststrafmaß Freiheitsstrafe von 3 Jahren vor, wohingegen das parallele Menschlichkeitsverbrechen mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bedroht ist – und dies, obwohl im Gegensatz zu § 226 Abs. 2 StGB die Herbeiführung der Zeugungsunfähigkeit mit *dolus eventualis* ausreicht. Demnach unterstützt ein Strafrahmensvergleich in diesem Fall sogar die Einordnung des Begehungszusammenhanges als Unrechtsmerkmal.

Die Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten Frau mit der Absicht der Einwirkung auf die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung schließlich dürfte sich ebenfalls nur mit Gewalt als Parallelvorschrift zu § 177 StGB deuten lassen. Als geschütztes Gut erscheint zumindest auch die ethnische Integrität der Bevölkerung. Zudem richtet sich die Vorschrift nicht gegen die zwangsweise *Herbeiführung* des missbilligten Zustands der Schwangerschaft, sondern gegen seine *Aufrechterhaltung* und stellt sich somit im Gegensatz zu § 177 StGB als Dauerdelikt dar. Am ehesten dürfte es sich bei diesem Tatbestand um eine systematisch dem Völkermord zuzurechnende Vorschrift handeln, bei der das charakteristische Merkmal der Absicht, auf die ethnische Integrität einer Bevölkerung einzuwirken, als *minus* zur Zerstörungsabsicht des § 6 VStGB gedeutet werden mag.

Als nächstes untersucht Kirsch die gesetzlichen Voraussetzungen des Begehungszusammenhanges. Der ersten Variante des Merkmals, dem „ausgedehnten“ Angriff gegen die Zivilbevölkerung, spricht er dabei einen eigenen Unrechtsgehalt mit der Begründung ab, dass allein das Erfordernis einer Tatbegehung im zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Begehung weiterer Taten „ersichtlich“ keinen Zu-

¹⁸ ICTY-Kunarac et al. TC 22.2.2001 para. 543: „[...] These are the control of someone’s movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour.“

¹⁹ Vgl. insoweit §§ 232 f. StGB: Ausnutzung einer Zwangslage; schwere Misshandlung des Opfers oder Herbeiführung von Todesgefahr; Sich-Bemächtigen des Opfers mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel.

sammenhang mit dem Unrecht der Einzeltat aufweise. Das Unrecht der Einzeltaten gleichwohl gedanklich zu kumulieren impliziere daher die Zurechnung von Drittunrecht und verstoße somit gegen das Schuldprinzip.²⁰ Etwas anderes könne nur dann angenommen werden, wenn die Begehung weiterer Umfeldtaten generell zu einer besonderen Schutzlosigkeit des Opfers führe, die anerkanntermaßen einen unrechtssteigernden Faktor bilde. Eine gesteigerte Schutzlosigkeit stelle aber zumindest keine zwangsläufige Folge rein räumlich-zeitlich verknüpfter Begleittaten dar.²¹

Leider verabsäumt Kirsch klarzustellen, ob sich seine Ausführungen ausschließlich auf die deutsche Regelung des § 7 VStGB beziehen sollen, oder ob sie auch hinsichtlich des Art. 7 Rom-Statut Geltung beanspruchen. Die Stellungnahme ist insoweit zu differenzieren:

Hinsichtlich der Regelung von Rom ist zu beachten, dass sich das in Art. 7 Abs. 2 lit. a enthaltene sog. *policy*-Element auf beide Varianten des Begehungszusammenhanges erstreckt. Auch der ausgedehnte Angriff erfordert danach die mehrfache Begehung „in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat“, und erschöpft sich folglich nicht in einem räumlich-zeitlichen Nebeneinander isolierter Einzeltaten. Vielmehr bewirkt die zugrunde liegende Politik die Bündelung der Einzelakte zu einer einheitlichen Angriffsrichtung, die zwangsläufig mit einer Gefahrerhöhung für die von ihr ins Visier genommenen Rechtsgüter einhergehen dürfte. Damit aber wäre der von Kirsch verneinte Anknüpfungspunkt für den spezifischen Unrechtsgehalt des Kontextmerkmals gegeben.

Weniger leicht fällt die Einordnung des Begehungszusammenhanges als Unrechtsmerkmal im Rahmen des § 7 VStGB, da der Gesetzgeber eine dem *policy*-Element des Art. 7 Abs. 2 lit. a Rom-Statut entsprechende Begriffsbestimmung nicht ins VStGB aufgenommen hat. Nahe liegend erscheint den Grund hierfür darin zu erblicken, dass die Tatbestandsbeschränkung der Menschlichkeitsverbrechen durch das *policy*-Element (wohl noch) nicht das geltende Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt.²² Denn der deutsche Gesetzgeber entschied sich dort, wo das Völkergewohnheitsrecht durch das Rom-Statut Einschränkungen erfahren hatte, grundsätzlich für die Kodifizierung der gewohnheitsrechtlichen Regel.²³ Andererseits stellt er in den Materialien zum Gesetzesentwurf ausdrücklich klar, dass die Definition des bewaffneten Angriffs in Art. 7 Abs. 2 lit. a Rom-Statut – das *policy*-Element eingeschlossen – zur Auslegung des Kontextmerkmals im

VStGB heranzuziehen sei.²⁴ Aus den eben genannten Gründen dürfte der Begehungszusammenhang deshalb auch im Rahmen des § 7 VStGB eine Unrechtssteigerung bewirken.

Doch selbst wenn die Auslegung Kirschs zuträfe und der ausgedehnte Angriff lediglich im Sinne einer Vielzahl räumlich-zeitlich verbundener Einzeltaten verstanden werden müsste, wäre dem Kontextmerkmal wohl noch ein eigener Unrechtsgehalt beizulegen. Zu beachten ist nämlich, dass der ausgedehnte Angriff – sei er auch selbst noch gefährdungsneutral – seinerseits einen sozialen Hintergrund erfordert, der sehr wohl eine generell erhöhte Verletzbarkeit von Individualrechtsgütern nach sich zieht: Denn dort, wo der Angriff nicht unmittelbar von einem staatlichen oder staatsähnlichen Kollektiv ausgeht und somit nicht „systematisch“ im Sinne der 2. Variante des Kontextmerkmals ist, wird es nur in zwei Fällen zu ausgedehnten Einzeltaten kommen können: Entweder bei Duldung ihrer Begehung durch eine an sich durchsetzungsstarke Staatsgewalt – dann bildet den Hintergrund des Angriffs die systematische Entrechtung eines Teils der Zivilbevölkerung – oder bei faktischer Abwesenheit von Staatsgewalt, z.B. in einem *failed state*. In beiden Fällen aber steigerte das Hintergrundgeschehen notwendig die Gefährdung und Schwächung von Individualrechtsgütern, deren Verletzung somit gegenüber der Situation geordneter Hintergrundverhältnisse ein Mehr an Unrecht verwirklichte.

Im Hinblick auf die Variante des „systematischen Angriffs“ meint der *Autor* sodann, dass jedenfalls bei denjenigen Menschlichkeitsverbrechen, die als „Systemverbrechen“ zu qualifizieren seien (Ausrottung, Vertreibung, Verschwinden lassen, Apartheid) der systematische Zusammenhang bereits in der individuellen Tathandlung mit umschrieben sei, da die Begehung dieser Delikte ohne Planung oder Steuerung durch Institutionen des Staates oder staatsähnlichen Kollektivs nicht denkbar seien. Das Erfordernis eines systematischen Angriffs könne daher nicht Träger eines besonderen Unrechtsgehaltes sein. Auch dieses Argument sticht nach hier vertretener Auffassung nicht. Zwar erhöht die bloß redundante Umschreibung des Systemmerkmals sowohl im Einzeltatbestand als auch im Begehungszusammenhang natürlich nicht das Gesamtunrecht der Tat; als tauglicher „Unrechtsträger“ wird das Kontextmerkmal hierdurch aber keineswegs ausgeschaltet. Vielmehr deutet die Existenz der genannten Systemverbrechen gerade auf das Gegenteil. Denn wenn hier der systematische Zusammenhang der Einzeltaten offenbar *konstitutive* Wirkung für die Unrechtsbegründung hat, so wird man ihm in den übrigen Fällen, in denen die Umschreibung der Einzeltat eine staatlich-systemische Steuerung nicht denklogisch

²⁰ Kirsch (Fn. 5), S. 125 f.

²¹ Kirsch (Fn. 5), S. 126.

²² Werle/Burchards, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2009, Bd. 6/2, VStGB, § 7 Rn. 32; ICTY-Kunarac et al. AC 12.6.2002 para. 98.

²³ BT-Drs. 14/8524, S. 12: „Bei einzelnen Regelungsgegenständen geht das gesicherte Völkergewohnheitsrecht jedoch bereits jetzt über das, was im Römischen Statut festgeschrieben wurde, hinaus. Auch das Völkerstrafgesetzbuch enthält daher einzelne Bestimmungen, die die Strafbarkeit gegenüber dem Römischen Statut ausdehnen.“

²⁴ BT-Drs. 14/8524, S. 20: „Zur Auslegung des Merkmals ‚Angriff gegen die Zivilbevölkerung‘ ist auf die Legaldefinition in Artikel 7 Abs. 2 Buchstabe a IStGH-Statut zurückzugreifen. Danach bedeutet ‚Angriff gegen die Zivilbevölkerung‘ eine ‚Verhaltensweise, die mit der mehrfachen Begehung der in [Artikel 7] Abs. 1 genannten Handlungen gegen eine Zivilbevölkerung verbunden ist, in Ausführung oder zur Unterstützung der Politik eines Staates oder einer Organisation, die einen solchen Angriff zum Ziel hat‘.“

voraussetzt, zumindest eine *unrechtssteigernde* Wirkung zuzubilligen müssen.

Zuzustimmen ist Kirsch jedoch darin, dass das Kontextelement keinesfalls durch die Erfassung von „Systemunrecht“ als einer besonderen, die überindividuellen Handlungszusammenhänge beinhaltenden Unrechtsqualität gekennzeichnet ist. Knapp, aber pointiert zeigt der Autor anhand der von Marxen²⁵ und Vest²⁶ entwickelten Zurechnungsmodelle, sowie der *systemic form* der richterrechtlichen Figur des *joint criminal enterprise*²⁷ die schuldstrafrechtlichen Friktionen auf, die sich bei der individuellen Zurechnung von Anteilen kollektiven Unrechts ergeben. Zugleich macht er darauf aufmerksam, dass die Absage an jede Form von Kollektivschuld nicht etwa dazu führen muss, den systemischen Charakter der Völkerrechtsverbrechen bei Beurteilung der individuellen Verantwortlichkeit auszublenden. Zu Recht bestätigt Kirsch die Feststellung Neubachers,²⁸ dass unter den Bedingungen systemischen Unrechts individuelles Unrecht in zahlreichen Facetten ermöglicht und gefördert wird.²⁹ So kann sich das systemische Begleitgeschehen ohne schuldstrafrechtliche Bedenken im individuell verwirklichten Unrecht niederschlagen, wenn der Täter den konkret vorgefundenen, von einem begleitenden kollektiven Angriff auf die Zivilbevölkerung vorgeprägten Sachverhaltsausschnitt für seine Straftat (aus-)nutzt.

III. Ein weiteres Argument für die Einordnung des Kontextmerkmals als Zuständigkeitsvoraussetzung bezieht Kirsch aus dem Weltrechtspflege- oder Universalitätsprinzip.

In Anlehnung an Gärditz³⁰ interpretiert er das Weltrechtsprinzip als kompensatorische Antwort auf eine missbräuchliche Verfolgungsverweigerung durch den Tatortstaat.³¹ Es diene damit der Wiederherstellung der Balance zwischen den in der Gebietshoheit wurzelnden Herrschaftsrechten einerseits und korrespondierenden Pflichten andererseits.³² Zur universalen Jurisdiktion gelange man daher nur in Situationen, in denen der Tatortstaat zur Verfolgung unwillig oder unfähig sei. Genau diese Konstellation aber werde, wenn gleich verklausuliert, vom Merkmal des Begehungszusammenhanges umschrieben, da ein weitverbreiteter oder systematischer Angriff auf die Zivilbevölkerung insbesondere angesichts eines zur Verfolgung zu schwachen oder verbrecherischen Staates angenommen werden könne.³³ Das Kontextmerkmal diene daher der Vergewisserung im Einzelfall,

dass für die Verfolgung außerhalb des Tatortstaates ein legitimer Anknüpfungspunkt gegeben sei, und eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten des Tatortstaates verhindert werde.³⁴ Da der Begehungszusammenhang demnach allein die Bedingungen betreffe, unter denen die Tat außerhalb des Tatortstaates verfolgt werden könne, handele es sich um eine Zuständigkeitsvoraussetzung.

Obgleich dieses Argument allein aufgrund seines kombinatorischen Scharfsinns unbestreitbaren Charme besitzt, setzt es sich in der Sache doch erheblichen Bedenken aus.

Zwar mag für die These Kirschs noch streiten, dass die Regelung des Weltrechtspflegeprinzips in § 1 VStGB ihrem Wortlaut nach keine Einschränkung durch den Subsidiaritätsgedanken enthält, und einer etwaig völkerrechtswidrigen Ausuferung deutscher Strafgewalt daher nur durch das Kontextmerkmal entgegengewirkt werden könnte.³⁵ Andererseits wäre dann unerklärlich, warum die Mutternorm des § 7 VStGB – der Art. 7 Rom-Statut – das mit der deutschen Vorschrift praktisch wortgleiche Kontextmerkmal erfordern sollte, obwohl dort doch das Subsidiaritätsprinzip bereits in Art. 17 Rom-Statut verfahrensmäßig abgesichert ist. Auch darf § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO nicht übersehen werden, der die Berücksichtigung der Subsidiarität im Rahmen des Opportunitätsprinzips ermöglicht.

Hinzu kommt, dass die Beurteilung der – keinesfalls rein akademischen – Konstellation erhebliche Probleme bereite, in der ein im Moment der Begehung verbrecherischer Tatortstaat durch Revolution, Putsch oder Intervention friedliebend wird und im Prüfungszeitpunkt zu eigener Verfolgung willig und in der Lage ist. Hier dürfte die zunächst gegebene universelle Zuständigkeit kaum *ex nunc* entfallen können, da es nach dem Wortlaut des Menschlichkeitsverbrechens für die Prüfung des Kontextmerkmals insoweit auf den Begehungszeitpunkt ankommt. Sollte also wirklich in der Wahrung des Subsidiaritätsgedankens die eigentliche Aufgabe des Kontextmerkmals bestehen, so wäre es für diesen Zweck zumindest schlecht formuliert.

Zudem müsste, wenn die Interpretation Kirschs zuträfe, Ähnliches auch für Kriegsverbrechen gelten. Mit knapper Begründung äußert sich Kirsch hier zwar vorsichtig bejahend,³⁶ verkennt aber wohl, dass Kriegsverbrechen auch auf Seiten derjenigen Partei begangen werden können, die nicht völkerrechtswidrig konfliktsbeteiligt ist und mithin nicht notwendig als verbrecherisch und somit mutmaßlich verfolgungsunwillig einzustufen wäre.

Ferner wird die Gewichtigkeit des vorgebrachten Arguments auch dadurch geschmälert, dass die völkergewohnheitsrechtliche Verfestigung der Subsidiarität in der Weltrechtspflege derzeit noch unsicher erscheint,³⁷ und es der

²⁵ Marxen, in: Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. 3: Makrodelinquenz, 1998, S. 220.

²⁶ Vest, ZStW 113 (2001), 457.

²⁷ ICTY-Tadić AC 15.7.1999 paras. 172 ff.

²⁸ Neubacher, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, 2005, S. 237.

²⁹ Kirsch (Fn. 5), S. 136.

³⁰ Gärditz, *Weltrechtspflege – Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt*, 2006, S. 257.

³¹ Kirsch (Fn. 5), S. 147 f.

³² Gärditz (Fn. 30), S. 260.

³³ Kirsch (Fn. 5), S. 150.

³⁴ Kirsch (Fn. 5), S. 151.

³⁵ Kirsch (Fn. 5), S. 151.

³⁶ Kirsch (Fn. 5), S. 153.

³⁷ Kreß, JICJ 4 (2006), 561 (579-581); vgl. Keller, GA 2006, 25 (34-37), der insoweit nur von einer „verbreiteten Annahme“ spricht.

Argumentationsgrundlage somit an autoritativer Kraft mangelt.

Schließlich ist auch nicht recht nachvollziehbar, warum der Normgeber eine für die internationale Zuständigkeit so wichtige Vorschrift ohne jeden Hinweis auf ihren verborgenen Regelungszweck in derart verklausulierter Form und an so unwahrscheinlicher Stelle wie im Rahmen eines Verbrechenstatbestands hätte ausdrücken sollen. Die von Kirsch insoweit angestellte Mutmaßung, die ILC habe durch die komplizierte Regelung eventuell eine peinliche Bloßstellung des unwilligen oder unfähigen Tatorstaates verhindern wollen,³⁸ ist nur schwerlich nachzuvollziehen. Denn selbst die ausdrückliche Feststellung mangelnder Verfolgungsbereitschaft dürfte sich in aller Regel harmlos ausnehmen gegenüber den im anschließenden Verfahren zu erwartenden Enthüllungen über die staatliche Beteiligung an Menschlichkeitsverbrechen.

IV. Letztlich stützt Kirsch seine These noch auf die Entstehungsgeschichte des Kontextmerkmals und knüpft dabei an das Ergebnis seiner Eingangsuntersuchung an. Danach finde das Kontextmerkmal seine historische Wurzel im hier sog. Konnexmerkmal des Art. 6 lit. c IMG-Statut, wonach nur solche Verhaltensweisen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgbar sein sollten, die „in Ausführung eines Verbrechens oder in Verbindung mit einem Verbrechen, für das der Gerichtshof zuständig ist“³⁹ begangen wurden. Bei dieser Formulierung habe der Gedanke Pate gestanden, dass nur im Falle des Zusammenhangs eines Menschlichkeitsverbrechens mit dem Kriegsgeschehen ein für die Zuständigkeit der internationalen Gemeinschaft hinreichender Auslandsbezug gegeben sei. Andernfalls sei ungeachtet der Tatschwere von einer inneren Angelegenheit jenseits der internationalen Strafgewalt ausgegangen worden.⁴⁰ Dieses Ursprungsmerkmal habe sich seinerzeit demnach allein auf Zuständigkeitsabwägungen gegründet,⁴¹ so dass die Annahme nahe liege, dass auch das mittlerweile an die Stelle des Konnexmerkmals getretene Kontextmerkmal dieselbe Funktion erfülle und somit eine Zuständigkeitsvoraussetzung darstelle.⁴²

Jedoch ist schon die Prämisse dieses Schlusses mit Vorsicht zu behandeln, da keinesfalls sicher erscheint, dass die Zuständigkeitsfrage seinerzeit den alleinigen Hintergrund des Konnexmerkmals bildete. Möglich scheint auch, dass durch die Anlehnung an Kriegsverbrechen das Fehlen einer eigenständigen Kodifizierung der Menschlichkeitsverbrechen überwunden und folglich ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot abgewendet werden sollte.⁴³ Beachtlich ist auch die nur einige Monate nach Inkrafttreten des IMG-Statuts entstandene Stellungnahme der UNWCC, die im Hinblick auf

Menschlichkeitsverbrechen feststellte, dass nur solche Straftaten, die durch besonderes Ausmaß, Grausamkeit, hohe Anzahl oder wiederkehrende Tatmuster die internationale Gemeinschaft gefährdeten oder das Menschheitsgewissen erschütterten, andere Staaten zum Eingriff ermächtigen könnten.⁴⁴ Dies zeigt zumindest auf, dass schon im Geburtszeitraum der Menschlichkeitsverbrechen Unrechts Gesichtspunkte als entscheidende Qualifikationskriterien diskutiert wurden. Sowohl Rückwirkungsverbot als auch Unrechtsgehalt jedoch sind materiellrechtliche Gesichtspunkte, die die historische Auslegung des Konnexmerkmals als reines Zuständigkeitskriterium in Zweifel ziehen.

Doch selbst wenn das Ursprungsmerkmal ausschließlich der Eröffnung internationaler Gerichtsbarkeit gedient haben sollte, würde hierdurch keine Aussage zum Kontextelement getroffen, da mit der Ersetzung des Konnexmerkmals auch dessen Inhalt verschwand. Nach heutigem Verständnis gilt der Tatbestand in Kriegs- und Friedenszeiten gleichermaßen und dient gerade auch dem Schutz der eigenen Bevölkerung.⁴⁵ Vom ursprünglichen *nexus* zu Kriegsverbrechen und Aggressionsdelikt ist im heutigen Kontextmerkmal nichts übrig geblieben.⁴⁶ Gleichwohl von der juristischen Verortung des Konnexmerkmals auf diejenige des Kontextelements zu schließen liefe daher auf den logischen Fehler einer *quaternia terminorum* hinaus.

V. Obleich nach alledem Kirschs argumentatives Fundament als zu ungefestigt erscheint, um seiner hoch greifenden These sicheren Halt zu bieten, ist die Arbeit gleichwohl zur Lektüre zu empfehlen. Ihren Reiz erhält sie nicht allein durch die zu instruktiver Auseinandersetzung einladende Exotik ihrer Hauptthese, sondern auch aufgrund ihrer auf engem Raum abgehandelten Spannungsfelder materielles Recht – Prozessrecht, Historie – Gegenwart sowie deutsches VStGB – Völkerstrafrecht. Ferner leistet sie mit ihrer knappen Darstellung der Genese des Kontextmerkmals einen wertvollen Beitrag zur Völkerrechtsgeschichte und zeichnet sich sprachlich durch die nicht selbstverständliche Kombination aus begrifflicher Präzision und stilistischer Gefälligkeit aus. Insgesamt ist der Beitrag Kirschs als lesenswerte Bereicherung der Völkerstrafrechtswissenschaft zu werten.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Lars Berster, Köln

³⁸ Kirsch (Fn. 5), S. 152 f.

³⁹ Art. 6 lit. c IMG-Statut: „[...] in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal [...]“

⁴⁰ Kirsch (Fn. 5), S. 41 ff.

⁴¹ Kirsch (Fn. 5), S. 117.

⁴² Kirsch (Fn. 5), S. 117.

⁴³ So Ambos (Fn. 3), § 7 Rn. 174 m.w.N.

⁴⁴ UNWCC (Hrsg.), History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, 1948, S. 179 (zit.: Kirsch [Fn. 5], S. 38): „Only crimes which either by their magnitude and savagery or by their great number or by the fact that a similar pattern is applied at different times and places, endanger the international community or shock the conscience of mankind, warrant intervention by States other than that on whose territory the crimes have been committed, or whose subjects have been victims.“

⁴⁵ Werle (Fn. 2), Rn. 757.

⁴⁶ Werle (Fn. 2), Rn. 750; Ambos (Fn. 3), § 7 Rn. 181; ICTY-Tadić AC 15.7.1999 para. 251: „A nexus between the accused’s acts and the armed conflict is not required [...]“

B u c h r e z e n s i o n

Thomas M. J. Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2008, 187 S., € 18,-

„Ein Freund von mir nahm alle Vorlesungen mit einem Kassettenrecorder auf. 24 Stunden vor der Klausur kam er zu mir und sagte: „Ich habe ein Problem. Ich habe für 30 Stunden Kassetten aufgenommen, aber nur noch 24 Stunden Zeit. Soll ich die Kassetten schneller laufen lassen?“¹ Mit dieser kleinen Anekdote verdeutlicht Möllers, dass auch Lernen gelernt sein will.

Sein hier vorzustellendes Lehrbuch, das mittlerweile in der 4. Aufl. erschienen ist, soll insbesondere Studenten als praktische Arbeitshilfe dienen. Es will sie das gesamte Studium über begleiten: Der *Verf.* gibt den Studenten – chronologisch – von der Planung des Jura-Studiums bis zur Veröffentlichung der Doktorarbeit wichtige und hilfreiche Tipps und Anregungen. Dabei beschränkt sich der *Autor* nicht auf rein juristische Spezifika, sondern geht ebenfalls – wenn auch in der gebotenen Kürze – auf allgemeine Fragen hinsichtlich der Organisation des Studiums, wie etwa der Möglichkeit von Stipendien, Auslandsaufenthalten oder Arbeit neben dem Studium, ein.

Ziel des Buches ist es, den Studenten Lerntechniken und Arbeitsweisen zu vermitteln, mit Hilfe derer sie einerseits das Erste Juristische Staatsexamen erfolgreich meistern und andererseits die typischen Arbeitsphasen wissenschaftlicher Arbeiten besser bewältigen können.

Mit der 4. Aufl. bringt Möllers sein Buch auf den Stand Februar 2008. Um der wachsenden Bedeutung des Internets auch für das wissenschaftliche Arbeiten gerecht zu werden, wurden die zahlreichen Internetadressen zur juristischen Quellensuche aktualisiert und vertieft und dem Zitieren von Quellen aus dem Internet ein eigener Abschnitt gewidmet. Vertieft bzw. neu aufgenommen wurden Ausführungen zum Plagiat und Kürzen (Rewriting).

I. Das Lehrbuch besticht durch seinen sehr anschaulichen und studentenfreundlichen Stil. Es liest sich gut und flüssig, insbesondere lassen die zahlreichen amüsanten Beispiele, Karikaturen oder Zitate den Leser bisweilen richtig schmunzeln. Trotz dieser kleine Späße – oder vielleicht gerade deswegen – bleiben die Aussagen und Hilfestellung des *Autors* im Gedächtnis des Lesers. Anhand von zusammenfassenden Übersichten und Aufbauschemata sowie gelungenen Graphiken wird das Erklärte dem Leser bildlich vor Augen geführt. Durch konkrete Beispielfälle und Vertiefungsfragen gibt der *Verf.* den Lesern ausreichend Gelegenheit das Gelernte umzusetzen und zu wiederholen.

Der interessierte Leser erhält durch die von Möllers zitierten, zahlreichen und sehr ausgewogenen Fundstellen die Möglichkeit, noch tiefer in die Materie einzusteigen.

Das Buch gliedert sich in zehn Kapitel, in denen der *Autor* primär dem Studenten, teilweise auch dem Doktoranden,

Arbeitstechniken an die Hand gibt, die ihm helfen, die jeweilige wissenschaftliche Situation bestmöglich zu meistern.

II. Nach einem kurzen Vorwort, in dem der *Autor* insbesondere auf die durch das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11.7.2002 gewachsene Bedeutung von wissenschaftlichen Arbeiten für die Examensnote hinweist, folgt nach dem Inhalts-, Abkürzungs- und Literaturverzeichnis das erste Kapitel, welches sich mit dem juristischen Studium als Planungsphase beschäftigt. Darin erläutert Möllers zunächst den Zweck seines Buches und stellt anschließend verschiedene Typen rechtswissenschaftlicher Arbeiten (Klausur, Haus- und Seminararbeit, Studien- und Diplomarbeit, Magister- und Doktorarbeit) sowie deren wichtigste Bewertungskriterien vor. Es folgen Tipps zur Organisation und zeitlichen Planung verschiedener juristischer Vorhaben, insbesondere des Ersten Staatsexamens und der Doktorarbeit. Den inhaltlichen Schwerpunkt des ersten Kapitels bildet die Vermittlung von Lerntechniken. Da Lesen leider nicht gleichbedeutend ist mit Wissen², zeigt der *Autor* den Studenten verschiedene Möglichkeiten, um das Lernen – etwa durch den Einsatz von Karteikarten oder die Durchführung privater Arbeitsgemeinschaften – effektiver zu gestalten.

Im zweiten Kapitel widmet sich der *Verf.* der Klausur als Vorbereitung auf die spätere Praxis. Unterteilt in die vier üblichen Arbeitsschritte – dem Erfassen des Bearbeitervermerks und des Sachverhalts, der Erstellung des Konzeptes, der Ergebniskontrolle und der Niederschrift – zeigt Möllers anhand eines zivilrechtlichen Beispielfalles detailliert und vollständig auf, wie auch schwierige und umfangreiche Klausuren in der vorgegebenen Zeit erfolgreich zu bewältigen sind. Besonderes Augenmerk legt der *Autor* dabei auf die Sachverhaltsauswertung und die richtungsweisende Gliederung, welche er auch für strafrechtliche und öffentlich-rechtliche Fallgestaltungen darlegt.

Unter der Überschrift „Hausarbeit“ nutzt Möllers das dritte Kapitel, um den Studenten einen vertieften Einblick in die Literatursichtung, -sammlung und -auswertung zu verschaffen. Neben einem hinreichenden Überblick über die wichtigsten juristischen Datenbanken und herkömmlichen Fundstellen – wie beispielsweise amtliche und nichtamtliche Gesetzes- und Entscheidungssammlungen oder die gedruckte Rechtsliteratur – stellt der *Autor* auch zahlreiche Internetadressen zur juristischen Quellensuche vor.

Die Struktur einer wissenschaftlichen Arbeit wird im vierten Kapitel erläutert. Der *Verf.* stellt anschaulich und mit hilfreichen Tipps dar, was unter den traditionellen Gliederungspunkten (Einleitung, Hauptteil und Zusammenfassung) vom Ersteller einer wissenschaftlichen Abhandlung – sei es Seminar-, Studien- oder Doktorarbeit – erwartet wird.

Im fünften Kapitel regt Möllers zu Kreativität und Originalität in der wissenschaftlichen Arbeit an. Mit Clustering und Mind-Mapping schlägt er zwei mögliche Mittel zur visuellen Darstellung von kreativen Denkvorgängen vor. Anschließend ermutigt er den Leser, im Rahmen seiner wissenschaftlichen Arbeit eine eigene These herauszuarbeiten und

¹ Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 4. Aufl. 2008, S. 17.

² Möllers (Fn. 1), S. 17.

diese „an prominenter Stelle“³ im Text zu präsentieren. Zur Findung und Begründung einer eigenen These kann die – von Möllers natürlich nur knapp und überblicksweise dargestellte – juristische Methoden- und Argumentationslehre wertvolle Beiträge leisten. Daher fordert der *Autor* den Leser auf, sich diese mittels eines entsprechenden Werkes anzueignen.

Das sechste Kapitel widmet der *Verf.* dem Legal Writing, also dem juristischen Stil. Sehr anschaulich und – aufgrund der beispielhaft aufgeführten Stilblüten – sehr unterhaltsam zeigt der *Autor* zunächst Kennzeichen schlechter juristischer Sprache auf. Um einer solchen vorzubeugen, stellt Möllers im Folgenden die Kriterien eines guten juristischen Stils (knapp, einfach, klar, anschaulich und präzise⁴) sowie die Technik des Rewriting vor.

Ganz im Zeichen des richtigen Zitierens steht das siebte Kapitel. Nach einer Erläuterung der zwingenden und freiwilligen Zitierregeln beschäftigt sich der *Autor* mit dem bislang noch nicht fest geregelten, aber sehr aktuellen Problem des Zitierens von Texten aus dem Internet. Der *Autor* gibt Anregungen, wie die Unbeständigkeit der Quellen durch sinnvolles Zitieren in den Griff zu bekommen ist. Das Kapitel beendet kurze Ausführungen zur äußeren Form und zu sonstigen Zulassungsvoraussetzungen.

Das achte Kapitel vermittelt dem Leser rhetorische Grundkenntnisse sowohl im Bereich der verbalen als auch der nonverbalen Kommunikation. Der *Autor* gibt wichtige Tipps zu ausbildungsrelevanten mündlichen Prüfungssituation, etwa dem Seminar- oder Aktenvortrag, der mündlichen Prüfung im Ersten Staatsexamen und dem Rigorosum. Quasi als „Königsdisziplin“ bespricht er die frei gehaltene Rede. Er versorgt den Leser mit hilfreichen Ratschlägen zu Vorbereitung und Gestaltung des Vortrags, aber auch zum Umgang mit dem Publikum, einschließlich unfairer Diskussionsteilnehmer.

Sehr interessant ist das neunte Kapitel für den Doktoranden, da es sich vorrangig mit der Veröffentlichung der Doktorarbeit befasst. Jedoch gibt der *Autor* auch Hinweise zur Veröffentlichung von kleineren wissenschaftlichen Arbeiten in juristischen Zeitschriften.

Im zehnten Kapitel bespricht der *Verf.* die Vertiefungsfragen aus den einzelnen Kapiteln und endet mit einem ermutigenden Schlusswort.

III. Mit dem vorliegenden Lehrbuch gelingt es Möllers, in einer sehr kurzweiligen – meist unterhaltsamen – Weise juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten zu vermitteln. Insbesondere Studenten – an die sich das Werk wendet – werden durch das Lehrbuch umfassend auf die ausbildungsrelevanten juristischen Arbeiten vorbereitet. Durch zahlreiche Beispielfälle und Vertiefungsfragen erhalten sie zudem ausreichend Gelegenheit das erlernte Wissen zu repetieren. Auch der Doktorand findet durch das vorliegende Werk einen fundierten Einstieg in die wissenschaftliche Arbeit.

Ein Buch, das seinen Zweck vollständig erfüllt: Es macht Mut⁵ und hilft dabei nicht zu verzweifeln, denn „Studium und Promotion sind ein langer Prozess, in dem [man] sich manchmal wie der *Ironman* beim Triathlon auf Hawaii fühlen [darf]“.⁶

Wiss. Mitarbeiterin Tamara Pitz, Augsburg

³ Möllers (Fn. 1), S. 96.

⁴ Möllers (Fn. 1), S. 108.

⁵ Möllers (Fn. 1), S. 1.

⁶ Möllers (Fn. 1), S. 180.

Krimi, Tragödie und Lehrbuch-Klassiker – Der Fall Krombach

Von Assessor Felix Netzer, LL.M., Berlin

In der Nacht von Samstag auf Sonntag, den 18. Oktober 2009, wird ein 74-jähriger Mann aus seinem Haus bei Lindau am Bodensee entführt und nach Frankreich verbracht. In Mulhouse im Elsass findet ihn die Polizei auf anonymen Hinweis mitten in der Nacht verletzt, geknebelt und an Händen und Füßen gefesselt vor dem Justizgebäude. Was zunächst nur als mysteriöser Kriminalfall erscheint, ist die Fortsetzung einer Tragödie, die vor 27 Jahren begann. Sie handelt vom Tod eines Mädchens und dem Verdacht des sexuellen Missbrauchs durch ihren Stiefvater, intensiven Ermittlungen und einem französischen Urteil, das in Deutschland keine Anerkennung fand. Aus studentischer Sicht ist der Fall Krombach nicht nur wegen der wegweisenden Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH¹), des Bundesgerichtshofs (BGH²) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR³) interessant. Er wirft nun erneut rechtliche und rechtspolitische Fragen der grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung in Europa auf und zeigt, dass gerade auch der Blick hinter die Kulissen und Zusammenfassungen eines Lehrbuchs lohnt.

1. Das Ermittlungsverfahren in Deutschland

Im Sommer 1982 verbrachte die 14-jährige Kalinka (K) die Ferien bei ihrer Mutter und ihrem Stiefvater, dem Arzt Dr. Dieter Krombach, am Bodensee. Am Morgen des 10. Juli lag das Mädchen tot in ihrem Bett. Der herbeigerufene Notarzt konnte zwar keine Gewalteinwirkung feststellen, der Körper des Mädchens wies aber mehrere Einstiche im Bereich des Brustkorbs und rechten Oberarms auf. Krombach erklärte, er habe K auf eigenen Wunsch ein Eisenpräparat verabreicht, das ihr zu mehr Bräune verhelfen sollte. Am nächsten Morgen habe er sie leblos in ihrem Bett gefunden und versucht, sie durch verschiedene Injektionen wiederzubeleben.

Sowohl die Autopsie als auch eine Exhumierung konnten die Todesursache nicht klären. Da Anhaltspunkte für sexuelle Gewalt auch nach mehreren Gutachten und Ermittlungsversuchen nicht vorlagen, stellte die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen mangels hinreichenden Tatverdachts einer Tötungshandlung (§ 170 Abs. 2 S. 1 StPO) im Februar 1986 – nach gerichtlicher Überprüfung der Entscheidung (§§ 172 bis 174 StPO) – endgültig ein.⁴

¹ EuGH, Slg. I 2000, S. 1935 (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 = JZ 2000, 723, (724) m. Bespr. von Bar, 725 = ZIP 2000, 859, (862) m. Bespr. Geimer, 863 = EWIR 2000, 441 m. Bespr. Hau = IPRax 2000, 406 m. Bespr. Pickenbrock, 364 = EWS 2000, 456 m. Bespr. Gundel, 442.

² BGHZ 144, 390 = NJW 2000, 3289 = JZ 2000, 1067 m. Bespr. Gross.

³ EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96 (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387 m. Bespr. Gundel, 2380; dazu und zur Entscheidung des EuGH (Fn. 1) siehe auch Matscher, IPRax 2001, 428 ff.

⁴ Zum hinreichendem Tatverdacht gemäß § 203 StPO und dem genügenden Anlass zur Erhebung der Klage nach § 170

2. Die Verurteilung in Frankreich

André Bamberski, der in Frankreich lebende leibliche Vater von K, akzeptierte die Entscheidung der deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht und erhob Strafanzeige in Paris gegen Unbekannt wegen Totschlags. Das französische Recht enthält in Art. 113-7 Code Pénal i.V.m. Art. 689 Code de Procédure Pénale (CPP) eine Regelung, die jede Person dem französischen Strafrecht unterwirft, die im Ausland ein Verbrechen gegen einen französischen Staatsbürger (hier K) begeht.⁵

Nach intensiven Ermittlungen einschließlich der Erstellung mehrerer Sachverständigengutachten und der Befragung Krombachs durch einen deutschen Richter⁶ wurde Krombach 1991 in Frankreich angeklagt. Nach Auffassung des Gerichts bestanden hinreichende Anhaltspunkte für eine Tötungsabsicht, die durch widersprüchliche Aussagen des Angeklagten bekräftigt worden seien.⁷

Krombach wurde im weiteren Verlauf des Verfahrens mehrfach zur Vernehmung geladen, kam dieser Aufforderung aber nicht nach. Das Gericht ordnete daraufhin sein persönliches Erscheinen zur mündlichen Verhandlung sowie seine Festnahme an. Obwohl er sich von einem Rechtsanwalt vertreten ließ und dieser in der Hauptverhandlung Einwände gegen die Verurteilung vorbrachte, verurteilte das Pariser Schwurgericht (Cour d'assises) Krombach im März 1995 in Abwesenheit zu 15 Jahren Haft wegen Körperverletzung mit Todesfolge⁸ und zur Zahlung von Schadensersatz und Erstattung der Kosten in Höhe von 350.000 FF.⁹ Die Vertretung eines abwesenden Angeklagten sei nach Art. 630 (CPP) verboten und die Anträge der Verteidigung damit unzulässig.¹⁰ Im Zuge der Verurteilung erließ die französische Justiz einen Haftbefehl gegen Krombach.

Abs. 1 StPO siehe Huber, JuS 2008, 21; zu den Einzelheiten des Ermittlungsverfahrens siehe EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96 (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387.

⁵ Siehe zu vergleichbaren Regelungen im deutschen Recht die §§ 5 ff. StGB.

⁶ Vgl. zur Rechtshilfe bei grenzüberschreitenden Beweisaufnahmen in Europa nun die Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABl. 2001 L 174, S. 1 (BeweisVO); dazu Heinze, IPRax 2008, 480.

⁷ Vgl. die ausführliche Darstellung im Urteil des EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96 (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387 (2388).

⁸ Im deutschen Recht § 227 StGB.

⁹ Ein Urteil über zivilrechtliche Ansprüche ist im Strafprozess auch nach deutschem Recht möglich. Das sog. Adhäsionsverfahren nach den §§ 403 ff. StPO dient dem Opferschutz und vermeidet ein zweites, sich an das strafrechtliche Verfahren anschließendes zivilgerichtliches Verfahren.

¹⁰ Zu den Besonderheiten des einschlägigen Verfahrens nach dem CPP vgl. Gundel, EWS 2000, 443 f.

Auch das LG Kempten verurteilte Krombach am 9.10.1997 wegen sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen (§ 179 StGB), allerdings in einem anderen Fall – Krombach hatte das Opfer mit einer Narkosespritze betäubt – und setzte die Freiheitsstrafe von zwei Jahren zur Bewährung aus (§ 56 Abs. 2 StGB).¹¹

3. Urteilsvollstreckung in Deutschland

Um ein ausländisches Zivilurteil in Deutschland vollstrecken zu können, bedarf es grundsätzlich einer Klage auf Erteilung der Vollstreckbarerklärung nach den §§ 722, 723 ZPO. Das sogenannte Vollstreckungsurteil ergeht als prozessuales Gestaltungsurteil in einem ordentlichen Zivilprozess, also nicht in einem Verfahren der Zwangsvollstreckung. Maßgeblicher Titel für die Grundlage der Zwangsvollstreckung im Inland ist daher die Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung.¹² Stammt das ausländische Urteil aus einem Mitgliedstaat der EU, so richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung dagegen nach vorrangig anwendbarem europäischem Recht¹³ und kann danach teilweise unter erleichterten Bedingungen erfolgen.¹⁴

Auf Antrag Bamberskis wurde das Urteil des Pariser Schwurgerichts über die Zahlung von Schadensersatz nach Art. 31 Abs. 1 des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ)¹⁵ 1995 erstinstanzlich

¹¹ Krombach musste seine Approbation als Arzt zurückgeben. Da er trotzdem weiter praktizierte wurde er 2007 vom LG Coburg verurteilt (§§ 263, 132a StGB) und im Juni 2008 aus der Haft entlassen.

¹² Vgl. BGHZ 118, 312 (315) = NJW 1992, 3096 (3097); Kindl, in: HK-ZPO, 3. Aufl. 2009, § 723 Rn. 1; Gottwald, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 722 Rn. 2.

¹³ Kindl (Fn. 12), § 723 Rn. 2; Geimer, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 27. Aufl. 2009, § 722 Rn. 1a.

¹⁴ Die Kommission ist bestrebt, langfristig einen völligen Abbau der Anerkennungs- und Vollstreckungshindernisse zu erreichen. Sie stellte erst kürzlich im Grünbuch zur Reform der EuGVO, KOM(2009) 175 endg., einen allg. Verzicht auf das Exequaturverfahren zur Diskussion, abl. *Sujecki*, EuZW 2009, 424 (426). Exequaturverfahren und ordre-public-Vorbehalt wurden bereits abgeschafft in der Verordnung zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. 2004 L 143 (EuVTVO), der Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. 2006 L 399, S. 1 (MahnVO) und der Verordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. 2007 L 199, S. 1 (BagatellVO); u.a. krit. zu diesem Systemwechsel *Stadler*, IPRax 2004, 2; *Kohler*, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 2002, S. 147; zur MahnVO *Gsell*, in: Stelmach/Schmidt (Hrsg.), Krakauer-Augsburger Rechtsstudien, 2008, S. 141; befürwortend u.a. *Stein*, IPRax 2004, 181; *Wagner*, NJW 2004, 1835; einen ausführlichen Überblick bietet *Hess*, ZSR 2005 II, 183.

¹⁵ ABl. 1972 L 299, S. 32 und BGBl. II 1994, S. 519. Das EuGVÜ ist ein völkerrechtlicher Vertrag und wurde, nachdem der EG mit dem Amsterdamer Vertrag Kompetenzen im

für vollstreckbar erklärt. Krombach wandte sich daraufhin mit der Begründung gegen die Entscheidung, er habe sich im Verfahren vor dem Pariser Schwurgericht nicht wirksam verteidigen können. Nachdem das zuständige OLG die Entscheidung bestätigt und Krombach dagegen die Rechtsbeschwerde zum BGH erhoben hatte, legte dieser dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor,¹⁶ ob die Nichtzulassung einer Verteidigung einen Verstoß gegen Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ darstellt.¹⁷ Denn widerspricht eine ausländische Entscheidung der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des vollstreckenden Staates im Sinne des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ, so ist die grenzüberschreitende Vollstreckung nach Art. 34 S. 2 EuGVÜ zu versagen.¹⁸

Das Vorabentscheidungsverfahren dient der Wahrung einheitlicher Anwendung des Gemeinschaftsrechts.¹⁹ Ein mitgliedstaatliches Gericht kann und muss daher in bestimmten Fällen eine in einem anhängigen Streit entscheidungserhebliche Frage über die Auslegung oder die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht dem EuGH zur Entscheidung vorlegen. Das Verfahren ist in Art. 234 EGV geregelt. Da das EuGVÜ als völkerrechtlicher Vertrag (Fn. 15) auf Art. 293 EGV (ex Art. 220 EWGV) beruht, ergab sich die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens im Fall Krombach aus Art. 1 des Luxemburger Auslegungsprotokolls vom 3.6.1971.²⁰

a) Das Urteil des EuGH

Der EuGH stellte in seinem Urteil zwei wichtige Grundsätze für die Anwendung des *ordre-public*-Vorbehaltes fest.²¹

Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen übertragen wurden (Art. 61 lit. c und 65 EGV), durch die EuGVO (in Anlehnung an den Vertragsschluss des EuGVÜ auch Brüssel I-VO genannt) abgelöst (Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12); zur Überführung des EuGVÜ in die EuGVO *Kohler*, in: Einheit und Vielfalt des Rechts – Festschrift für Reinhold Geimer, 2002, S. 461.

¹⁶ Vgl. Vorlage BGH, EuZW 1999, 26 = IPRax 1998, 205 m. Bespr. *Piekenbrock*, 177; hierzu auch *Leipold*, in: Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, 2001, S. 625 (642 f.).

¹⁷ Art. 27 Abs. 1 EuGVÜ entspricht weitgehend der Nachfolgeregelung in Art. 34 Nr. 1 EuGVO und im deutschen Recht § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, auf den § 723 Abs. 2 S. 2 ZPO verweist.

¹⁸ Zum *ordre public*-Einwand im Europäischen Zivilverfahrensrecht siehe *Staudinger*, ERA-Forum 2004, 273.

¹⁹ Zu Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens siehe *Hess*, *RabelsZ* 66 (2002), 470.

²⁰ ABl. 1975 L 204, S. 1, BGBl. III 1998, S. 209.

²¹ In der vorliegenden Darstellung ausgeklammert ist die Frage der internationalen Zuständigkeit der französischen Gerichte für die Entscheidung im Adhäsionsverfahren nach dem EuGVÜ und die *ordre-public*-Relevanz der Verletzung der internationalen Zuständigkeit, siehe dazu *Matscher*, IPRax 2001, 428 (432 ff.).

aa) Zunächst machte er deutlich, dass er selbst zur Auslegung von Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ zuständig sei, obwohl die Vorschrift auf die nationale öffentliche Ordnung der Mitgliedstaaten abstellt.²² Zwar werde der konkrete Inhalt der öffentlichen Ordnung durch die wesentlichen Grundsätze der jeweiligen nationalen Rechtsordnung bestimmt und daher auch durch die nationalen Gerichte definiert, doch sei es Sache des EuGH die Reichweite und den äußeren Rahmen des Vorbehalts in Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ zu überwachen.²³ Dem Vorbehalt des nationalen *ordre public* durch die Gerichte des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsmitgliedstaats setzte der Gerichtshof so enge Grenzen. Diese werden durch einen sich immer stärker herausbildenden europäischen *ordre public* gezogen, selbst wenn sich dessen Definition wiederum aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und der EMRK speist.²⁴

bb) Anschließend bestätigte der EuGH, dass der *ordre public*-Vorbehalt wegen Art. 29 und 34 Abs. 3 EuGVÜ²⁵ nicht zu einer Nachprüfung der ausländischen Entscheidung führen könne (Verbot der *révision au fond*).²⁶ Es kommt demnach bei der Prüfung des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ bzw. Art. 34 Nr. 1 EuGVO weder darauf an, ob das Ursprungsgericht unter Anwendung des eigenen Rechts richtig entschieden hat, noch ob das Gericht des Vollstreckungsstaats den Fall anders entschieden hätte. Erforderlich sei vielmehr ein offensichtlicher Verstoß gegen eine grundlegende Rechtsnorm des Vollstreckungsstaates.²⁷

Der EuGH hatte nun nicht zu entscheiden, ob das französische Urteil offensichtlich gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung verstößt, da dies festzustellen Sache der nationalen Gerichte in Deutschland ist (s.o.). In Beantwortung der Vorlagefrage des BGH stellte der EuGH fest, dass der Anspruch auf ein faires Verfahren als Grundrecht zu den allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen ge-

hört und damit im Rahmen des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ Beachtung findet.²⁸ Denn die Vereinfachung der Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung durch das EuGVÜ dürfe nicht zu Lasten der Rechte des Beklagten erfolgen, wie sie durch die EMRK und die fundamentalen Rechtssätze der Gemeinschaft garantiert sind.²⁹ Eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren liege nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK³⁰ dann vor, wenn wie vor dem Pariser Schwurgericht dem Verteidiger verwehrt wird, in der Hauptverhandlung für den abwesenden Angeklagten aufzutreten.³¹

cc) Diese Bezugnahme des EuGH auf frühere Entscheidungen des EGMR stellt einen weiteren wesentlichen Aspekt der Urteilsbegründung dar. Der EuGH verweist zwar auf die eigene Rechtsprechung zum Recht auf ein faires Verfahren als allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz, der sich auch aus der EMRK und den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten speist,³² stützt sich dann aber für die Frage des Inhalts dieses Rechts auf die frühere Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK.³³ Da beide Gerichtshöfe autonom nebeneinander stehen, kann es grundsätzlich zu divergierenden Entscheidungen und der Herausbildung unterschiedlicher Grundrechtsstandards kommen.³⁴ In der Entscheidung Krombach deutete sich ein pragmatisches Kooperationsverhältnis der Gerichte an.

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und eines Beitritts der EU zur EMRK³⁵ wird sich die Frage nach der Auslegungskompetenz und dem Verhältnis beider Gerichte erneut stellen.³⁶ Denn sowohl Sekundärrechtsakte der EU als auch Maßnahmen der Mitgliedstaaten würden nach Erschöpfung des Rechtswegs – einschließlich des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH – der Kontrolle des EGMR unterliegen. Ein auch mit Richtern aus Nicht-Mitgliedstaaten der EU besetztes Gericht würde dann verbindlich über die

²² Der BGH hatte in früheren Entscheidungen eine Entscheidungskompetenz des EuGH bzgl. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ entgegen der h.L. verneint, vgl. BGHZ 75, 167 (170 f.); 88, 17 (20), m.w.N.

²³ EuGH, Slg. I 2000, S. 1935, Rn. 22 f. (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 (1854); der EuGH bestätigte die Entscheidung in EuGH, Urt. v. 11.5.2000, Rs. C-38/98 (*Renault SA/Maxicar SpA*) = IPRax 2001, 328 m. Bespr. Hess, 301; vgl. auch EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-394/07 (*Gambazzi/DaimlerCrysler*) = EuZW 2009, 422 m. Bespr. Sujecki, 426.

²⁴ Art. 6 Abs. 2 EUV; vgl. Thoma, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, 2007.

²⁵ Vgl. auch die Nachfolgeregelungen in Art. 36 und 45 Abs. 2 EuGVO.

²⁶ Vgl. EuGH, Slg. I 2000, S. 1935, Rn. 36 (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 (1854); vgl. auch Hess, IPRax 2001, 301 (302 ff.).

²⁷ So der EuGH, Slg. I 2000, S. 1935, Rn. 37 (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 (1854), zu Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ; sowohl § 328 Nr. 4 ZPO als auch Art. 34 Nr. 1 EuGVO enthalten ausdrücklich die Voraussetzung der Offensichtlichkeit.

²⁸ EuGH, Slg. I 2000, S. 1935, Rn. 25 ff. und 38 (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 (1854).

²⁹ EuGH, Slg. I 2000, S. 1935, Rn. 43 f. (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 (1855).

³⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 23.11.1993, Serie A Bd. 277 (*Poitrimol/Frankreich*); EGMR, Urt. v. 22.9.1994, Serie A Bd. 297 (*Pelladoah/Niederlande*) und EGMR, Urt. vom 21.1.1999, 26103-95 (*Van Geyseghem/Belgien*) = NJW 1999, 2353.

³¹ EuGH, Slg. I 2000, S. 1935, Rn. 39 f. (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 (1855).

³² EuGH, Slg. I 2000, S. 1935, Rn. 25 f. (*Krombach/Bamberski*) = NJW 2000, 1853 (1854).

³³ Freilich ohne auf dessen Entscheidung im schon anhängigen Verfahren über das Urteil des Pariser Schwurgerichts (dazu sogleich) abzuwarten

³⁴ Dazu ausführlich *Philippi*, ZEuS 2000, 97.

³⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV in der konsolidierten Fassung nach dem Lissabon Vertrag; vgl. *Pache/Rösch*, EuZW 2008, 519; *Schaller*, EuR 2006, 656.

³⁶ Dazu u.a. *Heer-Reißmann*, Die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Europa, Frankfurt 2008; *Wiethoff*, Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR, Baden-Baden 2008.

Menschenrechtskonformität von EU-Rechtsakten entscheiden. Es wäre mit der fortschreitenden Harmonisierung der verschiedenen Grundrechtsordnungen in Europa zu rechnen.³⁷

b) Das Urteil des BGH

Nachdem der EuGH bindend über die Vorlagefrage entschieden hatte,³⁸ musste der BGH noch über die Vollstreckbarerklärung des französischen Urteils durch die Vorinstanzen entscheiden. Der BGH gab der Rechtsbeschwerde Krombachs statt und lehnte die Vollstreckung ab. Er hätte dabei in Anlehnung an den EuGH auf eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK abstellen können,³⁹ stützte aber stattdessen die Entscheidung auf die parallelen deutschen Verfahrensgrundrechte nach Art. 103 Abs. 1 GG (Anspruch auf rechtliches Gehör) sowie die StPO. Danach kann eine Hauptverhandlung⁴⁰ zwar in gewissen Ausnahmefällen auch ohne den Angeklagten stattfinden,⁴¹ dieser ist dann aber nach § 234 StPO befugt, sich durch einen Verteidiger vertreten zu lassen.⁴² Das Gericht dürfe deshalb den Vortrag des Verteidigers nicht unberücksichtigt lassen.⁴³ Die Abweichungen des BGH im Rahmen seiner Entscheidungsbegründung mögen hier also gerade als Beispiel einer fehlenden Kooperation der Gerichte dienen.⁴⁴

c) Das Urteil des EGMR

Zeitgleich mit den Rechtsmitteln gegen die Vollstreckbarerklärung in Deutschland legte Krombach beim EGMR im November 1995 Individualbeschwerde gegen das Urteil des Pariser Schwurgerichts nach Art. 34 EMRK ein. Die mündli-

che Verhandlung vor dem EGMR fand allerdings erst über vier Jahre später im Mai 2000 statt – Verfahren vor dem EGMR dauern üblicherweise recht lange –, und eine Entscheidung erging erst, nachdem EuGH und BGH schon entschieden hatten.

aa) Zunächst hatte der EGMR über die Zulässigkeit der Individualbeschwerde zu entscheiden. Nach Art. 35 Abs. 1 und 4 EMRK muss der Beschwerdeführer vor der Anrufung des Gerichtshofs alle verfügbaren und ausreichenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausschöpfen, mit denen die geltend gemachte Verletzung gerügt werden kann. Zwar war die Verurteilung in Frankreich nicht endgültig, da die Wiederaufnahme des Verfahrens wegen der Entscheidung in Abwesenheit möglich gewesen wäre.⁴⁵ Allerdings stand die Wiederaufnahme unter der Voraussetzung, dass sich der Angeklagte stellt oder gefasst wird.⁴⁶ Der EGMR urteilte, dass deshalb in dem Wiederaufnahmeverfahren kein Rechtsbehelf im üblichen Sinn erblickt werden könne und die Zulässigkeit der Individualbeschwerde nicht hindere.⁴⁷

bb) In der Sache selbst rügte der EMRK die Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c EMRK durch die Entscheidung des Pariser Schwurgerichts im Straf- und im Adhäsionsverfahren. Zwar bestehe kein Recht auf die Abwesenheit vom Verfahren, so dass der Gesetzgeber grundsätzlich dem unentschulten Fernbleiben entgegnet werden könne. Das garantierte Recht des Angeklagten auf angemessene Verteidigung verbiete es aber, das nach der ordnungsgemäßen Ladung pflichtwidrige Nichterscheinen zur Verhandlung mit dem Verlust des rechtlichen Gehörs zu sanktionieren.⁴⁸ Eine Verurteilung in Abwesenheit des Angeklagten verstößt demnach nicht an sich gegen die Konvention, wenn dieser eine Anhörung zu einem späteren Zeitpunkt erreichen kann.⁴⁹ Die nach französischem Recht im vorliegenden Fall einschlägige Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens nach der Verurteilung Krombachs in Abwesenheit hätte diese Voraussetzung aber nur im Falle seiner Verhaftung erfüllt. Denn der Angeklagte könne nicht verpflichtet werden, sich zu stellen, um dadurch seine persönliche Freiheit für den Genuss eines fairen Verfahrens einzu-

³⁷ Vgl. *Pache/Rösch*, EuZW 2008, 519 (521 f.).

³⁸ Die Vorabentscheidung des EuGH bindet die Gerichte des Ausgangsverfahrens einschließlich weiterer Instanzen. Stellt der EuGH die Ungültigkeit einer Gemeinschaftsrechtsaktes fest, entfaltet die Entscheidung auch Bindungswirkung außerhalb des Ausgangsverfahrens (erga omnes-Wirkung), vgl. *Schwarze*, in: ders., EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 234 EGV Rn. 63 ff.; *Ehricke*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 234 EGV Rn. 63 ff., jeweils m.w.N.

³⁹ Die EMRK hat in Deutschland den Rang eines einfachen Gesetzes, vgl. zur Stellung der EMRK *Payandeh*, JuS 2009, 212.

⁴⁰ Vgl. §§ 226 ff. StPO.

⁴¹ Vgl. §§ 231 ff. StPO.

⁴² Vgl. auch § 137 Abs. 1 S. 1 StPO; dem Angeklagten ist von Amts wegen ein Pflichtverteidiger zu bestellen (§§ 231a Abs. 4, 140 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 S. 1 StPO).

⁴³ Vgl. BVerfGE 53, 219 (222); BVerfGE 60, 247 (249); BVerfGE 70, 215 (218) = NJW 1987, 485, jeweils m.w.N.

⁴⁴ Dazu kritisch *Hess*, IPRax 2001, 301 (303), der argumentiert, die Doppelung der Normen unterlaufe die Herausbildung prozessualer Mindeststandards in Europa und verdeutliche bestehende Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten; a.A. *Becker*, Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht, S. 134 ff.

⁴⁵ Die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens richtet sich im deutschem Recht nach den §§ 359 ff. StPO.

⁴⁶ Art. 639 CPP.

⁴⁷ EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96, Rn. 67 (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387 (2389).

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96, Rn. 84 (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387 (2391); EGMR, Urt. v. 22.9.1994, Serie A Bd. 297, S. 14 Rn. 34 (*Lala/Niederlande*); EGMR, 1994, Serie A Bd. 297, S. 35 Rn. 41 (*Pelladoah/Niederlande*); die französische Regierung argumentierte dagegen, Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK spreche nur von „Beistand“ und nicht „Vertretung“ und gelte daher nur für den anwesenden Angeklagten.

⁴⁹ EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96, Rn. 85 (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387 (2391); mutatis mutandis EGMR, Urt. v. 12.2.1985, Serie A Bd. 89, S. 15 Rn. 29 (*Colozza/Italien*) = EuGRZ 1985, 631.

setzen.⁵⁰ Wegen der gleichzeitigen Nichtzulassung einer Kassationsbeschwerde (wiederum wegen der Abwesenheit des Angeklagten) gegen das Urteil des Schwurgerichts bejahete der EGMR auch eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 Protokoll Nr. 7 zur EMRK.⁵¹

4. Die Vollstreckung der Haftbefehle

Neben der Vollstreckung des Urteils des Pariser Schwurgerichts über die Zahlung von Schadensersatz, stand in Deutschland auch die Vollstreckung der von der französischen Justiz ausgestellten Haftbefehle im Raum.⁵² Die Auslieferung eines deutschen Staatsbürgers durch die deutschen Behörden ist aber wegen Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich unzulässig, wenn nicht nach Satz 2 eine abweichende gesetzliche Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der EU getroffen wird und rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind. Die Auslieferung scheiterte immer am Verbot der doppelten Strafverfolgung (*ne bis in idem*).⁵³

Mit der Einführung des europäischen Haftbefehls durch einen Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002⁵⁴ wurde die Auslieferung innerhalb der EU neu geregelt. Nach § 83b Abs. 1 lit. b IRG⁵⁵ kann die Bewilligung der Auslieferung abgelehnt werden, wenn ein bereits eingeleitetes Verfahren wegen derselben Tat bereits eingestellt wurde. In § 73 Satz 2 IRG findet sich zudem der Vorbehalt des europäischen *ordre public*: Die Rechtshilfe ist unzulässig, wenn die Erledigung zu den in Art. 6 EUV festgehaltenen Grundsätzen in Widerspruch steht.

⁵⁰ EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96, Rn. 87 (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387 (2391); *mutatis mutandis* EGMR, Slg. 1999-V, Rn. 43 f. (*Khalifaoui/Frankreich*).

⁵¹ Den Antrag auf eine gerechte Entschädigung für den Konventionsverstoß nach Art. 41 EMRK lehnte der EGMR teilweise ab und sprach Krombach lediglich den Ersatz eines Teils der geltend gemachten Kosten zu, EGMR, Urt. v. 13.2.2001, 29731/96, Rn. 102 ff. (*Krombach/Frankreich*) = NJW 2001, 2387 (2392 f.).

⁵² Die Vollstreckung des Schengen-Haftbefehls (vgl. Art. 95 SDÜ) in Österreich wurde durch das OLG Innsbruck wegen Strafklageverbrauchs abgelehnt, obwohl Krombach bei einem Aufenthalt in Österreich zunächst in Auslieferungshaft genommen wurde; siehe dazu *Schomburg*, NJW 2000, 1833 (1838).

⁵³ Dazu sogleich; allg. zum Grundsatz *ne bis in idem* in Europa vgl. *Schomburg*, NJW 2000, 1833.

⁵⁴ Vgl. Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002 L 190, S. 1; zur Verfassungswidrigkeit der deutschen Umsetzung (BGBl. I 2004, S. 1748) siehe BVerfGE 113, 273 = NJW 2005, 2289; dazu *Hufeld*, JuS 2005, 865; nach Überarbeitung trat das Gesetz im August 2006 in Kraft, vgl. BGBl. I 2006, S. 1721; dazu *Böhm*, NJW 2006, 2592.

⁵⁵ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, BGBl. I 1994, S. 537, zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 2.10.2009, BGBl. I 2009, S. 3214.

5. Die Entführung

Nachdem die französischen Beamten in Mulhouse schnell feststellten, dass es sich bei der vor dem Justizgebäude zurückgelassenen Person um Krombach handelte, wurden die Zusammenhänge schnell klar. Bammerski gab einige Tage später der französischen Tageszeitung „Le Parisien“ sowie einem französischen Radiosender Interviews und erklärte, er habe nun sein Ziel erreicht, der Mörder seiner Tochter komme vor Gericht, er selbst habe die Verschleppung Krombachs organisiert.

Das AG Kempten erließ daraufhin einen europäischen Haftbefehl gegen Bammerski und übermittelte diesen an die französischen Behörden. Strafbar gemacht haben könnte sich Bammerski wegen Hausfriedensbruches (§ 123 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) und gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 Nr. 3 und 4 StGB). Die Aussetzung (§ 221 StGB) scheitert wohl am Fehlen einer konkreten Gefahr für eine schwere Gesundheitsschädigung; die gleichzeitig verursachte Nötigung (§ 240 StGB) tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) hinter die Freiheitsberaubung zurück. Eine Vollstreckung auch dieses Haftbefehls ist aber unwahrscheinlich, da die französische Justiz schon ihrerseits ein Ermittlungsverfahren gegen Bammerski aufgenommen hatte.

Krombach befindet sich seit der Entführung in Frankreich in Haft. Einen Freilassungsantrag lehnte das Pariser Appellationsgericht ab. Die Verteidigung machte geltend, Frankreich missachte europäische Rechtsvorschriften, indem es den Entführten in Haft halte. Wegen der Verfahrenseinstellung in Deutschland verstoße die französische Justiz gegen das Verbot der doppelten Strafverfolgung und mache sich außerdem die Entführung Krombachs zu nutze.

6. Wiederaufnahme des Verfahrens?

Die Entführung erregte erhebliches Aufsehen in den französischen und deutschen Medien.⁵⁶ Die bayerische Justizministerin verurteilte die Selbstjustiz Bammerskis in einer Pressemitteilung⁵⁷ und das Auswärtige Amt wies die französische Regierung in einer Demarche auf den Geist der europäischen rechtlichen Zusammenarbeit und die vertrauensvollen bilateralen Beziehungen hin. Mit Gewalt dürften die Regeln des Auslieferungsrechts nicht umgangen werden und der Entführte solle in sein Heimatland zurückkehren dürfen.⁵⁸

Die französische Justiz hat nun ein Jahr Zeit für die Wiederaufnahme des Verfahrens, denn jeder in Abwesenheit Verurteilte hat seit der Verurteilung Frankreichs durch den EGMR und der dadurch veranlassten Revision der französi-

⁵⁶ Vgl. u.a. zuletzt *Le Point* vom 5.11.2009; *DER SPIEGEL* 44/2009 vom 26.10.2009, S. 44; *FAZ* vom 22., 23., 26. und 28.10.2009; *SZ* vom 21.10.2009; *DER TAGESSPIEGEL* vom 23.10.2009.

⁵⁷ Pressemitteilung Nr. 177/09 vom 21.10.2009, abzurufen unter <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/presse/archiv/2009/detail/177.php>.

⁵⁸ Vgl. *DER SPIEGEL* 44/2009 vom 26.10.2009, S. 44.

schen Strafprozessordnung ein Anrecht auf die Wiederaufnahme.⁵⁹ Die Frage der doppelten Strafverfolgung, die bislang in allen Urteilen unbeantwortet blieb, wird dann relevant.

In Deutschland ist der Grundsatz *ne bis in idem* in Art. 103 Abs. 3 GG geregelt. Danach darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.⁶⁰ Das Verbot der doppelten Strafverfolgung dient der Rechtssicherheit und bewahrt den Einzelnen davor, sich nach einer rechtskräftigen Entscheidung nicht erneut verantworten zu müssen.⁶¹ Dies gilt auch im Fall eines rechtskräftigen Freispruchs und in eingeschränktem Maße auch für die Verfahrenseinstellung.⁶² Ein nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO eingestelltes Ermittlungsverfahren kann jederzeit wiederaufgenommen werden, denn ein Vertrauensschutz auf den Bestand der Einstellungsverfügung besteht nicht.⁶³ In Deutschland verbrauchen grundsätzlich nur inländische Entscheidungen die Strafklage, ausländische Entscheidungen bleiben bislang unberücksichtigt,⁶⁴ es sei denn ein zwischenstaatliches Übereinkommen oder ein Rechtsakt der EG sieht eine abweichende Regelung vor.

Die EMRK enthält zwar in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls den Grundsatz *ne bis in idem*, allerdings ausdrücklich beschränkt auf die mehrfache Bestrafung durch denselben Staat. Im Gegensatz dazu sieht Art. 50 der Grundrechtecharta (GRC)⁶⁵ die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung vor. Einschlägig ist auch Art. 54 SDÜ.⁶⁶ Nach dessen Wortlaut bewirken jedenfalls rechtskräftige Verurteilungen und Freisprüche innerhalb des Schengener Rechtsraums ein Ver-

fahrenshindernis.⁶⁷ Wie mit einer Einstellung des Verfahrens mangels hinreichender Beweise umzugehen ist, war lange umstritten.⁶⁸ Gleiches galt auch für die Einstellung des Verfahrens nach gerichtlicher Überprüfung (§§ 172 bis 174 StPO).⁶⁹ Nach neuerer Rechtsprechung des EuGH⁷⁰ soll Art. 54 SDÜ auch für Verfahrensabschlüsse gelten, an denen kein Gericht mitgewirkt hat.⁷¹ Denn Art. 54 SDÜ solle verhindern, dass eine Person, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, wegen derselben Tat in mehreren Mitgliedstaaten verfolgt wird.⁷²

Die Wiederaufnahme des Verfahrens vor dem Pariser Schwurgericht zuungunsten des Angeklagten⁷³ und eine erneute Verurteilung Krombachs dürften daher am Grundsatz *ne bis in idem* scheitern. Letztlich könnte auch für die Beantwortung dieser Frage eine erneute Vorlage zum EuGH nötig werden.

Auf europäischer Ebene gab es bereits mehrere Ansätze zur differenzierten Regelung von Kompetenzkonflikten, dem Grundsatz *ne bis in idem* und weiterer Verfahrensrechte im Strafverfahren.⁷⁴ Im Gegensatz zu den Rechtsakten über die

⁶⁷ Auch für die Auslegung des Art. 54 SDÜ liegt die Zuständigkeit beim EuGH; vgl. Art. 2 des sog. Schengen-Protokoll zum Vertrag von Amsterdam, welches den Schengen-Besitzstand in den Rechtsrahmen des Titels VI EU und somit auch in die Jurisdiktion des EuGH (Art. 35 Abs. 1 EU i.V.m. § 1 EuGHG) überführte; zur Vorlagepflicht vgl. BGHSt 47, 326 = NJW 2002, 2653.

⁶⁸ Vgl. OLG Hamburg, wistra 1996, 193 (195); *Schomburg*, NJW 2000, 1833 (1836).

⁶⁹ Vgl. *Schomburg*, NJW 2000, 1833 (1838), der darauf hinweist, dass § 9 IRG (Internationales Rechtshilfegesetz) für den Fall des § 174 StPO eine Auslieferung ausdrücklich für unzulässig erklärt und insoweit dem Ausland die Beachtung einer danach erlassenen deutschen Entscheidung abverlangt.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 11.2.2003, Rs. C-385/01 u. C-187/01 (*Gözütok u. Brügge*) = NJW 2003, 1173 m. Bespr. *Stein*, 1162 = EuZW 2003, 214 = NSTz 2003, 332; m. Bespr. *Vogel/Norouzi*, JuS 2003, 1059 und m. Bespr. *Streinz*, 1211; m. abl. Bespr. *Radtke/Busch*, NSTz 2003, 281; krit. Bespr. *Kühne*, JZ 2003, 305.

⁷¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.2.2003, Rs. C-385/01 u. C-187/01, Rn. 41 (*Gözütok u. Brügge*) = NJW 2003, 1173.

⁷² Vgl. auch EuGH, Urt. v. 10.3.2005, Rs. C-469/03, Rn. 32 (*Miraglia*) = NJW 2005, 1337; danach findet Art. 54 SDÜ keine Anwendung bei Beendigung des Verfahrens ohne Prüfung in der Sache, nur weil in einem anderen Mitgliedstaat Strafverfolgungsmaßnahmen gegen denselben Beschuldigten wegen derselben Tat eingeleitet worden sind.

⁷³ Vgl. zur Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im deutschen Recht § 362 Nrn. 1 bis 4 StPO; vgl. auch den Gesetzesvorschlag BR-Drs. 655/07 vom 20.12.2007, dazu krit. *Grünwald*, Recht und Politik 2009, 1; *Scherzberg/Thiee*, ZRP 2008, 80; abl. auch *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188.

⁷⁴ Grünbuch über Kompetenzkonflikten und den Grundsatz *ne bis in idem* in Strafverfahren, KOM(2005) 696 endg; Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfah-

⁵⁹ Die Entscheidung des EGMR selbst ändert an der Rechtskraft des gegen die Konvention verstoßenden Urteils nichts und verpflichtet auch nicht zur Wiederaufnahme des Verfahrens (vgl. aber im deutschen Recht § 359 Nr. 6 StPO); das Gericht muss aber bei einer erneuten Entscheidung die Rspr. des EGMR beachten, BVerfG NJW 2004, 3407 (3411); vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. Aufl. 2006, Art. 46 EMRK Rn. 26 ff., m.w.N.

⁶⁰ Zum Begriff der Tat vgl. BVerfGE 45, 434 (435); 56, 22 (27 f. und 34); *Schulze-Fielitz* (Fn. 59), Art. 103 III Rn. 18; *Degenhardt*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 4. Aufl. 2007, Art. 103 Rn. 78.

⁶¹ Vgl. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 10. Aufl. 2009, Art. 103 Rn. 71; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, 2. Aufl. 2008, Art. 103 III Rn. 12 ff.

⁶² Vgl. *Pieroth* (Fn. 59), Art. 103 Rn. 76; *Schulze-Fielitz* (Fn. 59), Art. 103 III Rn. 26 f.

⁶³ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 170 Rn. 9.

⁶⁴ St. Rspr., siehe nur BVerfGE 75, 1 (15) = NJW 1987, 2155 (2156); BGHSt 24, 54 (57) = NJW 1971, 521 (522); dazu *Vogel/Norouzi*, JuS 2003, 1059 (1160) m.w.N.

⁶⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV in der konsolidierten Fassung nach dem Lissabon Vertrag; vgl. zum Grundrechtsschutz in der EU nach Lissabon *Pache/Rösch*, EuZW 2008, 519.

⁶⁶ Schengener Durchführungsübereinkommen, BGBI. II 1993, S. 1010; II 1994, S. 631.

gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen⁷⁵ konnte darüber aber bislang keine Einigung im Rat erzielt werden.⁷⁶

7. Fazit

Der Fall Krombach wird häufig als Argument gegen einen weiteren Abbau der Schranken für die gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen und für die Bewahrung des *ordre-public*-Vorbehaltes als letztes Mittel zum Schutz des Schuldners angeführt.⁷⁷ Schon die lange Verfahrensdauer zeigt, dass allein der durch den EGMR gewährte Rechtsschutz nicht ausreicht, um einen völligen Abbau von Kontrollmechanismen in Europa zu rechtfertigen. Es bedarf daher – sowohl im Zivil- als auch im Strafprozess – nicht nur eines klaren Systems internationaler Zuständigkeiten und Rechtshilferegulungen, sondern vor allem auch einer Angleichung der Rechtsschutzstandards in den Mitgliedstaaten als Voraussetzung der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen. Gleichzeitig bedarf es grenzüberschreitenden Kooperation nicht nur der nationalen Gerichte sowie des EuGH und EGMR, sondern aller Justizbehörden in Europa. Nur so kann ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wie ihn der Vertrag von Lissabon als Ziel definiert,⁷⁸ geschaffen werden.

rensrechte, KOM(2004) 328 endg; dazu *Rudolf/Giese*, ZRP 2007, 113.

⁷⁵ Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABl. 2005 L 76, S. 16; Rahmenbeschluss 2008/675/JI zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren, ABl. 2008 L 220, S. 32; Rahmenbeschluss 2008/909/JI über die gegenseitige Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABl. 2008 L 327, S. 27 und 2009 L 81, S. 24.

⁷⁶ Einen Überblick über die erlassenen Rechtsakte und Gesetzesvorhaben im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen bietet das Portal der Europäischen Union:

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_de.htm und die Seite der Kommission: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/intro/fsj_intro_de.htm.

⁷⁷ Vgl. u.a. *Gundel*, EWS 2000, 442 (448); *Gsell* (Fn. 14), S. 141 (150).

⁷⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 67 ff. AEUV.